



UNIL | Université de Lausanne

Unicentre

CH-1015 Lausanne

<http://serval.unil.ch>

Year : 2019

L'application du droit suisse de la concurrence en matière de soins

Joseph Manon

Joseph Manon, 2019, L'application du droit suisse de la concurrence en matière de soins

Originally published at : Thesis, University of Lausanne

Posted at the University of Lausanne Open Archive <http://serval.unil.ch>

Document URN : urn:nbn:ch:serval-BIB_8B0B5BA9EB1E2

Droits d'auteur

L'Université de Lausanne attire expressément l'attention des utilisateurs sur le fait que tous les documents publiés dans l'Archive SERVAL sont protégés par le droit d'auteur, conformément à la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins (LDA). A ce titre, il est indispensable d'obtenir le consentement préalable de l'auteur et/ou de l'éditeur avant toute utilisation d'une oeuvre ou d'une partie d'une oeuvre ne relevant pas d'une utilisation à des fins personnelles au sens de la LDA (art. 19, al. 1 lettre a). A défaut, tout contrevenant s'expose aux sanctions prévues par cette loi. Nous déclinons toute responsabilité en la matière.

Copyright

The University of Lausanne expressly draws the attention of users to the fact that all documents published in the SERVAL Archive are protected by copyright in accordance with federal law on copyright and similar rights (LDA). Accordingly it is indispensable to obtain prior consent from the author and/or publisher before any use of a work or part of a work for purposes other than personal use within the meaning of LDA (art. 19, para. 1 letter a). Failure to do so will expose offenders to the sanctions laid down by this law. We accept no liability in this respect.

L'APPLICATION DU DROIT SUISSE DE LA CONCURRENCE
EN MATIÈRE DE SOINS

THÈSE

présentée à l'Ecole de Droit de la Faculté de droit, des sciences criminelles
et d'administration publique de l'Université de Lausanne
en vue de l'obtention du grade de

Docteur en droit

par

Manon Joseph

Titulaire d'une Maîtrise universitaire en droit



UNIL | Université de Lausanne
FDCA - Ecole de Droit
Direction
bâtiment Internef bureau NEF-219
CH-1015 Lausanne

Lausanne, le 20 novembre 2018

Imprimatur

Le Directeur de l'Ecole de Droit de la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique, vu le préavis de la Commission de soutenance, a autorisé l'impression de la thèse de doctorat soutenue le 26 juin 2018 par

Madame Manon Joseph

dont le titre est le suivant :

«L'application du droit suisse de la concurrence en matière de soins »

Sur proposition de la Commission de soutenance, le Conseil de l'Ecole de Droit a accordé à ladite thèse, lors de sa dernière séance, la mention

summa cum laude.

Philippe Meier
Directeur de l'Ecole de Droit

A Nany et Jo

« Il m'a expliqué en souriant que rien n'est blanc ou noir et que le blanc, c'est souvent le noir qui se cache et le noir, c'est parfois le blanc qui s'est fait avoir. »

Emile Ajar (Romain Gary), La vie devant soi

REMERCIEMENTS

Je remercie en premier lieu Monsieur le Professeur Vincent Martenet de sa disponibilité, de ses précieux conseils et de la confiance qu'il m'a témoignée. La rigueur dont il fait preuve et dont nous, ses assistants et doctorants, nous imprégnons en le côtoyant est une richesse. La thèse est un long chemin ; le Professeur Martenet a rendu cette marche plus aisée. Merci de m'avoir permis de rédiger – et surtout de terminer – ma thèse dans des conditions si agréables.

Mes remerciements vont ensuite à Monsieur le Professeur Etienne Poltier, membre interne de ma commission de soutenance, mais aussi professeur au centre de droit public où j'étais assistante. Le Professeur Poltier a, dès les premiers mois, montré un intérêt certain pour mon travail et a régulièrement partagé avec moi « ses découvertes ». Je le remercie de sa disponibilité et de m'avoir guidée, lorsque je m'étais parfois perdue dans les méandres du droit administratif.

La soutenance de thèse est un moment symbolique, qui m'a permis de partager ces années de recherches et de rédaction avec des personnes spécialisées et intéressées. Celles-ci ont su me mettre au défi et le débat a sans aucun doute enrichi le présent ouvrage. Que Monsieur le Professeur Bernhard Rütsche, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Lucerne, Monsieur le Docteur Stefan Meierhans, Surveillant des prix, et Monsieur le Professeur Philippe Meier, directeur de l'Ecole de droit de l'Université de Lausanne et président de la commission de soutenance, reçoivent ici mes vifs remerciements. L'expérience de la soutenance fut une épreuve, rude mais gratifiante.

En tant qu'assistante, j'ai partagé mon bureau avec Monsieur le Professeur Pierre Moor. Ses conseils juridiques, mais aussi littéraires, musicaux et culinaires, ainsi que ses recommandations en matière de voyage ont été précieux. C'est une immense chance que de l'avoir côtoyé.

Le doctorat est certes un travail solitaire. Il n'aurait toutefois pas eu la même saveur sans les échanges, passionnants et passionnés, que j'ai eu avec mes collègues assistants et doctorants ainsi qu'avec les secrétaires du centre de droit public. La bonne ambiance règne. Je remercie particulièrement mes collègues directs, qui ont supporté avec le sourire et répondu avec intérêt ou débattu de questions que je me posais et que, bien sou-

vent, je n'ai pu m'empêcher de partager avec eux. Certaines rencontres étaient inattendues. Pour beaucoup, vous êtes devenus des amis ; c'est une richesse inestimable pour tout doctorant.

Je tiens également à exprimer ma sincère reconnaissance à tous ceux qui ont pris de leur temps pour relire une partie de mon manuscrit. Leurs corrections minutieuses et leurs conseils m'ont été d'une grande aide.

Le point final de cette thèse a été écrit quelques jours avant mon entrée en stage d'avocate en l'étude r&associés. Je remercie tous les associés, collaborateurs, avocats-stagiaires et secrétaires de l'accueil chaleureux qu'ils m'ont réservé et de l'intérêt qu'ils ont pu porter à mon doctorat. Que Maître Antonella Cereghetti soit particulièrement remerciée pour sa bienveillance.

A la famille Luy-Fragnière, merci de m'avoir considérée comme l'une des vôtres. Jean-Sébastien, ces années ont compté et je n'oublierai pas.

Mes amis, je vous remercie infiniment. Vous êtes formidables. La vie est belle, aussi grâce à vous. Votre soutien sans faille et votre compréhension, mais surtout votre joie de vivre, me sont précieux. Merci du fond du cœur de l'amitié que vous n'avez cessé de me témoigner.

Je ne serais jamais arrivée où je suis sans ma famille. Vous êtes mes piliers. Ma sincère reconnaissance va à mes parents, qui m'ont transmis les valeurs essentielles et nécessaires pour traverser l'épreuve de la thèse, mais aussi de la vie. Vous m'avez toujours soutenue et encouragée, c'est précieux. Romain, mon frère, je ne serais pas la même sans toi. Une pensée émue, pleine de souvenirs, parfois ensoleillés, parfois enneigés, va également à mes grands-parents.

J'aimerais enfin exprimer ma profonde gratitude à mes deux grands-mères, magnifiques femmes d'hier. Leur départ aura concouru avec ma première semaine en tant qu'assistante-doctorante, pour l'une, et avec la rédaction de ces quelques lignes, pour l'autre. Que la présente étude leur soit dédiée !

Lausanne, septembre 2018

SOMMAIRE

Remerciements	V
Sommaire	VII
Table des matières	IX
Table des abréviations	XXIX
Bibliographie	XXXIX
Introduction	1
Première Partie : Le droit de la concurrence et son champ d'application	7
Introduction	9
Chapitre 1 : La concurrence	10
Chapitre 2 : Le droit suisse de la concurrence	13
Chapitre 3 : Le champ d'application de la loi sur les cartels	33
Chapitre 4 : Le champ d'application de la loi sur la surveillance des prix	68
Chapitre 5 : L'articulation entre la LSPr et la LCart	73
Chapitre 6 : Le champ d'application de la loi contre la concurrence déloyale	77
Chapitre 7 : L'articulation entre la LCD et la LCart ou la LSPr	106
Chapitre 8 : La relation entre la LCD et d'autres lois fédérales ou cantonales	108
Deuxième partie : Le secteur de la santé	109
Introduction	110
Chapitre 1 : La notion et les enjeux	111
Chapitre 2 : Les acteurs	118
Chapitre 3 : Le prix et les tarifs des prestations prises en charge selon la LAMal	174
Chapitre 4 : Le prix et les tarifs des prestations prises en charge par l'assurance-maladie complémentaire	205
Troisième Partie : Le droit de la concurrence et les tarifs des prestations	211
Introduction	213
Chapitre 1 : L'application de la LCart à la fixation des tarifs des prestations prises en charge selon la LAMal	215
Chapitre 2 : L'application de la LCart à la fixation des tarifs des prestations prises en charge par l'assurance-maladie complémentaire	251
Chapitre 3 : L'application de la LSPr aux tarifs des prestations prises en charge selon la LAMal	269
Chapitre 4 : L'application de la LSPr aux tarifs des prestations prises en charge par l'assurance-maladie complémentaire	279
Chapitre 5 : L'analyse du système	286

Quatrième Partie : Le droit de la concurrence et les établissements hospitaliers	289
Introduction	291
Chapitre 1 : Les établissements hospitaliers et la Constitution économique	292
Chapitre 2 : L'application de la LCart à la planification hospitalière	314
Chapitre 3 : L'application de la LCart à la fixation des tarifs des prestations hospitalières (soins somatiques aigus)	325
Chapitre 4 : L'application de la LCart à la fixation des tarifs des prestations prises en charge par l'assurance-maladie complémentaire hospitalière	336
Chapitre 5 : L'application de la LCart aux établissements hospitaliers	359
Chapitre 6 : L'application de la LSPr aux tarifs des prestations hospitalières	364
Chapitre 7 : L'application de la LCD et les établissements hospitaliers	367
Chapitre 8 : L'analyse du système	385
Cinquième Partie : Le droit de la concurrence et les médecins	401
Introduction	403
Chapitre 1 : Les médecins et la Constitution économique	404
Chapitre 2 : L'application de la LCart à la fixation des tarifs des prestations ambulatoires	423
Chapitre 3 : L'application de la LCart aux médecins	432
Chapitre 4 : L'application de la LSPr aux tarifs des prestations ambulatoires	435
Chapitre 5 : L'application de la LCD et les médecins	441
Chapitre 6 : L'analyse du système	463
Sixième Partie : Le droit de la concurrence et les assureurs	477
Introduction	479
Chapitre 1 : Les assureurs et la Constitution économique	480
Chapitre 2 : L'application de la LCart aux assureurs	483
Chapitre 3 : L'application de la LSPr aux tarifs arrêtés par les assureurs	524
Chapitre 4 : L'application de la LCD et les assureurs	535
Chapitre 5 : L'analyse du système de l'assurance-maladie sociale	551
Chapitre 6 : L'analyse du système de l'assurance-maladie complémentaire	573
Conclusion	577

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements	V
Sommaire	VII
Table des matières	IX
Table des abréviations	XXIX
Bibliographie	XXXIX
Ouvrages de doctrine	XXXIX
Messages du Conseil fédéral.....	LXXVI
Documents officiels	LXXIX
Introduction	1
Première Partie : Le droit de la concurrence et son champ d'application	7
Introduction	9
Chapitre 1 : La concurrence	10
I. La notion de concurrence	10
II. La politique en matière de concurrence.....	11
Chapitre 2 : Le droit suisse de la concurrence	13
I. Les délimitations	13
II. Les sources.....	15
A. La Constitution fédérale.....	15
a. La Constitution économique suisse	15
b. La liberté économique	16
(i) La fonction individuelle	17
(ii) La fonction institutionnelle	18
(iii) La fonction fédérative.....	19
c. La politique en matière de concurrence	19
d. Le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence et le principe de l'égalité de traitement entre concurrents économiques	20
(i) La neutralité de l'Etat en matière de concurrence	21
(ii) Le principe de l'égalité de traitement des concurrents	24
B. La loi sur les cartels	27
a. Le but	27
b. L'aperçu du contenu de la loi	27
C. La loi sur la surveillance des prix	28
a. Le but	28

b.	L’aperçu du contenu de la loi	29
D.	La loi contre la concurrence déloyale	30
a.	Le but	30
b.	L’aperçu du contenu de la loi	31
Chapitre 3 : Le champ d’application de la loi sur les cartels		33
I.	Le champ d’application personnel.....	35
A.	La notion d’entreprise.....	35
B.	L’entreprise de droit privé	36
C.	L’entreprise de droit public.....	38
D.	L’entreprise mixte.....	40
II.	Le champ d’application matériel	41
A.	Les trois piliers	41
a.	Les accords en matière de concurrence	42
b.	Les entreprises puissantes sur le marché	43
c.	La participation à des concentrations d’entreprises	45
B.	Les exceptions	45
III.	Le champ d’application territorial	46
IV.	Le champ d’application temporel.....	47
V.	Les exceptions à l’application de la LCart.....	48
A.	Les prescriptions réservées	48
a.	Le contenu de la réserve.....	48
b.	Les conditions d’application.....	51
(i)	Les prescriptions	51
(ii)	L’exclusion de certains biens ou services de la concurrence.....	53
(iii)	Les exemples de prescriptions réservées.....	54
Les prescriptions qui établissent un régime de marché ou de		
prix de caractère étatique.....		54
L’exécution de tâches publiques sur la base de droits spéciaux		57
c.	Portée et conséquences	60
d.	Synthèse	62
B.	La relation avec la propriété intellectuelle	62
VI.	L’articulation entre les art. 2 et 3 LCart	64
VII.	Les conséquences de l’application de la LCart.....	66
Chapitre 4 : Le champ d’application de la loi sur la surveillance des prix		68
I.	Le champ d’application personnel.....	68
II.	Le champ d’application matériel	69

III.	Le champ d'application territorial	71
IV.	Les conséquences de l'application de la LSPr	71
	Chapitre 5 : L'articulation entre la LSPr et la LCart	73
	Chapitre 6 : Le champ d'application de la loi contre la concurrence déloyale	77
I.	Le champ d'application personnel	77
A.	Remarques liminaires	77
a.	Les parties concernées	78
(i)	Les concurrents et les fournisseurs	78
(ii)	Les clients et les consommateurs	79
(iii)	Les autres parties concernées	80
b.	La qualité pour agir	80
B.	Le champ d'application personnel au sens strict	82
a.	Les concurrents	83
b.	Les tiers	83
c.	L'Etat	84
II.	Le champ d'application matériel	86
III.	Le champ d'application territorial	87
IV.	Le champ d'application temporel	88
V.	Un aperçu des dispositions pertinentes	88
A.	La clause générale (art. 2 LCD)	89
B.	Les comportements visés par l'art. 3 LCD	90
a.	Le dénigrement	90
b.	La tromperie et l'induction en erreur	91
c.	Le risque de confusion	93
d.	Les comparaisons et la publicité comparative	94
e.	La sous-enchère et l'offre de primes trompeuses	95
f.	Les méthodes de vente particulièrement agressives	96
C.	L'inobservation des conditions de travail (art. 7 LCD)	96
D.	Les conditions générales abusives (art. 8 LCD)	97
a.	L'existence de conditions générales et d'un contrat	98
b.	Le consommateur	99
c.	Une disproportion entre droits et obligations en défaveur du consommateur	102
VI.	Les conséquences de l'application de la LCD	102
VII.	Le champ d'application de l'obligation d'indiquer le prix	103
A.	Les conditions d'application	103

B. Les conséquences de l'application de la LCD.....	105
Chapitre 7 : L'articulation entre la LCD et la LCart ou la LSPr	106
Chapitre 8 : La relation entre la LCD et d'autres lois fédérales ou cantonales	108
Deuxième partie : Le secteur de la santé	109
Introduction	110
Chapitre 1 : La notion et les enjeux	111
I. La notion	111
II. Les enjeux	112
A. L'importance économique croissante du secteur de la santé.....	112
B. Les spécificités du marché global de la santé.....	114
C. Le contexte juridique particulier	116
Chapitre 2 : Les acteurs	118
I. Les particuliers	118
II. Les fournisseurs de prestations.....	119
A. Généralités.....	119
B. Le secteur ambulatoire et le secteur stationnaire.....	121
C. Les établissements hospitaliers	122
a. L'exploitation d'un établissement hospitalier.....	122
b. La prise en charge par l'assurance-maladie obligatoire des soins hospitaliers	123
(i) Généralités	123
(ii) Les conditions d'admission	125
c. La planification hospitalière	125
(i) Le contexte.....	125
(ii) Le but	126
(iii) La répartition des compétences	126
(iv) Le déroulement et les critères.....	127
La détermination des besoins	128
La fixation et l'évaluation de l'offre	128
L'établissement de la liste et l'inscription des mandats de prestations	130
(v) Le recours et le réexamen	130
(vi) La médecine hautement spécialisée.....	130
d. Le financement hospitalier : aperçu.....	131
e. L'obligation d'admission et libre choix de l'hôpital.....	132
f. Les soins ambulatoires en hôpital.....	132

g.	La planification des équipements médico-techniques coûteux	133
(i)	Le système	133
(ii)	Les fondements	134
(iii)	Le fonctionnement	134
(iv)	Le but	136
h.	Synthèse	137
D.	Les médecins	138
a.	La réglementation de l'exercice de la profession de médecin.....	138
(i)	La LPMéd	138
	Les exigences s'appliquant aux médecins	139
	La réglementation de l'exercice à titre d'activité économique privée, sous sa propre responsabilité professionnelle	139
(ii)	L'exercice de la profession dans le service public ou sous la surveillance professionnelle d'autrui : le droit cantonal	140
b.	La pratique de la profession de médecin à charge de l'assurance- maladie obligatoire	141
(i)	Les prestations	141
(ii)	Le fournisseur de prestations.....	141
	Les médecins.....	141
	Les institutions de soins ambulatoires	142
	Les médecins travaillant en hôpital	142
(iii)	La clause du besoin	143
	L'adoption de la clause du besoin	143
	Le fonctionnement du système.....	146
(iv)	La prise en charge selon un tarif	148
(v)	Le libre choix du médecin.....	148
c.	La prise en charge par une assurance-maladie complémentaire	148
d.	Synthèse	149
III.	Les assureurs	149
A.	L'assurance-maladie et les assureurs-maladie pratiquant l'assurance- maladie sociale.....	150
a.	Généralités.....	150
b.	Les primes	152
(i)	Les fondements	152
(ii)	L'approbation des primes.....	154
c.	Les formes particulières d'assurance : le <i>managed care</i>	156

(i)	Les fondements	156
(ii)	Les différentes formes de <i>managed care</i>	158
B.	L'assurance-maladie privée et les assureurs privés	161
a.	Généralités	161
b.	La surveillance	165
c.	Les primes	166
C.	Synthèse	168
IV.	L'Etat et ses subdivisions	168
	Chapitre 3 : Le prix et les tarifs des prestations prises en charge selon la LAMal	174
I.	Les parties à une convention tarifaire	175
II.	Les formes des tarifs	177
III.	Les tarifs et les structures tarifaires	178
IV.	L'approbation du tarif fixé par convention	178
V.	La fixation du tarif par une autorité	179
VI.	Les principes à respecter lors de la fixation de tarifs	180
VII.	La protection tarifaire et la récusation	182
VIII.	Les recours contre un tarif	183
IX.	Le débiteur de la rémunération	184
X.	Les principaux tarifs	184
A.	Les traitements stationnaires et SwissDRG	185
a.	Le calcul de la rémunération	185
(i)	Les règles générales	185
(ii)	SwissDRG SA	187
(iii)	La structure tarifaire SwissDRG	188
(iv)	La convention tarifaire sur la valeur du point	189
(v)	Le calcul de la facture	190
(vi)	Remarques	191
b.	La prise en charge des coûts et le débiteur de la rémunération	192
c.	Synthèse	193
B.	Les traitements ambulatoires et Tarmed	194
a.	En général	194
b.	La structure tarifaire	195
(i)	Généralités	195
(ii)	L'approbation de la structure tarifaire	197
(iii)	La fixation subsidiaire par l'autorité	198

c.	La valeur du point tarifaire	199
(i)	Généralités	199
(ii)	L’approbation de la valeur du point	200
(iii)	La fixation subsidiaire par une autorité	200
d.	La multiplication ou le calcul de la rémunération	202
e.	La neutralité des coûts	202
f.	L’adhésion des médecins	202
g.	La prise en charge des coûts et le débiteur de la rémunération	203
h.	Synthèse	204
Chapitre 4 : Le prix et les tarifs des prestations prises en charge par l’assurance-maladie complémentaire		205
I.	La fixation par le fournisseur de prestations	205
II.	L’intervention des assureurs complémentaires et les conventions tarifaires	205
III.	La réglementation des conventions tarifaires	208
IV.	Le contrôle de la FINMA	208
V.	Remarques et synthèse	209
Troisième Partie : Le droit de la concurrence et les tarifs des prestations		211
Introduction		213
Chapitre 1 : L’application de la LCart à la fixation des tarifs des prestations prises en charge selon la LAMal		215
I.	Le champ d’application personnel	215
A.	Les fournisseurs de prestations	216
a.	Généralités	216
b.	L’indépendance économique	218
B.	Les assureurs LAMal	218
a.	Les caractéristiques	218
b.	La comparaison avec le droit européen	220
c.	Le droit suisse	223
C.	Les fédérations	225
a.	Les caractéristiques	225
b.	La comparaison avec d’autres associations d’entreprises	228
c.	La comparaison avec le droit européen	231
d.	Les enseignements	233
D.	Les autorités	234
a.	La fixation du tarif par le gouvernement cantonal	235
b.	La fixation du tarif par le Conseil fédéral	236

E.	Synthèse.....	236
II.	Le champ d'application matériel.....	237
A.	Un accord en matière de concurrence.....	237
B.	Une entreprise en position dominante.....	239
III.	Le champ d'application territorial.....	240
IV.	L'étude des prescriptions réservées.....	240
A.	Les art. 43 al. 4 et 46 al. 1 et 2 LAMal.....	240
a.	Les conventions tarifaires.....	241
b.	La négociation et la conclusion de conventions tarifaires lorsqu'une partie est en position dominante.....	243
B.	L'art. 47 LAMal.....	249
V.	Synthèse.....	249
	Chapitre 2 : L'application de la LCart à la fixation des tarifs des prestations prises en charge par l'assurance-maladie complémentaire	251
I.	Le champ d'application personnel.....	251
A.	Les fournisseurs de prestations fournissant des prestations non prises en charge par la LAMal.....	251
a.	En général.....	251
b.	Un groupe d'entreprises.....	252
(i)	Les associations de fournisseurs de prestations.....	252
(ii)	Le canton.....	253
B.	Les assureurs proposant des assurances-maladie complémentaires.....	254
II.	Le champ d'application matériel.....	256
A.	Un accord en matière de concurrence.....	256
a.	Les tarifs.....	256
b.	Les conventions tarifaires.....	257
B.	Une entreprise en position dominante.....	258
III.	Le champ d'application territorial.....	258
IV.	L'étude des prescriptions réservées.....	259
A.	Les prescriptions réservées dans le droit fédéral.....	259
a.	Les prescriptions réservées en matière de tarifs.....	259
b.	Les prescriptions réservées en matière de conventions tarifaires (LCA).....	260
c.	Les prescriptions réservées dans le droit de la surveillance (LSA).....	262
B.	Les prescriptions réservées dans le droit cantonal.....	264
a.	L'assurance-maladie.....	264

b.	L'assurance privée.....	265
c.	Les soins de santé.....	265
C.	Les conséquences de l'absence de prescription réservée	266
V.	Synthèse.....	267
	Chapitre 3 : L'application de la LSPr aux tarifs des prestations prises en charge selon la LAMal	269
I.	L'art. 14 LSPr et la conclusion d'une convention tarifaire.....	270
A.	Un prix.....	270
B.	Un prix convenu par accord en matière de concurrence ou arrêté par une entreprise puissante sur le marché.....	272
C.	La fixation ou l'approbation par une autorité officielle.....	273
II.	L'examen par le Surveillant des prix.....	274
III.	Le rôle de l'avis du Surveillant des prix en cas de recours contre un tarif.....	277
IV.	Synthèse.....	278
	Chapitre 4 : L'application de la LSPr aux tarifs des prestations prises en charge par l'assurance-maladie complémentaire	279
I.	L'art. 15 LSPr ou le régime général.....	279
II.	L'application de la LSPr.....	280
A.	Un prix convenu ou celui d'une entreprise puissante sur le marché.....	280
B.	La surveillance de l'assurance-maladie complémentaire et l'art. 15 LSPr.....	281
C.	Le régime ordinaire de surveillance des prix	282
a.	Les conditions d'application.....	282
b.	Les conséquences de l'application de la LSPr.....	284
c.	Remarque	284
III.	Synthèse.....	285
	Chapitre 5 : L'analyse du système	286
I.	L'assurance-maladie obligatoire.....	286
II.	L'assurance-maladie complémentaire.....	287
	Quatrième Partie : Le droit de la concurrence et les établissements hospitaliers	289
	Introduction	291
	Chapitre 1 : Les établissements hospitaliers et la Constitution économique	292
I.	Les établissements hospitaliers comme titulaires ou destinataires de la liberté économique.....	292
A.	Les établissements proposant des prestations LAMal.....	292
a.	Les hôpitaux privés	292
b.	Les hôpitaux publics.....	293

B.	Les établissements exerçant l'assurance-maladie complémentaire	294
a.	Les hôpitaux privés	294
b.	Les hôpitaux publics	294
II.	La portée de la liberté économique	297
A.	Les subventions	297
B.	La planification hospitalière et le financement des hôpitaux	298
a.	L'admission sur la liste	298
b.	Le critère de la masse critique	300
c.	La gestion quantitative des mandats de prestations	302
d.	La gestion quantitative du nombre de patients avec une assurance complémentaire	303
C.	Les dispositions tarifaires cantonales dans l'assurance-maladie complémentaire	304
D.	La planification des équipements médico-techniques lourds	306
a.	La conformité à la liberté économique	306
b.	La conformité au principe de la liberté économique	308
c.	La conformité au principe de l'égalité de traitement entre concurrents directs	309
III.	Synthèse et appréciation	310
	Chapitre 2 : L'application de la LCart à la planification hospitalière	314
I.	Le champ d'application personnel	315
A.	La détermination des besoins et l'évaluation de l'offre	315
B.	Le choix des établissements et la conclusion des mandats de prestations	317
II.	Le champ d'application matériel	319
III.	Le champ d'application territorial	320
IV.	L'étude des prescriptions réservées	320
A.	L'existence d'une prescription réservée	321
B.	La qualification de la réserve	322
V.	Les particularités de la planification de la médecine hautement spécialisée	323
VI.	Synthèse	324
	Chapitre 3 : L'application de la LCart à la fixation des tarifs des prestations hospitalières (soins somatiques aigus)	325
I.	La fixation de la structure tarifaire et la LCart	325
A.	Les conditions d'application de la LCart	326
B.	L'application de la LCart à SwissDRG SA	326
C.	L'application de la LCart aux actionnaires	328

D.	L'étude des prescriptions réservées	328
E.	La fixation de la structure tarifaire par le Conseil fédéral et la LCart	329
II.	La fixation du prix de base et la LCart	329
A.	Le champ d'application personnel	330
a.	Les établissements hospitaliers.....	330
b.	Les assureurs	332
c.	Les fédérations	332
d.	Le gouvernement cantonal	332
B.	Le champ d'application matériel.....	332
C.	Le champ d'application territorial.....	333
D.	L'étude des prescriptions réservées	333
a.	L'art. 49 al. 1 et 46 al. 1 et 2 LAMal	333
b.	L'art. 47 LAMal	334
III.	Le financement des soins hospitaliers en psychiatrie et réadaptation et la LCart	334
IV.	Le financement des soins hospitaliers ambulatoires et la LCart	334
V.	Synthèse	335
	Chapitre 4 : L'application de la LCart à la fixation des tarifs des prestations prises en charge par l'assurance-maladie complémentaire hospitalière	336
I.	Le champ d'application personnel.....	337
A.	Les assureurs proposant des assurances-maladie complémentaires	337
B.	Les établissements hospitaliers	337
C.	Le canton, détenteur d'un ou de plusieurs hôpitaux publics.....	339
a.	En théorie	339
b.	Les conventions tarifaires dans le canton de Lucerne.....	340
II.	Le champ d'application matériel	342
A.	Les tarifs adoptés par un hôpital	342
B.	Les conventions tarifaires conclues entre un assureur et un établissement hospitalier ou le canton	343
a.	Les conventions tarifaires en Argovie	344
b.	Les conventions tarifaires à Lucerne	345
(i)	Un accord en matière de concurrence au niveau des hôpitaux	346
(ii)	Un accord en matière de concurrence au niveau des assureurs	346
(iii)	Les Tarifverträge II	347
(iv)	Excursus : l'appréciation de l'accord	348
III.	Le champ d'application territorial	351

IV.	L'étude des prescriptions réservées.....	351
	A. Au niveau fédéral.....	352
	B. Au niveau cantonal.....	352
	C. Le canton comme détenteur d'hôpitaux.....	355
	a. Les limites imposées par le principe de la liberté économique.....	355
	b. Les dispositions que le canton adopte comme détenteur d'hôpitaux.....	356
V.	Synthèse.....	357
	Chapitre 5 : L'application de la LCart aux établissements hospitaliers	359
I.	Le champ d'application personnel.....	359
II.	Le champ d'application matériel.....	359
	A. Un accord.....	359
	B. Une puissance sur le marché.....	360
	C. Une concentration d'entreprises.....	360
III.	Le champ d'application territorial.....	361
IV.	L'étude des prescriptions réservées.....	361
	A. Au niveau fédéral.....	361
	B. Au niveau cantonal.....	362
V.	Synthèse.....	363
	Chapitre 6 : L'application de la LSPr aux tarifs des prestations hospitalières	364
I.	La LSPr et SwissDRG.....	364
II.	La LSPr et les tarifs des prestations prises en charge par l'assurance-maladie complémentaire hospitalière.....	366
	Chapitre 7 : L'application de la LCD et les établissements hospitaliers	367
I.	Le champ d'application personnel.....	367
	A. La problématique.....	367
	B. Un hôpital, une « division » publique d'une clinique privée.....	368
	C. Les cliniques privées (« division » privée).....	374
	D. Les fédérations.....	374
	E. L'employé, le médecin.....	375
	F. Les tiers.....	375
II.	Le champ d'application matériel.....	376
	A. L'art. 3 LCD.....	376
	B. L'articulation avec les dispositions cantonales sur la publicité.....	376
	C. L'art. 8 LCD.....	377
	a. Un consommateur.....	378
	b. Des conditions générales et un contrat.....	379

III.	Le champ d'application territorial	381
IV.	La qualité pour agir	381
	A. Les patients et les organisations de patients	381
	B. Les cliniques privées facturant à l'assurance-maladie complémentaire	382
	C. Les établissements de soins fournissant un traitement à charge de l'AOS	382
	D. Les médecins dans un établissement de soins	383
	E. Les associations	383
V.	Synthèse	384
	Chapitre 8 : L'analyse du système	385
I.	Généralités	385
II.	Le choix du législateur pour les hôpitaux listés	386
	A. Un système de planification et un marché régulé	386
	a. La planification hospitalière	386
	b. La rémunération et le financement des prestations de l'AOS	387
	c. Les cantons restreignant l'acquisition d'équipements médico-techniques coûteux	388
	B. La concurrence	388
	a. Le renforcement de la concurrence entre les hôpitaux	389
	b. Les comparaisons et la transparence	390
	c. Les gains liés à la rémunération forfaitaire	392
	d. Le libre choix de l'hôpital	393
	e. Les instruments de gestion	395
	f. L'égalité de traitement entre hôpitaux	395
	C. Les effets de la révision de la LAMal	396
III.	Le choix du législateur pour les hôpitaux hors-liste et les prestations relevant de l'assurance-maladie complémentaire	399
IV.	Le rôle pluriel des cantons	400
	Cinquième Partie : Le droit de la concurrence et les médecins	401
	Introduction	403
	Chapitre 1 : Les médecins et la Constitution économique	404
I.	Les médecins comme titulaires de la liberté économique	404
II.	La conformité de la LPMéd à la liberté économique	408
	A. Le régime de l'autorisation	409
	B. Le régime des sanctions	410
	C. Les limites en lien avec la publicité	411
III.	La conformité de la clause du besoin à la Constitution économique	411

A.	L'interdiction de pratiquer à charge de l'AOS comme atteinte.....	412
B.	Une base légale.....	415
(i)	Une base légale dans la LAMal.....	415
(ii)	Une base légale dans la Constitution.....	416
C.	Un intérêt public.....	417
D.	La proportionnalité.....	418
IV.	Synthèse.....	421
	Chapitre 2 : L'application de la LCart à la fixation des tarifs des prestations ambulatoires	423
I.	la fixation de la structure tarifaire et la LCart.....	423
A.	Le champ d'application personnel.....	423
B.	Le champ d'application matériel.....	424
C.	Le champ d'application géographique.....	425
D.	L'étude des prescriptions réservées.....	425
E.	L'intervention du Conseil fédéral et la LCart.....	426
II.	La fixation de la valeur du point et la LCart.....	427
A.	Le champ d'application personnel.....	427
B.	Le champ d'application matériel.....	428
C.	Le champ d'application géographique.....	429
D.	L'étude des prescriptions réservées.....	429
E.	La fixation de la valeur du point par le gouvernement cantonal et la LCart.....	430
III.	L'application de la LCart aux tarifs des prestations prises en charge par l'assurance-maladie complémentaire ambulatoire.....	430
IV.	Synthèse.....	431
	Chapitre 3 : L'application de la LCart aux médecins	432
I.	Les conditions d'application.....	432
II.	L'étude des prescriptions réservées.....	433
A.	Au niveau fédéral.....	433
B.	Au niveau cantonal.....	434
	Chapitre 4 : L'application de la LSPr aux tarifs des prestations ambulatoires	435
I.	La LSPr et Tarmed.....	435
A.	La structure tarifaire.....	435
B.	La valeur du point.....	436
II.	La LSPr et les tarifs des prestations prises en charge par l'assurance complémentaire ambulatoire.....	439

Chapitre 5 : L'application de la LCD et les médecins	441
I. Le champ d'application personnel.....	441
A. Les médecins	441
B. L'association de médecins	442
C. Les tiers	443
II. Le champ d'application matériel	443
A. L'art. 3 LCD	443
B. Les titres, la publicité : question d'articulation	446
a. Les titres.....	446
b. La publicité de médecins.....	447
c. Le principe de l'articulation des réglementations	449
(i) En droit fédéral	449
(ii) Avec le droit cantonal	450
d. L'articulation en pratique	451
(i) Généralités et comparaisons.....	451
(ii) La LPMéd et la LCD en général	453
(iii) Les dispositions sur l'usage de titres.....	454
(iv) La publicité	456
e. Appréciation	457
C. L'art. 8 LCD	458
III. Le champ d'application territorial	459
IV. La qualité pour agir	459
A. Les patients et les organisations de patients.....	459
B. Les médecins	460
C. Les associations professionnelles.....	461
V. Synthèse.....	461
Chapitre 6 : L'analyse du système	463
I. Le choix du législateur	463
II. Le financement des soins ambulatoires	465
A. Les avantages du système Tarmed.....	465
B. Les inconvénients du système Tarmed.....	467
III. L'analyse critique du système de l'art. 55a LAMal.....	470
A. Un système interventionniste et le principe de la liberté économique.....	470
B. L'efficacité et la mise en œuvre de la mesure	471
C. La question du calcul du nombre de médecins.....	472

D. Remarque.....	475
IV. Les choix du législateur pour les médecins et les traitements non pris en charge selon la LAMal.....	476
Sixième Partie : Le droit de la concurrence et les assureurs	477
Introduction	479
Chapitre 1 : Les assureurs et la Constitution économique	480
I. Les assureurs pratiquant l'assurance-maladie sociale.....	480
A. Destinataires de la liberté économique ?.....	480
B. Titulaires de la liberté économique ?.....	481
II. Les assureurs pratiquant l'assurance-maladie complémentaire.....	481
Chapitre 2 : L'application de la LCart aux assureurs	483
I. La méthode.....	483
II. Le champ d'application personnel.....	483
III. Les relations entre assureur(s) et fournisseur(s) de prestations.....	485
A. Les accords en matière de tarifs des prestations prises en charge par la LAMal.....	486
B. Les accords de <i>managed care</i>	487
C. Les tarifs des prestations prises en charge par l'assurance-maladie complémentaire.....	490
D. Les positions dominantes.....	490
IV. Les relations entre assureurs.....	492
A. Les accords en matière de concurrence entre assureurs.....	492
a. Les possibilités envisagées.....	492
b. Des prescriptions réservées régissant la pratique de l'assurance-maladie sociale.....	493
(i) La recherche de la volonté du législateur.....	493
(ii) L'exécution d'une tâche publique sur la base de droits spéciaux.....	495
(iii) Un régime de marché ou de prix de caractère étatique.....	497
(iv) Un accord réglementant le démarchage téléphonique, l'abandon des services fournis par des centres d'appel ou l'indemnisation des intermédiaires.....	497
(v) La question des accords sur le montant des primes.....	498
La LAMal.....	498
La LSAMal.....	499
c. Des prescriptions réservées dans le droit cantonal.....	502
d. Des prescriptions réservées régissant la pratique de l'assurance-maladie complémentaire.....	502

e.	La découverte d'un accord en matière de concurrence après l'approbation de la prime.....	504
(i)	Dans l'assurance-maladie sociale.....	504
(ii)	Dans l'assurance-maladie complémentaire.....	508
B.	La question de l'éventuelle position dominante.....	510
a.	La position dominante des entreprises pratiquant l'assurance-maladie sociale.....	510
b.	La position dominante des entreprises pratiquant l'assurance-maladie complémentaire.....	512
c.	Remarque.....	512
C.	Les concentrations d'entreprises.....	513
a.	La réglementation des concentrations.....	513
(i)	Dans le domaine de l'assurance-maladie sociale.....	513
(ii)	Dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire.....	514
b.	L'application de la LCart.....	515
c.	<i>Excursus</i> : les enseignements quant au fond des décisions de la Comco.....	517
d.	Remarques.....	521
V.	Les relations entre assureurs et des tiers.....	521
VI.	Synthèse.....	522
	Chapitre 3 : L'application de la LSPr aux tarifs arrêtés par les assureurs	524
I.	La LSPr et les tarifs des prestations.....	524
A.	Dans l'assurance-maladie obligatoire.....	524
B.	Dans l'assurance-maladie complémentaire.....	524
II.	La LSPr et la fixation des primes.....	524
A.	Dans l'assurance-maladie sociale.....	525
a.	Un prix.....	525
b.	Un prix convenu par accord en matière de concurrence ou arrêté par une entreprise puissante sur le marché.....	525
c.	L'autorité approuvant le prix.....	527
d.	Un régime de surveillance selon l'art. 15 LSPr.....	529
e.	Remarques et synthèse.....	529
B.	Dans l'assurance-maladie complémentaire.....	531
a.	Les conditions d'application.....	531
b.	Remarques et synthèse.....	533
	Chapitre 4 : L'application de la LCD et les assureurs	535
I.	Le champ d'application personnel.....	535

A.	Les compagnies pratiquant l'assurance-maladie sociale	535
B.	Les compagnies pratiquant l'assurance-maladie complémentaire	536
C.	Les tiers	536
II.	Le champ d'application matériel	537
A.	L'art. 3 LCD	537
B.	L'art. 8 LCD	539
a.	Un consommateur	540
b.	Des conditions commerciales dans un cadre contractuel	541
(i)	L'assurance-maladie complémentaire	541
(ii)	L'assurance-maladie sociale	542
c.	Une disproportion entre droits et obligations en défaveur du consommateur	544
(i)	L'assurance-maladie complémentaire	545
(ii)	L'assurance-maladie sociale	546
III.	Le champ d'application territorial	547
IV.	La qualité pour agir	548
A.	Les assurés/les organisations de consommateurs	548
B.	Les compagnies d'assurance	548
C.	Les tiers	549
D.	Les associations d'assureurs	549
V.	Synthèse	549
	Chapitre 5 : L'analyse du système de l'assurance-maladie sociale	551
I.	Les dispositions qui restreignent la concurrence	551
A.	L'obligation de s'assurer et l'obligation d'accepter les assurés	551
B.	Les relations assureurs – fournisseurs de prestations	552
C.	L'activité de l'assureur	553
a.	En général	553
b.	La question de la prime	553
c.	La surveillance	554
d.	La compensation des risques	555
II.	Les dispositions qui prônent une libre concurrence	557
A.	La pluralité d'assureurs et le libre choix	557
B.	Une certaine concurrence sur le montant des primes	558
C.	Les autres formes d'assurance	561
a.	Les franchises à option et les assurances bonus	561
b.	Le managed care	562

D.	Les autres paramètres concurrentiels	563
III.	La transparence sur le marché	563
IV.	Les motivations des assureurs à augmenter les parts de marché.....	564
V.	Une critique.....	566
A.	Un état des lieux	566
B.	Le débat sur la caisse unique.....	568
Chapitre 6 : L'analyse du système de l'assurance-maladie complémentaire		573
Conclusion		577
I.	Synthèse.....	577
A.	La Constitution économique	577
B.	La LCart.....	579
a.	Personnellement	580
b.	Matériellement	581
(i)	Le premier pilier	581
(ii)	Le deuxième pilier	582
(iii)	Le troisième pilier	583
c.	Territorialement.....	583
d.	Les conséquences	583
e.	Les prescriptions réservées.....	583
f.	L'étude des prescriptions réservées.....	584
(i)	Les relations entre établissements hospitaliers	584
(ii)	Les relations entre médecins	585
(iii)	Les relations entre assureurs	585
(iv)	Les relations entre acteurs étudiés.....	585
(v)	Les relations entre acteurs étudiés avec des tiers.....	586
g.	Les conséquences	586
C.	La LSPr.....	586
a.	Le champ d'application	586
b.	Les conséquences	587
c.	Les cas d'application	587
d.	Les spécificités des art. 14 et 15 LSPr.....	587
D.	La LCD.....	588
a.	Personnellement	589
b.	Matériellement	589
c.	Territorialement.....	591

d. Les conséquences	591
E. L'articulation	591
II. Perspectives.....	592

TABLE DES ABRÉVIATIONS

<u>Abréviation</u>	<u>Explication</u>
a	ancienne(ne)
aCst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874
ad	à
AG	<i>Aktiengesellschaft</i> (SA)
al.	alinéa
aLCart-1962	ancienne loi fédérale du 20 décembre 1962 sur les cartels et organisations analogues, RO 1964 49
aLCart-1985	ancienne loi fédérale du 20 décembre 1985 sur les cartels et organisations analogues, RO 1986 I 874
AMG	Association des médecins de Genève
AOS	assurance obligatoire des soins
ASSP	Association des Sociétés Suisses de Publicité
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel du Conseil national
BR	<i>baserate</i>
BSK	<i>Basler Kommentar</i>
BV	<i>Bundesverfassung</i> (Cst.)
BVR	<i>Verein Bernische Verwaltungsrechtsprechung</i>
c.	considérant(s)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CCart	Commission des cartels (sous l'empire de l'aLCart-1962)
CDS	conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé
CE	Communauté européenne
cf.	<i>confer</i>

CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre(s)
CHF	francs suisses
CHUV	Centre hospitalier universitaire vaudois
CIMHS	Convention intercantonale du 8 octobre 2008 relative à la médecine hautement spécialisée
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes (depuis l'entrée en vigueur du TL le 1 ^{er} décembre 2009 : CJUE)
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CM	composante médicale
CMS	centre médico-social
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
<i>contra</i>	<i>en sens contraire</i>
CoRe	Commission de recours pour les questions de concurrence (art. 44 LCart, abrogé par l'entrée en vigueur de la Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral, RS 173.32 ; FF 2001 4000 4367)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CR	Commentaire romand
CSA	conditions supplémentaires d'assurance
CSSS	Commission(s) de la sécurité sociale et de la santé publique
CSSS-E	Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats
CSSS-N	Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101

XXX

CT	composante technique
CTM	Commission des tarifs médicaux LAA
CW	<i>cost weight</i>
DEFR	Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche
DFE	Département fédéral de l'économie (aujourd'hui DEFR)
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DFS	Département des finances et de la santé
DPC	Droit et politique de la concurrence, Berne
Dr.	Docteur
Dr. med.	Docteur en médecine
DREMTL	Décret du 29 septembre 2015 sur la régulation des équipements médico-techniques lourds, RSVD 800.032
DRG	<i>Diagnosis Related Groups</i>
DSAS	Département de la santé et de l'action sociale
éd.	édition
édit.	éditeur
EMS	établissement médico-social
etc.	<i>et caetera</i>
FF	Feuille fédérale
ff.	und folgende
FINMA	<i>Eidgenössische Finanzmarktaufsicht</i> (autorité fédérale de surveillance des marchés financiers)
FMH	<i>Foederatio Medicorum Helveticorum</i> (Fédération des médecins suisses)
FRC	Fédération romande des consommateurs
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
HMG	<i>Heilmittelgesetz</i> (LPh)
HMO	<i>health maintenance organization</i>
HUG	Hôpitaux universitaires de Genève

<i>i.f</i>	<i>in fine</i>
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
intro.	introduction
IPRG	<i>Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (LDIP)</i>
JdT	Journal des Tribunaux
KG	<i>Kartellgesetz (LCart)</i>
KVG	<i>Krankenversicherungsgesetz (LAMal)</i>
LAA	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents, RS 832.20
LAI	Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité, RS 831.20
LAM	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire, RS 833.1
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, RS 832.10
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, RS 251
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, RS 241
LDA	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteurs et les droits voisins, RS 231.1
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291
let.	lettre(s)
LETC	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les entraves techniques au commerce, RS 946.51
<i>lit.</i>	lettre(s)
LLCA	Loi fédérale du 23 juin 2000 sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats), RS 935.61

LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995, RS 943.02
LMP	Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics, RS 172.056.1
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données, RS 235.1
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1
LPMéd	Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires, RS 811.11
LPT _h	Loi fédérale du 15 décembre 2000 sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques), RS 812.21
LS	Loi (cantonale) sur la santé
LSP	Loi (cantonale) sur la santé publique
LSA	Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance, RS 961.01
LSAMal	Loi fédérale du 26 septembre 2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (Loi sur la surveillance de l'assurance-maladie), RS 832.12
LSP _r	Loi fédérale du 20 décembre 1985 sur la surveillance des prix, RS 942.20
LTAF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral, RS 173.32
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110
LTVA	Loi fédérale du 12 juin 2009 sur la valeur ajoutée (Loi sur la TVA), RS 641.20
MCO	<i>managed care organization</i>
Mess	Message du Conseil fédéral
MHS	médecine hautement spécialisée
N	numéro(s)
n.	note de bas de page
no	numéro(s)

not.	notamment
Nr.	<i>Nummer</i>
n.t.	non traduit
OAMal	Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie, RS 832.102
Obsan	Observatoire suisse de la santé
OCCE	Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises, RS 251.4
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OCP	Ordonnance du 3 juillet 2002 sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie, RS 832.104
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFSP	Office fédéral de la santé publique
OFAM	Office fédéral de l'assurance-militaire
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OFS	Office fédéral des statistiques
OIP	Ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix, RS 942.211
OLAF	Ordonnance du 3 juillet 2013 sur la limitation de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-obligatoire des soins, RS 832.103
OFAM	Office fédéral de l'assurance-militaire
OPAS	Ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins), RS 832.112.31
OR	<i>Obligationenrecht</i> (CO)
OS	Ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées, RS 961.011

OSAMal	Ordonnance du 19 novembre 2015 sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (Ordonnance sur la surveillance de l'assurance-maladie), RS 832.121
P-	projet
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021
PCCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du Préposé à la surveillance des prix (DPC depuis 1997)
P-LCart	Projet de Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, FF 2012 3713
PJA	Pratique juridique actuelle, Lachen (<i>AJP</i>)
PM	prestation médicale
<i>PPO</i>	<i>preferred provider organization</i>
PPP	partenariat public-privé
PT	prestation technique
publ.	Publication
Publ. CC	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix
PüG	<i>Preisüberwachungsgesetz</i> (LSPr)
RAMA	Assurance-maladie et accidents. Jurisprudence et pratique administrative (jusqu'en 2006)
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RDS	Revue de droit suisse
réf.	référence(s)
RJB	Revue de la société des juristes bernois, Berne (<i>ZBJV</i>)
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel de droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral

RS+canton	Recueil systématique du droit d'un canton
RSAS	Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
s.	et suivant(e)
ss	et les pages qui suivent
SA	société anonyme
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
SHK	<i>Stämpfli Handkommentar</i>
sic !	Revue de droit de la propriété intellectuelle de l'information et de la concurrence, Zurich
SJ	La semaine judiciaire, Genève
ss	et suivant(e)s
SSO	société suisse des médecins-dentistes
SSP VD	Service de la santé publique du canton de Vaud
StGB	<i>Schweizerisches Strafgesetzbuch</i> (CP)
<i>supra</i>	ci-dessus
SUVA	<i>Schweizerische Unfallversicherung</i> (Caisse nationale suisse en cas d'accident)
SVM	Société vaudoise de médecine
Swissmedic	Autorité d'autorisation et de surveillance des produits thérapeutiques
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (modification du TCE introduite par le TL su 13 décembre 2007), JO 2012 C 326/47
UE	Union européenne
USPI	Union suisse des professionnels de l'immobilier
UWG	<i>Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb</i> (LCD)
vol.	volume

VAG	<i>Versicherungsaufsichtsgesetz (LSA)</i>
VVG	<i>Versicherungsvertragsgesetz (LCA)</i>
VIPT	valeur initiale du point
VPT	valeur du point
Weko	<i>Wettbewerbskommission (Comco)</i>
ZBI	Schweizerisches Zentrallblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES DE DOCTRINE

- ABEGG ANDREAS/FREI MARCO, Können sich öffentliche Unternehmen auf die Wirtschaftsfreiheit berufen ?, in : recht 2017, p. 290 ss (Unternehmen).
- ACHTERMANN WALLY/BERSET CHRISTEL, Les politiques suisses de santé – potentiel pour une politique nationale, Volume 1/Analyse et perspectives, Berne 2006 (Politiques-vol. 1).
- AMELUNG VOLKER/CORNELIUS FELIX, Wie beeinflussen Medizinische Versorgungszentren den Wettbewerb im Gesundheitswesen ? in : Public Health Forum 17/64, 2009, p. 23 s. (Versorgungszentren).
- AMSTUTZ MARC, Form und Funktion im Wettbewerbsbeschränkungen, in : RSDA 2001, p. 248 ss (Wettbewerbsbeschränkungen).
- AMSTUTZ MARC, Vom Kartellrecht der öffentlichen Unternehmen : Vorstudien zur Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf die staatliche Wirtschaftstätigkeit, in : Kellerhals A. (édit.), Aktuelle Fragen zum Wirtschaftsrecht : Zur Emeritierung von W. R. Schluep, Zurich 1995, p. 73 ss (Unternehmen).
- ANTIPAS DIMITRI, Les recommandations de prix en droit suisse et en droit européen de la concurrence, Berne 2014 (Recommandations).
- ARDITI CHANTAL/BURNAND BERNARD, Démographie médicale : indicateurs et observatoires – Revue des pratiques en Suisse et ailleurs, Lausanne 2014 (Démographie médicale).
- ARNET RUTH, Freiheit Zwang beim Vertragsabschluss – Eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit im schweizerischen Recht, Berne 2008 (Freiheit).
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Volume I, L'Etat, 3^{ème} éd., Berne 2013 (L'Etat).
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux, 2^{ème} éd., Berne 2006 (Droits fondamentaux).
- AYER ARIANE, La surveillance des professionnels de la santé : nouveaux défis, in : Guillod O. (édit.), Professions de la santé : professions

- d'avenir ? 16^e journée de droit de la santé, Neuchâtel 2010, p. 87 ss (Surveillance).
- BAILLY ANTOINE (dir.), Déserts sanitaires et oasis de santé, in : 11^{ème} journée Forum santé – Gesundheit : pour une politique de santé durable, 21 janvier 2009 (Déserts).
- BAILLY ANTOINE SYLVAIN/BERNHARDT MARTIN, La « clause du besoin » : un choix de société, in : Médecin & Hygiène, 2001, no 59, p. 24 ss (Clause du besoin).
- BALDI MARINO, Les fondements de la nouvelle loi sur les cartels, in : RSDA 1996, p. 3 ss (Fondements).
- BALDI MARINO, Überblick und allgemeine Bestimmungen – Zwölf Charakteristika des neuen Kartellgesetzes, in : Zäch R., Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zurich 1996 (Charakteristika).
- BÄR ROLF, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in : von Büren R./Cottier T., Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Berner Tage für die juristische Praxis 1996, Berne 1997 (Auswirkungsprinzip).
- BATIFOULIER PHILIPPE, Le marché de la santé et la reconstruction de l'interaction patient-médecin, in : Revue française de socio-économie 2012/2 no 10, p. 155 ss (Marché).
- BECK KONSTANTIN, Der Wettbewerb, in : Gesundheit und Gesellschaft, 9/06, 2006 (Wettbewerb).
- BECK KONSTANTIN, Wettbewerb in der Krankenversicherung : Schlagwort oder Realität ?, in : Bulletin des médecins suisse, 2005 ; 86 : Nr 20, p. 1228 ss (Krankenversicherung).
- BELLANGER FRANÇOIS, Notion, enjeux et limites de la délégation d'activités étatiques, in : Favre A.-C./Martinet V./Poltier E., La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 43 ss (Délégation).
- BELLANGER FRANÇOIS, Les contrats de prestations en droit public, in : Postizzi M./Annovazzi M. (édit.), Il contratto di mandato nell'ordinamento giuridico, Lugano 2009, p. 141 ss (Contrats de prestations).
- BELLANGER FRANÇOIS, Le contentieux des contrats de prestations, in : Bellanger F./Tanquerel T. (édit.), Les contrat de prestations, Genève 2002, p. 33 ss (Contentieux).

BGFA Komm-AUTEUR

- FELLMANN WALTER/ZINDEL GAUDENZ G. (édit.), *Kommentar zum Anwaltsgesetz, Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA)*, 2ème éd., Zurich 2011.
- BIAGGINI GIOVANNI, *Bundesverfassung der schweizerische Eidgenossenschaft – Kommentar*, Zurich 2007 (BV Kommentar).
- BIAGGINI GIOVANNI, *Die Wirtschaftsfreiheit und ihre Einschränkungen*, ius.full 2003, p. 2 ss (Einschränkungen).
- BIAGGINI GIOVANNI, *Sind öffentliche Unternehmen grundrechtberechtigt ? – Betrachtungen am Beispiel der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)*, in : von der Crone H. C./Werber R. H./Zäch R./Zobl D., *Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht – Festschrift für Peter Forstmoser*, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 623 ss (Unternehmen).
- BIAGGINI GIOVANNI, *Von der Handel- und Gewerbefreiheit zur Wirtschaftsfreiheit, Entwicklungsperspektiven unter der neuen Bundesverfassung*, in : ZBl 2001, p. 225 ss (Entwicklungsperspektiven).
- BIAGGINI GIOVANNI, *Wirtschaftsfreiheit*, in : Thürer D./Aubert J.-F./Müller J.-P. (édit.), *Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 779 ss (Wirtschaftsfreiheit).
- BIAGGINI GIOVANNI, *Über Strukturprobleme zweier wettbewerbsorientierter Wirtschaftsverfassung*, in : ZBl 1996, p. 50 ss (Wirtschaftsverfassung).
- BLANC DIDIER, *La planification des services de santé et le droit de l'Union européenne. Vers la reconnaissance d'une « exception sanitaire » ou l'intégration de la santé au marché*, in : RTDeur, janvier-mars 2013, p. 21 ss (Planification).
- BOCOGNANO AGNÈS ET AL., *Concurrence entre assureurs, entre prestataires et monopole naturel*, in : *Economie et statistiques*, no 328, 1999, p. 21 ss (Concurrence).
- BOHNET FRANÇOIS/MARTENET VINCENT, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009 (Avocat).
- BOLGIANI IVA/CRIVELLI LUCA, *Planification des équipements hospitaliers coûteux : un regard économique-politique*, in : Guillod O. (édit.), *L'hôpital entre droit, politique et économie(s)*, Berne 2015, p. 107 ss (Equipements).

- BOLLIER ANNE-MARIE, Patient ou consommateur, il faut choisir, in : Courrier du médecin vaudois – Revue de la Société vaudoise de médecine : La santé, un (super)marché comme un autre ?, Août-septembre 2003, p. 11 (Patient).
- BORER JÜRIG, Wettbewerbsrecht I – Kommentar, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3^{ème} éd., Zurich 2011 (KG).
- BOVET CHRISTIAN, Les marchés publics face au droit de la concurrence, in : Zufferey J.-B./Stöckli H., Marchés publics, 2010, p. 377 ss (Marchés publics).
- BRIGNON JEAN/GALLOUJ CAMAL, Précis de santé publique et d'économie de la santé, 2^{ème} éd., Rueil-Malmaison 2011 (Santé publique).
- BRULHART VINCENT, Droit des assurances privées, 2^{ème} éd., Berne 2017 (Assurances privées).
- BRULHART VINCENT, Quelques remarques relatives au droit applicable aux assurances complémentaires dans le nouveau régime de la LAMal, in : LAMal-KVG, Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, Lausanne 1997, p. 735 ss (Droit applicable).
- BRUMANN THOMAS, Der Tarifvertrag im Krankenversicherungsrecht : eine Kurzübersicht, in : Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht, Zurich 2012, p. 123 ss (Tarifvertrag).
- BRUMANN THOMAS, Tarif- und Tarifstrukturverträge im Krankenversicherungsrecht, Hambourg 2012 (Tarif- und Tarifstrukturverträge).
- BRUNNER AXEL, Konsumentenschutz im VVG – Postulate des Konsumrechts, in : Schnyder A. K./Weber S. (édit.), Totalrevision VVG – Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre ?, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 131 ss (Konsumentenschutz).
- BRUNNER HANS HEINRICH, De la clause du besoin selon l'art. 55a LAMal – « Limitation » du nombre de médecins : approche du vrai problème ou petit historique de la santé publique en Suisse, in : Bulletin des médecins suisse 2002 ; 83 : Nr 26, p. 1348 s. (Art. 55a LAMal).
- BRUNNER HANS HEINRICH, Historique du TarMed et de ses versions, in : Bulletin des médecins suisses, 2001 ; 82 : Nr 11, p. 532 (Historique).
- BRUNNSCHWEILER MARTIN, Aktuelle Rechtsprobleme der Tarifgestaltung in öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler : Ein Überblick über die Praxis, in : Gächter T. (édit.), Spitalfinanzierung– Spital

im Spannungsfeld zwischen Grund- und Zusatzversicherung, Berne/Lucerne 2005, p. 47 ss (Tarifgestaltung).

BSK BV-AUTEUR

- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (édit.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

BSK HMG-AUTEUR

- EICHENBERGER THOMAS/JAISLI URS/RICHLI PAUL (édit.), Heilmittelgesetz (HMG), Basler Kommentar, Bâle 2006.

BSK IPRG-AUTEUR

- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./BERTI STEPHEN V. (édit.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 2^{ème} éd., Bâle 2007.

BSK KG-AUTEUR

- HILTY RETO M./ARPAGAU RETO (édit.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar, Bâle 2013.

BSK OR I-AUTEUR

- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (édit.), Obligationenrecht I: Art. 1-529 OR, Basler Kommentar, 6^{ème} éd., Bâle 2016.

BSK StGB I-AUTEUR

- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (édit.), Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, Basler Kommentar, Bâle 2013.

BSK VAG-AUTEUR

- HSU PETER CH./STUPP ERIC (édit.), Versicherungsaufsichtsgesetz, Basler Kommentar, Bâle 2013.

BSK VVG-AUTEUR

- HONSELL HEINRICH ET AL., Versicherungsvertragsgesetz (VVG), Basler Kommentar, Bâle 2012.

BÜHRER ANDREAS, Tarif und Tarifierfassung in der Krankenversicherung. Ein methodischer Blick auf den ambulanten Bereich, in : Kieser U./Oggier W./Bührer A., Tarif und Tarifierfassung in der Krankenversicherung – Ein juristischer, ökonomischer und methodischer Blick auf den ambulanten Bereich, Berne 2015 (Tarif).

- BÜHRER ANDREAS/OGGIER WILLY/KIESER UELI, Zusammenfassungen/Résumés, in : Kieser U./Oggier W./Bührer A., Tarif und Tarifanpassung in der Krankenversicherung – Ein juristischer, ökonomischer und methodischer Blick auf den ambulanten Bereich, Berne 2015 (Résumés).
- BÜRGI ALEXANDER/DIETRICH MARCEL, Abgrenzung der Zuständigkeiten von Wettbewerbskommission und Preisüberwacher, in : sic ! 2005, p. 179 ss (Abgrenzung).
- BURKI ANDREAS/PFUND PETER/WALDMEIER JÜRIG, Rechtliches, in : Waldmeier J. (édit.), Versicherungsaufsicht, Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 1 ss (Rechtliches).
- BURRI BERNARD, Le libre choix du médecin en milieu hospitalier, in : Bulletin des médecins suisses, 2005, 86 : Nr 13, p. 777 ss (Libre choix).
- CANDREIA PHILIPP, Konzerne als marktbeherrschende Unternehmen nach Art. 7 KG, Zurich/Bâle/Genève 2007 (Konzerne).
- CARCAGNI ROMINA/TREIS MICHAEL/DURRER ANGELA/HANSELMANN PETRA, in : Baker & McKenzie (édit.), Kartellgesetz – Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Berne 2007, ad Art. 3 KG (Art. 3 KG).
- CARRON BENOÎT, Le régime des ordres de marché du droit public en droit de la concurrence, Fribourg 1994 (Concurrence).
- CHAMBARETAUD SANDRINE/LEQUET-SLAMA DIANE, Managed care et concurrence aux Etats-Unis, Evaluation d'un mode de régulation, in : Revue française des affaires sociales 2002/1, p. 11 ss (Managed care).
- CHANDERNAGOR PHILIPPE/CLAVERANNE JEAN-PIERRE/KRICHEN MONA, Le statut des équipements hospitaliers : stratégies(s) d'acteur(s) et ordre technicien, in : Contandriopoulos A.-P./Souteyrand Y., L'hôpital stratège, Paris 1996, p. 255 ss (Equipements).
- CHRISTEN ANDREAS, ET AL., Le système de santé suisse – Le marché hospitalier en mutation, Crédit Suisse Group AG, 2013 (Système de santé).
- Commentaire LPMéd-AUTEUR
- AYER ARIANE/KIESER UELI/POLEDNA TOMAS/SPRUMONT DOMINIQUE, Medizinalberufegesetz (MedBG) Loi sur les professions médicales (LPMéd) – Kommentar Commentaire, Bâle 2009.

CR CO I-AUTEUR

- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ, Code des obligations I : Art. 1-529 CO, Commentaire romand, 2^{ème} éd., Bâle 2012.

CR CO II-AUTEUR

- TERCIER PIERRE/AMSTUTZ MARC/TRIGO TRINIDADE RITA, Code des obligations II : Art. 530-1186 CO, art. 20-23 LB, avec des introductions à la Lfus, à la LTI, et à la loi sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI, Commentaire romand, 2^{ème} éd., Bâle 2017

CR Concurrence-AUTEUR

- MARTENET VINCENT/BOVET CHRISTIAN/TERCIER PIERRE, Droit de la concurrence : Loi sur les cartels, Loi sur la surveillance des prix, Loi sur le marché intérieur, Loi sur les entraves techniques au commerce, Commentaire romand, 2^{ème} éd., Bâle 2013.

CR CP I-AUTEUR

- ROTH ROBERT/MOREILLON LAURENT (édit.), Code Pénal I, Art. 2-220 CP, Commentaire romand, Bâle 2009.

CR LCD- AUTEUR

- MARTENET VINCENT/PICHONNAZ PASCAL, Loi contre la concurrence déloyale, Commentaire romand, Bâle 2017.

CR LLCA-AUTEUR

- VALTICOS MICHEL/REISER CHRISTIAN/CHAPPUIS BENOÎT, Loi fédérale sur la libre circulation des avocats (Loi sur les avocats, LLCA), Commentaire romand, Bâle 2010.

COSANDEY JÉRÔME/ROTEN NOÉMIE/RUTZ SAMUEL (Avenir suisse), Une politique hospitalière saine – Plus de transparence, plus de souveraineté du patient, moins de cantonalisme, Zurich 2018 (Politique hospitalière).

CULTRU CHRISTOPHE, Patient ou consommateur ? in : Droit, déontologie et soin, Mars 2004, vol. 4, no 1, p. 34 ss (Patient).

DAVID LUCAS/JACOBS RETO, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 5^{ème} éd., Berne 2012 (Wettbewerbsrecht).

DEISS JOSEPH/GUGLER PHILIPPE, Politique économique et sociale, Bruxelles 2012 (Politique).

- DEMANGE GABRIELLE/GEOFFARD PIERRE-YVES, A quoi peut servir la concurrence en assurance santé ?, in : Revue d'économie politique 2004/5 (vol. 114), p. 595 ss (Concurrence).
- DESCHENAUX HENRI, La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de boycott et l'avant-projet de loi sur les cartels, in : WuR 1961, p. 137 ss (Jurisprudence).
- DESPLAND BÉATRICE, Les liens entre l'assurance-maladie obligatoire et les assurances complémentaires, in : Guillod O., Conflits d'intérêt dans le système de santé, 15^{ème} journée de droit de la santé, Neuchâtel 2009 (Liens).
- DESSEMONTET FRANÇOIS, Le contrôle judiciaire des conditions générales, in : La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Travaux de la journée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 10 mars 1988, à l'Université de Lausanne, Lausanne 1988 (Conditions générales).
- Dike Komm. UWG-AUTEUR
 - HEIZMANN RETO/LOACKER LEANDER D. (édit.), UWG – Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Zurich/St-Gall 2018.
- DO CANTO PHILIPP/POLEDNA TOMAS, Gesundheitswesen und Vergaberecht – von der öffentlichen Aufgabe zum öffentlichen Auftrag, in : Poledna T./Jacobs R. (édit.), Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Zurich 2010 (Gesundheitswesen).
- DOMENIGHETTI GIANFRANCO, Santé : Défis politiques ?, in : Bulletin HEC 72, p. 41 ss (Défis).
- DONATSCH MARCO, Die Stellung der öffentlichen Hand bei der Spitalfinanzierung nach KVG, in : Jusletter du 28 août 2017 (Spitalfinanzierung).
- DRANOVE DAVID ET AL., Is the Impact of Managed Care on Hospital Prices decreasing?, in : Journal of Health Economics 27, 2008, p. 362 ss (Impact).
- DREYFUSS ROBERT, Les patients n'obéissent pas aux lois du marché et ne sont pas des consommateurs, in : Courrier du médecin vaudois – Revue de la Société vaudoise de médecine : La santé, un (super)marché comme un autre ?, Août-septembre 2003, p. 3 (Patient).

- DROLSHAMMER JENS IVAR, Wettbewerbsrecht/Competition Law/Droit de la concurrence, Vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95), Übersicht, Bibliographie, Gerichtsentscheide, Arbeiten der Kartellkommission, Materialien, Gesetzestexte, Berne 1997 (Wettbewerbsrecht).
- DRUY JUST EVA, Das Prinzip betriebswirtschaftlicher Tarifmessung im KVG, in : Jusletter du 19 août 2013 (Tarifbemessung).
- DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014 (Droit administratif général).
- DUC JEAN-LOUIS, Caisse-maladie unique et fonds de compensation de l'assurance-maladie – Une confusion qu'il ne faut pas faire, in : Jusletter du 29 janvier 2018 (Caisse-maladie unique).
- DUC JEAN-LOUIS, Facturation et rémunération des soins ambulatoires et stationnaires, in : Jusletter du 18 juin 2018 (Facturation).
- DUC JEAN-LOUIS, Une question constamment soulevée : celle de la suppression de l'obligation de contracter, in : RSAS 2017, p. 617 ss (Suppression).
- DUC JEAN-LOUIS, Planification hospitalière, mandat de soins et « quotas », in : PJA 2013, p. 533 ss (Quotas).
- DUC JEAN-LOUIS, Interventions chirurgicales dans des établissements non agréés, in : PJA 2011, p. 661 ss (Interventions).
- DUC JEAN-LOUIS, Assurance sociale et assurance privée – Rapport du groupe de travail de la Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances institué pour examiner les tâches dévolues à l'assurance privée d'une part, et celles incombant à l'assurance sociale, d'autre part, Berne 2003 (Assurance).
- DUC JEAN-LOUIS, Présentation des propositions de la Commission des cartels, in : Duc J.-L. (dir.), Concurrence et assurance-maladie sociale – Faut-il réorganiser la sécurité sociale suisse ?, Lausanne 1993 (Propositions).
- DUCOR PHILIPPE, Médecins hospitaliers et responsabilité, in : Guillod O. (édit), L'hôpital entre droit, politique et économie(s), 21^e journée du droit de la santé, Berne 2015, p. 175 ss (Responsabilité).
- DUCREY PATRIK, Kartellrecht, in : Marbach E./Ducrey P./Wild G., Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4^{ème} éd., Berne 2017, p. 293 ss (Kartellrecht).

- DUCREY PATRIK, Fallstricke für öffentliche Unternehmen im Wettbewerb, in : Hettich P. (édit.), Öffentliche Unternehmen zwischen Politik und Markt, St-Gall 2009, p. 71 ss (Unternehmen).
- DUCREY PATRIK, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in : von Büren R./David L. (dit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2 : Kartellrecht, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 231 ss (Unternehmenszusammenschlüssen).
- DUCREY PATRICK/DROLSHAMMER JEANS IVAR, in : Homburger E./Schmidhauser B./Hoffet F./Ducrey P. (édit.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz von 6. Oktober 1995, Zurich 1996/1997, ad Art. 9 KG. (Art. 9 KG).
- DUCREY PATRIK/MARTENET VINCENT, Enjeux procéduraux – Verfahrenrechtliche Herausforderungen, in : Amstutz M./Stoffel W./Ducrey P. (édit.), La loi sur les cartels dans la pratique : entre droit et économie, Zurich/Bâle/Genève 2012, p. 69 ss (Enjeux).
- DUCREY PATRIK/ZURKINDEN PHILIPP, Das schweizerische Kartellrecht, in : Cottier T./Oesch M. (édit.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2^{ème} éd., Bâle 2007, p. 597 ss (Kartellrecht).
- DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, L'exercice d'une profession de la santé, in : La Harpe R./Ummel M./Dumoulin J.-F. (dir.), Droit de la santé et médecine légale, Chêne-Bourg 2014 (Profession).
- DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, Les hôpitaux, in : La Harpe R./Ummel M./Dumoulin J.-F. (dir.), Droit de la santé et médecine légale, Chêne-Bourg 2014 (Hôpitaux).
- DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, Une esquisse du système d'assurance-maladie, in : La Harpe R./Ummel M./Dumoulin J.-F. (dir.), Droit de la santé et médecine légale, Chêne-Bourg 2014 (Assurance-maladie).
- DUPONT ANNE-SYLVIE, La protection des données confiées aux assureurs, in : Dunand J.-P./Mahon P., La protection des données dans les relations de travail, Zurich 2017, p. 195 ss (Protection des données).
- DUPONT ANNE-SYLVIE, Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance, in : Bohnet F. (édit.), le nouveau droit des conditions et pratiques commerciales déloyales, Bâle 2012, p. 99 ss (Art. 8 LCD).

- DUPUIS MICHEL ET AL., Code Pénal, Petit commentaire, Bâle 2017 (PC CP).
- DUTOIT BERNARD, Les nouveaux délits de concurrence ou le droit à la poursuite de son ombre, in : La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Travaux de la journée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 10 mars 1988, à l'Université de Lausanne, Lausanne 1988 (Délits).
- DUTOIT BERNARD, Droit international privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4^{ème} éd., Bâle/Genève/Munich 2005 (LDIP).
- EGGENBERGER STÖCKLI URSULA, Werbung für Heilmittel, in : Poledna T. (édit.), Gesundheit und Werbung, Zurich/Bâle/Genève 2005, p. 61 ss (Heilmittel).
- EGLI URS, Die Bedeutung des Kartellrechts in der Vertragspraxis, in : recht, 2014, p. 1 ss. (Bedeutung).
- EICHENBERGER THOMAS, Das Verhältnis zwischen dem Heilmittelgesetz (HMG) und dem Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG), in : Eichenberger T./Poledna T., Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 9 ss (HMG UWG).
- EILMANSBERGER THOMAS, Zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und ihren Konsequenzen, in : Juristische Blätter 131 (2009), p. 337 ss (Nichtigkeit).
- EISNER-KIEFER ANDREA, Die Prämie – Grundsatz, Verzug und Teilbarkeit, in : Schnyder A. K./Weber S. (édit.), Totalrevision VVG – Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre ?, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 71 ss (Prämie).
- ENDRASS YVES/STAFFELBACH DANIEL, Der Ermessensspielraum der Behörden im Rahmen des Tariffestsetzungsverfahrens nach Art. 47 in Verbindung mit Art. 53 KVG – unter besonderer Berücksichtigung des kantonalen Rechts des Kantons Thurgau, Berne 2006 (Ermessensspielraum).
- ERLANGER TOBIAS, Chancen und Risiken der Neuen Spitalfinanzierung – Abschätzung möglicher Folgen und Empfehlungen zur Umsetzung, Berne 2012 (Spitalfinanzierung).
- ETTORCHI-TARDY AMINA/LEVIF MARIE/MICHEL PHILIPPE, Le Benchmarking : Une méthode d'amélioration continue de la qualité en

- santé, in : Pratiques et organisations des soins, 2011/1 vol. 42, p. 35 ss (Benchmarking).
- EUGSTER GERHARD, Krankenversicherung, in : Meyer U. (édit.) Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, 3^{ème} éd., Bâle 2016, p. 385 ss (Krankenversicherung).
- EUGSTER GERHARD, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) – Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Zurich 2010 (Rechtsprechung KVG).
- EUGSTER GEBHARD, Spitalfinanzierung, in : Gächter T. (édit.), Spitalfinanzierung– Spital im Spannungsfeld zwischen Grund- und Zusatzversicherung, Berne/Lucerne 2005, p. 15 ss (Spitalfinanzierung).
- EUGSTER GEBHARD, Die Unterscheidung zwischen grund- und zusatzversicherten Leistungen im Spitalbereich : welche juristischen Kriterien sind massgeblich ? in : Jusletter du 16 mai 2005 (Unterscheidung).
- EUGSTER GEBHARD, Zum Leistungsrecht der Taggeldversicherung nach KVG, in : LAMal-KVG, Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, Lausanne 1997, p. 227 ss (Leistungsrecht).
- FELLER OLIVIER, La santé n'est pas un simple marché, in : Courrier du médecin vaudois – Revue de la Société vaudoise de médecine : La santé, un (super)marché comme un autre ?, Août-septembre 2003, p. 7 ss (Santé).
- FELLMANN WALTER, Anwaltsrecht, 2^{ème} éd., Berne 2017, N 420 (Anwaltsrecht).
- FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Aktionärbindungsverträge – Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, Zurich 2015 (Aktionärbindungsverträge).
- FRAGA DE OLIVEIRA STÉPHANIE, Les évolutions récentes et futures de la planification hospitalière suisse, in : Jurisdoctoria n°6, 2011, p. 125 ss (Planification).
- FRANCK J., Evolution de la responsabilité médicale : du patient au consommateur de soins, in : La lettre de l'hépatogastroentérologue, no 1 – vol IV janvier-février 2001, p. 47 ss (Responsabilité).
- FRICK MARKUS R., Argument Gesundheit in der Werbung, in : Poledna T. (édit), Gesundheit und Werbung, Zurich/Bâle/Genève 2005, p. 9 ss (Werbung).

- FRISON-ROCHE MARIE-ANNE, Régulation *versus* concurrence, in : Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet, Paris 2011, p. 171 ss (Régulation).
- FÜGLISTER-DOUSSE SYLVIE/WIDMER MARCEL, Recours aux soins hospitaliers. Evolution récente et projection, Obsan Bulletin 10/2016, Neuchâtel 2016 (Soins hospitaliers).
- FUHRER STEPHAN, Konsumentenschutz im VVG – Sicht der Versicherungsunternehmen, in : Schnyder A. K./Weber S. (édit.), Totalrevision VVG – Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre ?, Zurich/Bâle/Genève 2006, p. 143 ss (Konsumentenschutz).
- GÄCHTER THOMAS/BURCH STEPHANIE, « Zulassungsstopp » in der Krankenversicherung. Zur erneuten Einschränkung der Zulassung zur Tätigkeit der Krankenversicherung (art. 55a KVG), in : *hill. Zeitschrift für Recht und Gesundheit* 2013 (Zulassungsstopp).
- GÄCHTER THOMAS/VOLLENWEIDER IRENE, Gesundheitsrecht, 3^{ème} éd., Bâle 2013 (Gesundheitsrecht).
- GEISSBÜHLER GRÉGOIRE, Tribunal fédéral, IIe Cour de droit social, arrêt du 29 septembre 2015, dans la cause A. SA c. Etat de Vaud – Centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV), 9C_65/2015, in : PJA 2015, p. 1727 ss (CHUV).
- GERBER DAVID J., *Law and Competition in Twentieth Century Europe – Protecting Prometheus*, Oxford 1998 (Competition).
- GERBER MYRIAM, La surveillance des professionnels de la santé et des institutions sanitaires, in : La Harpe R./Ummel M./Dumoulin J.-F. (dir.), *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg 2014, p. 223 ss (Surveillance).
- GOBAT SÉBASTIEN, Les fusions d'hôpitaux sous l'angle du droit de la concurrence, in : PJA 2018, p. 344 ss (Fusions).
- GREBER PIERRE-YVES ET AL., *Droit suisse de la sécurité sociale*, volume I, Berne 2010 (Sécurité sociale).
- GRISEL ETIENNE, *Liberté économique*, Berne 2006 (Liberté économique).
- GRÖNINGER YAMIN/LACHER ALEXANDER (ERST & YOUNG), *Dying, Surviving or Thriving. Une caisse pour les malades ou un partenaire santé ? – Analyse stratégique du marché suisse de l'assurance maladie*, 2017 (Caisse).

- GRUPE DE TRAVAIL TARMED FMH, TARMED : la boîte noire qui n'est pas une, in : Bulletin des médecins suisses, 2001 ; 82 : Nr 25, p. 1315 ss (Tarmed).
- GÜBELI RAFFAEL, Informationsaustausch unter Konkurrenten als Wettbewerbsabrede ?, in : PJA 2017, p. 50 (Wettbewerbsabrede).
- GUEX DOMINIQUE, Switzerland, in : Kobel P./Këllezi P./Kilpatrick B. (édit.), Antitrust in pharmaceutical markets & Geographical rules of origin, Cham 2017 (Switzerland).
- GUILLIOD OLIVIER, La responsabilité dans les hôpitaux publics, in : Favre A.-C./Martenet V./Poltier E. (édit.), La responsabilité de l'Etat, Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 231 ss (Responsabilité).
- GUINCHARD JEAN-MARC, Adaptation de la valeur initiale du point-taxe pendant la phase de neutralité des coûts – approbation par les gouvernements cantonaux, in : Bulletin des médecins suisses, 2004 ; 85 : Nr 50, p. 2687 s (Adaptation).
- GUYET JAQUES, Die weiteren Spezialklauseln (Art. 4-8 UWG), in : von Büren R./David L. (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1, Lauterkeitsrecht, 2^{ème} éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998, p. 197 ss (Art. 4-8 UWG).
- GUYET JAQUES, Wettbewerbsverwaltungsrecht (Art. 16-22 UWG), in : von Büren R./David L. (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1, Lauterkeitsrecht, 2^{ème} éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998, p. 285 ss (Art. 16-22 UWG).
- GUYET JAQUES, Wettbewerbsstrafrecht (Art. 23-27 UWG), in : von Büren R./David L. (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1, Lauterkeitsrecht, 2^{ème} éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1998, p. 303 ss (Art. 23-27 UWG).
- GUYET JAQUES, Les actions en justice, in : La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Travaux de la journée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 10 mars 1988, à l'Université de Lausanne, Lausanne 1988 (Actions).
- GYGI FRITZ, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, in : ZSR 89/2 (1979), p. 265 ss (Wirtschaftsverfassung).
- GYGI FRITZ/RICHLI PAUL, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2^{ème} éd., Berne 1997 (Wirtschaftsverfassungsrecht).

- HÄBERLI CHRISTOPH/HISMANN DAVID, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Berne 2015 (Krankentaggeld).
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7^{ème} éd., Zurich/St-Gall 2016 (Verwaltungsrecht).
- HAMMER STEPHAN/PETER MARTIN/TRAGESER JUDITH, Wettbewerb im Gesundheitswesen : Auslegeordnung, Neuchâtel 2008 (Wettbewerb).
- HandKomm MedBG-AUTEUR
- ETTER BORIS, Medizinalberufegesetz MedBG, Handkommentar, Berne 2006.
- HANGARTNER YVO, Verfassungsmässige Rechte juristischer Personen des öffentlichen Rechts, in : Festschrift Ulrich Häfelin Zurich 1989, p. 111 ss (Rechte).
- HÄNNI PETER/STÖCKLI ANDREAS, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Berne 2013 (Wirtschaftsverwaltungsrecht).
- HÄSLER PHILIP, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Berne 2005 (Unternehmen).
- HAUSER SILVAN, Hochspezialisierte Medizin im föderalistischen System der Schweiz, Zurich/Bâle/Genève 2015 (Medizin).
- HAUSER SILVAN, Wettbewerbsrechtliche Aspekte des Anwaltsrecht, Zurich 2008 (Anwaltsrecht).
- HEDINGER DAMIAN/TUCH ALEXANDRE/WIDMER MARCEL, Qualité des prestations stationnaires suite au financement hospitalier, Monitoring des indicateurs de qualité de 2009 à 2015, Obsan Bulletin 2/2017, Neuchâtel 2017 (Qualité).
- HEINEMANN ANDREAS, Konzerne als Adressaten des Kartellrechts, in : Hochreutener I./Stoffel W./Amstutz M., Wettbewerbsrecht : Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung. Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht. Droit de la concurrence : Les destinataires des décisions dans les groupes de sociétés, Berne 2015, p. 49 ss (Konzerne).
- HEINEMANN ANDREAS, Schutzrechte und Wettbewerbsrecht : Perspektiven für die schweizerische Rechtsentwicklung, sic ! Sondernummer 2008, p. 33 ss (Schutzrechte).
- HEINEMANN ANDREAS, Propriété intellectuelle et abus de position dominante en droit communautaire – Bilan et perspectives, sic ! 2007, p. 169 ss (Propriété intellectuelle).

- HEINEMANN ANDREAS, Demarkation von Immaterialgüter- und Kartellrecht ?, in : Zäch R., (édit.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zurich/Genève/Bâle 2006 (Demarkation).
- HEIZMANN RETO A., Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), in : Oesch M./Weber R. H./Zäch R., Wettbewerbsrecht II – Kommentar – VKU SVKG, VertBek, PüG, BöB, UWG, BGBM und THG, Zurich 2011, p. 386 ss (UWG).
- HEIZMANN RETO A., Relative Marktmacht, überragende Marktstellung – eine Analyse nach sechs Jahren Praxis, in : recht 2010, p. 172 ss (Marktmacht).
- HEIZMANN RETO A., Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, Zurich/Bâle/Genève 2005 (Unternehmen).
- HENCKEL VON DONNERSMARCK SOPHIE, Art. 2 Abs. 1^{bis} KG – Die Unternehmensdefinition des Schweizer Kartellrechts : eine Untersuchung der legislatorischen Problemlösungsarbeit, Zurich 2008 (Unternehmensdefinition).
- HERMANN FRANÇOIS ET AL., Survol du système suisse de santé, in : Bulletin des médecins suisses, 2001 ; 82 : Nr 32/33, p. 1722 ss (Survol).
- HIERLING DORIS/COULLERY PASCAL, Der Billigkeitsbegriff im Tarifrecht der Krankenversicherung : ein verkanntes Kostendämpfungsinstrument ?, in : RDS 2005, p. 159 ss (Billigkeitsbegriff).
- HOCH CLASSEN MARIEL, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Zurich/Bâle/Genève 2003 (Wettbewerbsabreden).
- HOFMANN DAVID, La liberté économique suisse face au droit européen, Berne 2005 (Liberté économique).
- HOFMANN DAVID, La clause du besoin pour les médecins et la Constitution fédérale, in : PJA 2003, p. 789 ss (Clause du besoin).
- HOLZER BETTINA, SwissDRG – L’essentiel en bref, in : Bulletin des médecins suisses, 2012, 93 : Nr 29/30, p. 1079 ss (SwissDRG).
- HÖLZER SIMON, Auf dem Weg zu einem wettbewerblichen System, in : Neue Zürcher Zeitung (NZZ) du 22 janvier 2016, p. 12 (System).
- HOTTELIER MICHEL, La Liberté économique (art. 27 Cst.), in : Fiches juridiques suisses 2002 n° 1388, p. 1 ss (Liberté économique).
- HÜRLIMANN B. ET AL., Krankenversicherung – Ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis, Zurich 1998 (Krankenversicherung).

- HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal général, 2^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2013 (Pénal).
- JAAG TOBIAS, Wettbewerbsneutralität bei der Gewährung von Privilegien im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in : Walder H. U./Jaag T./Zobl D., Aspekte des Wirtschaftsrechts – Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Zurich 1994 (Wettbewerbsneutralität).
- JAAG TOBIAS/LIENHARD ANDREAS/TSCHANNEN PIERRE, Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts, 7^{ème} éd., Bâle 2009 (Gebiete).
- JACOBS RETO, Gesundheitswesen und Kartellgesetz, in : Poledna T./Jacobs R. (édit), Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Zurich 2010 (Gesundheitsrecht).
- JACOBS RETO, Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, in : Revue suisse de jurisprudence 105/2009, p. 215 ss (Entwicklungen).
- JEANRENAUD CLAUDE, Mode de rémunération des médecins et coûts de la santé en Suisse, Etude de référence 2006 publiée sur le site du SECO :
< https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/konjunktur/hintergrundpapiere-2006/mode-de-renumeration-des-medecins-et-couts-de-la-sante-en-suisse.html > (Rémunération).
- JENNY FRÉDÉRIC, Régulateurs sectoriels et autorités de concurrence et France et dans le monde, in : Henry C./Quinet E., Concurrence et service public, Paris 2003, p. 33 ss (Régulateurs).
- JOSEPH MANON, La délégation d'activités étatiques : l'exemple de la planification hospitalière, in : Favre A.-C./Martenet V./Poltier E. (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 241 ss (Planification).
- JUNOD VALÉRIE, Abus de position dominante et abus de position étatique, in : Trindade R. T./Peter H./Bovet C., Economie Environnement Ethique – De la responsabilité sociale et sociétale, Genève/Zurich/Bâle 2009 (Abus).
- KASTEN BORIS, Sippenhaftung vs. Konzernprivileg? Wettbewerbsrechtliche Entscheid bei Konzernsachverhalten, in : Hochreutener I./Stoffel W./Amstutz M., Wettbewerbsrecht : Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung. Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht. Droit de la concurrence : Les destinataires des déci-

- sions dans les groupes de sociétés, Berne 2015, p. 9 ss (Konzernprivileg).
- KAUFMANN CHRISTIAN, Wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden – Die allgemeine Bekanntmachung der Wettbewerbskommission unter Berücksichtigung über den Automobilvertrieb und der Revision des Kartellgesetzes, Zurich/Bâle/Genève 2004 (vertikaler Abreden).
- KAUFMANN STEFAN, Assureurs-maladie, in : Kocher G./Oggier W. (édit.), *Système de santé suisse 2010-2012, Survol de la situation actuelle*, 4^{ème} éd., Berne 2011 (Assureurs-maladie).
- KËLLEZI PRANVERA, Les mesures correctives dans les cas de concentrations d'entreprises et d'abus de position dominante, Berne/Bruxelles 2010 (Mesures).
- KIESER UELI, Tarif für ärztliche Leistung, in : Kieser/Oggier/Bührer, *Tarif und Tarifierfassung in der Krankenversicherung – Ein juristischer, ökonomischer und methodischer Blick auf den ambulanten Bereich*, Berne 2015 (Tarif).
- KIESER UELI, Spitalliste und Spitalfinanzierung – Auswirkungen der Änderung des Krankenversicherungsgesetzes vom 21. Dezember, in : PJA 2010, p. 61 ss (Spitalliste).
- KIESER UELI, Die Bedeutung des krankenversicherungsrechtlichen Tarifschutzes im stationären Bereich, in : RSAS 2003, p. 419 ss (Tarifschutz).
- KIESER UELI, Die Stellung der Nichterwerbstätigen in der freiwilligen Taggeldversicherung [Artikel 67 ff. KVG], in : LAMal-KVG, *Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances*, Lausanne 1997, p. 585 ss (Nichterwerbstätigen).
- KIESER UELI/POLEDNA TOMAS, Gesundheitsrecht : Markt und Marktteilnehmer, in : Biaggini G./Häner I./Saxer U./Schott M., *Verwaltungsrecht*, Zurich 2015 (Gesundheitsrecht).
- KILLIAS MARTIN/KUHN ANDRÉ/DONGOIS NATHALIE, *Précis de droit pénal général*, 4^{ème} éd., Berne 2016 (Pénal).
- KILLIAS PIERRE-ALAIN, *L'application de la législation cartellaire au droit des marques – Etude de droit suisse et de droit européen*, Fribourg 1996 (Application).

- KLAUER IRENE, Gruppen und Konglomerate, in : Waldmeier J., Versicherungsaufsicht, Zurich/Bâle/Genève 2007, p. 319 ss (Gruppen und Konglomerate).
- KOBEL PIERRE/KËLLEZI PRANVERA/KILPATRICK BRUCE (édit.), Antitrust in pharmaceutical markets & Geographical rules of origin, Cham 2017 (Pharmaceutical).
- KOCHER GERHARD, Confédération, cantons et communes : partage des compétences et des tâches, in : Kocher G./Oggier W. (édit.), Système de santé suisse 2010-2012, Survol de la situation actuelle, 4^{ème} éd., Berne 2011 (Partage).
- KOCHER GERHARD, Die Gründe der « Kostenexplosion » im Gesundheitswesen, in Bulletin des médecins suisse 2011 ; 92 : Nr 38, p. 1466 ss (Kostenexplosion).
- KOLLER ALFRED, AGB-Recht – Eine Übersicht im Lichte der neusten Entwicklungen im Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre, in : PJA 2016, p. 279 ss (AGB-Recht).
- KOTSIRIS LAMBROS E., An antitrust Case in Ancient Greek Law, International Lawyer, vol. 22 no 2, 1988, p. 451 ss (Greek).
- KRAUSKOPF PATRICK L./HENCKEL SOPHIE, Art. 2 Abs. 1^{bis} KG : Gedanken zum neuen Unternehmensbegriff, sic ! 2006, p. 740 ss (Unternehmensbegriff).
- KUMMER MAX, Der zivilprozessrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechtes, in : RJB 1967, p. 103 ss (Schutz).
- KÜNZLER ADRIAN/ZÄCH ROGER, in : Oesch M./Weber R. H./Zäch R., Wettbewerbsrecht II – Kommentar – VKU SVKG, VertBek, PüG, BôB, UWG, BGBM und THG, Zurich 2011, ad Preisüberwachungsgesetz (PüG), p. 185 ss (PüG).
- KUHN HANSPETER, Conventions tarifaires, approbation des tarifs, « neutralité des coûts », in : Bulletin des médecins suisses, 2001 ; 82 : Nr 18, p. 899 ss. (Conventions).
- KUONEN NICOLAS, Le contrôle des conditions générales : l'envol manqué du phénix, in : SJ 2014, p. 1 ss (Contrôle).
- LANDOLT HARDY/WEBER STEPHAN, Privatversicherungsrecht in a Nutshell, Zurich/St-Gall 2011 (Privatversicherungsrecht).

- LANG CHRISTOPH G./JENNY RETO M., Keine Wettbewerbsabreden im Konzerne – Zum Konzernprivileg im schweizerischen Kartellrecht, in : *sic !* 2007, p. 299 ss (Konzern).
- LANZ RUDOLF, Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung, in : Cottier T./Oesch M. (édit.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 2^{ème} éd., 2007 (Preisüberwachung).
- LE PEN CLAUDE, « Patient » ou « personne malade » - les nouvelles figures du consommateur de soin, in : *Revue économique* 2009 » 2, vol. 60, p. 257 ss (Patient).
- LE ROY YVES/SCHÖENENBERGER MARIE-BERNADETTE, Introduction générale au droit suisse, 4^{ème} éd., Genève/Zurich/Bâle 2015 (Introduction).
- LEU ROBERT E., Ohne Vertragsfreiheit kein Kassenwettbewerb, in : *Neue Zürcher Zeitung (NZZ)* du 24 février 2003, p. 14 (Vertragsfreiheit).
- LOCHER THOMAS/GÄCHTER THOMAS, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4^{ème} éd., Berne 2014 (Sozialversicherungsrechts).
- LONGCHAMP GUY, La planification hospitalière cantonale selon la LA-Mal, in : Guillod O. (édit.), *L'hôpital entre droit, politique et économie(s)*, Berne 2015, p. 85 ss (Planification).
- LONGCHAMP GUY, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale, Berne 2004 (Prestations).
- LÜBBIG THOMAS/KLASSE MAX, Kartellrecht im Pharma- und Gesundheitssektor, 2^{ème} éd., Baden-Baden 2015 (Kartellrecht).
- LÜSCHER CHRISTOPH, Die Konzeption privater Kartellrechtsdurchsetzung im Lichte der Kartellgesetz-Revision 2012 « reconsidered », in : *PJA* 2013, p. 1653 ss (Kartellrechtsdurchsetzung).
- LÜSCHER CHRISTOPH, Kleines Glossar der Fehlvorstellung über Marktherrschaft, deren Missbrauch und Rechtfertigung, in : *Jusletter* du 2 novembre 2009 (Glossar).
- MÄCHLER MONIKA, Finanzmarkt : Versicherungen, in : Biaggini G./Häner I./Saxer U./Schott M., (édit.) *Verwaltungsrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2015, p. 81 ss (Versicherungen).
- MÄCHLER MONIKA, Versicherungsaufsicht, in : Bovet C. (édi.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Schweizerisches Bundesverwal-

- tungsrecht, Band XV, Finanzmarktaufsicht – Surveillance des marchés financiers, 2016 (Verausicherungsaufsicht).
- MADER MÉLANIE, Financement des hôpitaux et des soins : éléments importants des révisions LAMal, marge de manœuvre des cantons et rôle de la liberté économique, in : Jusletter du 16 août 2010 (Financement).
- MALK ROLF/KAMPMANN THORSTEN, DRGs (Diagnosis Related Groups) – Grundlagen, in : Malk R./Kampmann T./Indra P. (édit.), DRG-Handbuch Schweiz – Grundlagen, Anwendungen, Auswirkungen und praktische Tipps für Anwender, Berne 2006 (Grundlagen).
- MARTENET VINCENT, La liberté contractuelle saisie par le droit de la concurrence, in : Rapp J.-M. et al. (édit.), Actualités du droit des contrats – Les contrats à la croisée des chemins, Lausanne 2008 (Liberté contractuelle).
- MARTENET VINCENT, Les autorités de la concurrence et la liberté économique, in : PJA 2008, p. 963 ss (Autorité).
- MARTENET VINCENT, Géométrie de l'égalité, Zurich 2003 (Géométrie).
- MARTENET VINCENT/HEINEMANN ANDREAS, Droit de la concurrence, Genève/Zurich/Bâle/Paris 2012 (Concurrence).
- MARTI HANS, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Bâle/Stuttgart 1976 (Wirtschaftsfreiheit).
- MARTIN-ACHARD EDMOND, La loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD), Lausanne 1988 (LCD).
- MARTIN-ACHARD EDMOND, Les principes généraux de la nouvelle loi, in : La nouvelle loi fédérale contre la concurrence déloyale, Travaux de la journée d'étude organisée par le Centre du droit de l'entreprise le 10 mars 1988, à l'Université de Lausanne, Lausanne 1988 (Principes).
- MARTINEZ ERIC/BOURRET RODOLPHE/VIALLA FRANÇOIS, Entre déontologie et utilitarisme : un retour sur les enjeux éthiques de la maîtrise des dépenses de santé, in : Médecine & Droit 2015, p. 1 ss (Maîtrise).
- MAURER ALFRED, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3^{ème} éd., Berne 2003 (Privatversicherungsrecht).
- MAURER ALFRED, Das neue Krankenversicherungsrecht, Bâle 1996 (Krankenversicherungsrecht).
- MEIER PHILIPPE, Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011 (Protection des données).

- MERCIER PIERRE ET AL., Grands principes du droit de la concurrence – droit communautaire, droit suisse, Bâle 1999 (Concurrence).
- MERKT BENOÎT, Responsabilité au sein des groupes de sociétés et destinataires des décisions en droit de la concurrence, in : Hochreutener I./Stoffel W./Amstutz M., Wettbewerbsrecht : Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung. Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht. Droit de la concurrence : Les destinataires des décisions dans les groupes de sociétés, Berne 2015, p. 67 ss (Responsabilité).
- MERZ HANS, Das schweizerische Kartellgesetz : Grundlagen und Hauptprobleme, Berne 1967 (Kartellgesetz).
- MEYER BEAT, Schranken und Freiräume von Art. 41 KVG, in Gächter T., Ausserkantonale Hospitalisation : Eine Tür zu mehr Wettbewerb im Gesundheitswesen, Zurich/Bâle/Genève 2006 (art. 41 KVG).
- MODOUX FRANÇOIS, Des cliniques vaudoises freinées dans leur élan, in : 24heures du 10 février 2016, p. 17 (Cliniques).
- MOISDON JEAN-CLAUDE/TONNEAU DOMINIQUE, Concurrence et complémentarité : stratégies de l'hôpital et de sa tutelle, in : Contandriopoulos A.-P./Souteyrand Y., L'hôpital stratège, Paris 1996, p. 21 ss (Hôpital).
- MOOR PIERRE, Droit administratif, Volume III : L'organisation des activités administratives, les biens de l'Etat, Berne 1992 (Droit administratif III).
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, Volume I : Les fondements, 3^{ème} éd., Berne 2012 (Droit administratif I).
- MOOR PIERRE/POLITIER ETIENNE, Droit administratif, Volume II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3^{ème} éd., Berne 2011 (Droit administratif II).
- MORABIA ALFREDO, Médecine et socialisme, Politiques sanitaires en Suisse et dans les sociétés capitalistes avancées, Lausanne 1983 (Médecine).
- MORIN ARIANE, Les clauses contractuelles non négociées, in : RDS 2009, p. 497 ss (Clauses).
- MÖSCHEL WERNHARD, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Cologne 1983 (Wettbewerbsbeschränkungen).

- MOSER MARKUS, Wettbewerb unter Krankenkassen, in : Jacobs R./Poledna T., Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Zurich/Bâle/Genève 2010 (Krankenkassen).
- MOUGEOT MICHEL/NAEGELEN FLORENCE, Régulation et tarification des hôpitaux, Paris 2011 (Hôpitaux).
- MÜLLER IMBODEN ANNAMARIA, L'introduction du TarMed pour la rémunération des prestations prises en charge par l'assurance-maladie obligatoire – Les conditions-cadres légales et leurs conséquences, in : Bulletin des médecins suisse, 2001 ; 82 : Nr 18, p. 907 ss (Tarmed).
- MÜLLER JÜRIG, Einleitung und Generalklausel (Art. 1-2 UWG), in : von Büren R./David L. (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1, Lauterkeitsrecht, 2^{ème} éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998, p. 1 ss. (UWG).
- MÜLLER MARKUS, Spitalplanung und Spitalfinanzierung aus der Sicht eines Spitals, Gächter T. (édit.), Spitalfinanzierung– Spital im Spannungsfeld zwischen Grund- und Zusatzversicherung, Berne/Lucerne 2005, p. 79 ss (Spital).
- MÜLLER JÖRG/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4^{ème} éd., Berne 2008 (Grundrechte).
- MURER ERWIN, Wohnen, Arbeit, Soziale Sicherheit und Gesundheit, in : Thürer D./Aubert J.-F./Müller J. P. (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 967 ss (Wohnen).
- MURER ERWIN/STAUFFER HANS-ULRICH, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), Zurich/Bâle/Genève 2010 (KVG).
- NGUYEN MINH SON, Le contrat de collaboration en droit administratif, Berne 1998 (Contrat).
- NUSSBAUMER ARNAUD, Le système du tiers payant, commentaire de l'ATF 141 V 546 du 29 septembre 2015, in : RSAS 2016, p. 322 ss (Tiers payant).
- NÜTZI PATRICK, Rechtsfragen verhaltenslenkender staatlicher Information : Strukturen – Zulässigkeit – Haftung : Illustriert an den Beispielen AIDS und Listeriose, Berne 1996 (Information).
- OCDE, Examens de l'OCDE des systèmes de santé – Suisse, Paris 2011 (Suisse 2011).

- OCDE, Systèmes de santé – efficacité et politiques, Paris 2011 (Efficacité/Politique).
- OCDE, Les priorités des systèmes de santé lorsque l'argent est rare, Paris 2010 (Priorités).
- OCDE, Vers des systèmes de santé plus performants : Résumé, Paris 2004 (Système).
- OESCH CLAUDIA, Kooperation zwischen KMU : unter besonderer Berücksichtigung ihrer kartellrechtlichen Zulässigkeit, Zurich 2008 (KMU).
- OESCH MATTHIAS/WEBER ROLF H./ZÄCH ROGER, in : Oesch M./Weber R./Zäch R, Wettbewerbsrecht II – Kommentar – VKU SVKG, Vert-Bek, PüG, BöB, UWG, BGBM und THG, Zurich 2011, ad Einleitung, p. 38 ss (Einleitung).
- OGGIER WILLY, Marktmacht im Gesundheitswesen, in : Neue Zürcher Zeitung (NZZ) du 27 mars 2018, p. 11 (Marktmacht).
- OGGIER WILLY, Die Bildung ambulanter Tarifstrukturen und Tarife nach eidgenössischem Krankenversicherungsgesetz (KVG) im Lichte ausgewählter gesundheitsökonomischer Aspekte, in : Kieser U./Oggier W./Bührer A., Tarif und Tarifierfassung in der Krankenversicherung – Ein juristischer, ökonomischer und methodischer Blick auf den ambulanten Bereich, Berne 2015 (Bildung).
- OGGIER WILLY, Coûts et financement, in : Kocher G./Oggier W. (édit.), Système de santé suisse 2010-2012, Survol de la situation actuelle, 4^{ème} éd., Berne 2011 (Coûts et financement).
- OGGIER WILLY, Artikel 59c KVV im Lichte ausgewählter gesundheitsökonomischer Aspekte, in : Saxer U./Oggier W., Recht und Ökonomie der KVG-Tarifgestaltung, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 49 ss (Art. 59c KVV).
- OGGIER WILLY, Spitalfinanzierung de lege ferenda : Welche Finanzierungsform wird den Zielen des KVG am ehesten gerecht ?, in : Gächter T. (édit.), Spitalfinanzierung – Spital im Spannungsfeld zwischen Grund- und Zusatzversicherung, Berne/Lucerne 2005, p. 911 ss (Spitalfinanzierung).
- PATURET JEAN-BERNARD, « Patient, usager, ...client ? », Soins Cadres, 2000 n° 36, p. 20 ss (Patient).

- PEDRAZZINI MARIO A./PEDRAZZINI FEDERICO A., Unlauterer Wettbewerb UWG, Berne 2002 (UWG).
- PELLEGRINI SONIA/ROTH SACHA (OBSAN), Evolution des coûts du financement dans le système de soins depuis la révision du financement hospitalier, Actualisation 2014, Obsan Bulletin 3/2017, Neuchâtel 2017 (Evolution 2014-2015).
- PELLEGRINI SONIA/ROTH SACHA (OBSAN), Evolution des coûts du financement dans le système de soins depuis la révision du financement hospitalier, Actualisation 2014-2015, Obsan Bulletin 1/2016, Neuchâtel 2016 (Evolution 2013).
- PERRENOUD STÉPHANIE, L'assurance-maladie, in : Frésard-Felley G./Kahil-Wolff B./Perrenoud S., Droit suisse de la sécurité sociale, Volume II, Berne 2015, p. 1 ss (Assurance-maladie).
- Petit Commentaire Cst.-AUTEUR
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.
- PICARD PIERRE, Les nouveaux enjeux de la régulation des marchés d'assurance, in : Henry C./Quinet E., Concurrence et service public, Paris 2003, p. 409 ss (Régulation).
- PICHONNAZ PASCAL, Le nouvel art. 8 LCD – Droit transitoire, portée et conséquence, in : Baurecht/Droit de la construction 3/2012, p. 140 ss (Art. 8 LCD).
- PICHONNAZ PASCAL/FORNAGE ANNE-CHRISTINE, Le projet de révision de l'art. 8 LCD – Une solution appropriée à la difficulté de négocier des conditions générales, in : RSJ 106/2016, p. 285 ss (8 LCD).
- PITARELLI EMILIO/MONNIER ERIC, Benchmarking : the missing link between evaluation and management, Genève 2000 (Benchmarking).
- POLEDNA TOMAS, KVAG – Krankenversicherungsaufsichtsgesetz – Darstellung mit kritischen Betrachtungen, Zurich/Bâle/Genève, 2015 (KVAG).
- POLEDNA TOMAS/SCHWEIZER SAMUEL, Einsitznahme von Exekutivmitgliedern in Verwaltungsräten von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen – Interessenkonflikte als Grenze, in : ZBl 2014, p. 347 ss (Einsitznahme).

- POLEDNA TOMAS, Spitäler und Werbung, in : Poledna T. (édit.), Gesundheit und Werbung, Zurich/Bâle/Genève 2005, p. 109 ss (Werbung).
- POLEDNA TOMAS, Krankenversicherungen und ihre rechtliche Organisation, Zurich 2002 (Organisation).
- POLEDNA TOMAS, Bedürfnisklauseln im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in : Walder H. U./Jaag T./Zobl D., Aspekte des Wirtschaftsrechts : Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Zurich 1994, p. 511 ss (Bedürfnisklauseln).
- POLEDNA TOMAS/BERGER BRIGITTE, Öffentliches Gesundheitsrecht, Berne 2002 (Gesundheitsrecht).
- POLTIER ETIENNE, Délégation d'activités économiques de l'Etat, in : Favre A.-C./Martenet V./Poltier E., La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 193 ss (Délégation).
- POLTIER ETIENNE, Droit des marchés publics, Berne 2014 (Marchés publics).
- POLTIER ETIENNE, Les entreprises d'économie mixte – Etude de droit suisse et de droit comparé, Zurich 1983 (Economie mixte).
- PORTER MICHAEL/OLMSTED TEISBERG ELIZABETH, Redefining health care : Creating value-based competition in results, Boston 2006 (Redefining).
- PREVITALI ADRIANO, Quelques réflexions sur la planification hospitalière macrorégionale, in: Dupont A.-S./Guillod O. (édit.), Réflexions romandes en droit de la santé, Mélanges pour la Société suisse des juristes, Zurich/St-Gall 2016, p. 67 ss (Planification).
- PREVITALI ADRIANO, Les effets indésirables de la pression des assurances-sociales sur la liberté professionnelle des médecins : le cas de la polypragmasie et les conséquences sur les droits fondamentaux des patients/assurés, in : Guillod O., Professions de la santé : professions d'avenir ? 16^e journée de droit de la santé, Neuchâtel 2010, p. 109 ss (Effets indésirables).
- RAAS ADRIAN, Ungemessene Preise – Zu Theorie und Praxis einer problematischen Bestimmung, in : Jusletter du 22 mai 2017 (Preise).
- RAETZO MARC-ANDRÉ, Les réseaux de santé, in : La Harpe R./Ummel M./Dumoulin J.-F. (dir.), Droit de la santé et médecine légale, Chêne-Bourg 2014, p. 231 ss (Réseaux).

- RAUBER GEORG, Verhältnis des neuen Rechts zum Immaterialgüterrecht, in : Stoffel W. A./Zäch R., Kartellgesetzrevision 2003, Zurich 2004, p. 185 ss (Verhältnis).
- RAUBER GEORG, Klageberechtigung und prozessrechtliche Bestimmungen (Art. 9-15 UWG), in : von Büren R./David L. (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1, Lauterkeitsrecht, 2^{ème} éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998, p. 239 ss (Art. 9-15 UWG).
- REICH JOHANNES, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Zurich/St-Gall 2011 (Wirtschaftsfreiheit).
- RENTSCH RUDOLF, Deregulierung durch Wettbewerbsrecht, Bâle 2000 (Deregulierung).
- RHINOW RENÉ, Die Bundesverfassung 2000 : Eine Einführung, Bâle 2000 (Bundesverfassung).
- RHINOW RENÉ/GUROVITS ANDRÁS A., Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) vom 5. Juli 2001, in : DPC 2001/3, p. 592 ss (Gutachten).
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, Bâle 2016 (Verfassungsrecht).
- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2^{ème} éd., Bâle 2011 (Öffentliches Wirtschaftsrecht).
- RICH LUKAS, Die geplante Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung im Kanton Zurich – eine kritische Betrachtung, in : Jusletter du 19 janvier 2009, p. 11 ss (Umsetzung).
- RICHLI PAUL, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrecht, Berne 2007 (Wirtschaftsverfassungsrecht).
- RICHLI PAUL, Kartellverwaltungsverfahren, in : von Büren R./David L. (dit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2 : Kartellrecht, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 417 ss (Kartellverwaltungsverfahren).
- RICHLI PAUL, Die Spitalliste – Ein Planungsinstrument mit staats- und verwaltungsrechtlichen Geburtsgebrechen ?, in : Das Recht in Raum und Zeit, Zurich 1998, p. 407 ss (Spitalliste).

- ROUSSET GUILLAUME, Comment nommer la personne prise en compte par le système de santé, in : Recherches en communication, no 32 (2009), p. 103 ss (Nommer).
- ROSSINI STÉPHANE, Le gel de l'admission des cabinets médicaux et la cohérence du processus de décision, in : Dupont A.-S./Guillod O., Réflexions romandes en droit de la santé – Mélanges offerts à la Société suisse des juristes par l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel à l'occasion de son congrès annuel 2016, Zurich/St-Gall 2016 (Admission).
- ROSSINI STÉPHANE (édit.), La gouvernance des politiques suisses de santé, Lausanne 2014 (Gouvernance).
- ROSSINI STÉPHANE ET AL., Allocation des ressources et cohérence du système suisse de santé, Lausanne 2012 (Allocation).
- ROTH SACHA/PELLEGRINI SONIA (OBSAN), Virage ambulatoire – Transfert ou expansion de l'offre de soins ?, Berne 2015 (Virage).
- ROTH SACHA, STURNY ISABELLE (OBSAN), Moratoire sur l'installation des médecins en cabinet privé : évaluation de leur effectif, Bulletin 4/2015 (Moratoire).
- RUBIN BERNHARD/COURVOISIER MATTHIAS, in : Baker & McKenzie (édit), Kartellgesetz, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Berne 2007, ad Art. 2 KG (Art. 2 KG).
- RUCH ALEXANDER, Urteil des Verwaltungsgerichts (Verwaltungsrechtliche Abteilung) vom 31. März 2016 i.S. BLS Netz AG gegen Gemeinde Köniz und JGK (VGE 100.2015.2), in : BVR 2016, p. 402 ss (BLS Netz AG).
- RUDIN BEAT, Art. 2 DSG, in : Baeriswyl B./Pärli K., Datenschutzgesetz (DSG), Berne 2015 (Art. 2 DSG).
- RÜEFLI CHRISTIAN/HUEGLI EVELINE/BERNER DELIA (Büro Vatter AG), Umsetzung von Art. 55a KVG durch die Kantone – Studie im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit BAG, Berne 2016 (Umsetzung).
- RÜTSCHÉ BERNHARD, Zusatzversicherte Leistungen von Spitälern – Zulässigkeit und Grenzen medizinischer Leistungsdifferenzierung ; Prestations des hôpitaux couvertes par les assurances complémentaires, Licéité et limites des différenciations médicales des prestations, Zurich 2017 (Leistungen).

- RÜTSCHÉ BERNHARD, Rechtsgutachten : Aufsicht im Bereich der Krankenzusatzversicherungen – Surveillance dans le domaine des assurances-maladie complémentaires, Lucerne 2017 (Aufsicht).
- RÜTSCHÉ BERNHARD, Planification hospitalière et clinique privée – Questions juridiques actuelles relatives à l’application de la LAMal aux cliniques privées (version française), Zurich/Bâle/Genève 2016 (Clinique).
- RÜTSCHÉ BERNHARD, Was sind öffentliche Aufgaben ? in : recht 4/2013, p. 153 ss (Aufgaben).
- RÜTSCHÉ BERNHARD, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung – Insbesondere zur Steuerung der Leistungsmenge im stationäre Bereich, Berne 2011 (Spitalfinanzierung).
- SAINT-PAUL GILLES, Réflexions sur l’organisation du système de santé – Rapport Gilles Saint-Paul, Paris 2012 (Rapport).
- SAX ANNA, Struktur und Aufbau des Gesundheitssystems Schweiz – Aufgabenverteilung, Stärken und Schwächen, Resultat im internationalen Vergleich, <www.sggp.ch/download.php?id=31> (Struktur).
- SAXER URS, Die Tarifgestaltungsgrundsätze des KVG und ihre Umsetzung, unter besonderer Berücksichtigung von Art. 59c KVV, in : Saxer U./Oggier W., Recht und Ökonomie der KVG-Tarifgestaltung, Zurich/Bâle/Genève 2010, p. 7 ss (Art. 59c KVV).
- SCARTAZZINI GUSTAVO/HÜRZELER MARC, Bundessozialversicherungsrecht, 4^{ème} éd., Bâle 2012 (Bundessozialversicherungsrecht).
- SCHAER ROLAND, Modernes Versicherungsrecht – Das Privatversicherungsrecht und sein Schnittstellen zum Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht, Berne 2007 (Versicherungsrecht).
- SCHALLER OLIVIER, Les ententes à l’importation en droit de la concurrence : Etude de droit cartellaire suisse et comparé, Fribourg 2002 (Ententes).
- SCHALLER OLIVIER/TAGMANN CHRISTOPH, Kartellrecht und öffentliches Recht – neuere Praxis im Bereich des Gesundheitswesens, in : PJA 2004, p. 704 ss (Gesundheitswesen).
- SCHALLER PHILIPPE, Le managed care en Suisse romande : un leadership professionnel, in : Care Management 2008/1 Nr 4, p. 11 ss (Managed care).

- SCHEURER ANDREAS, Einige Bemerkungen zur vorgängigen Vorlagepflicht der Kranken-Taggeldversicherung nach VVG bei der FINMA, in : Fuhrer S./Chappuis C. (édit.), Haftpflicht- und Versicherungsrecht – Droit de la responsabilité civile et des assurance, Liber amicorum Roland Brehm, Berne 2012 (Taggeldversicherung).
- SCHLATTER ELIANE, Grundrechtsgestaltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, Zurich/Bâle/Genève 2009 (Staatshandeln).
- SCHLUEP WALTER R., Entwicklungslinien des schweizerischen Kartellrechts, in : PJA 7/1996, p. 795 ss (Entwicklungslinien).
- SCHLUEP WALTER R., Rückblick, in : WuR 1990, p. 5 ss (Rückblick).
- SCHLUEP WALTER R., in : Schürmann L./Schluep W., Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Kommentar, Zurich 1988, p. 156 ss (KG&PüG).
- SCHLUEP WALTER R., Schweizerische Wettbewerbspolitik zwischen gestern und morgen, in : Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen : Festgabe zum 65. Geburtstag von Hugo Sieber, Berne/Stuttgart 1976, p. 95 ss (Wettbewerbspolitik).
- SCHMIDHAUSER BRUNO, in : Homburger E./Schmidhauser B./Hoffet F./Ducrey P. (édit.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz von 6. Oktober 1995, Zurich 1996/1997, ad Einleitung, Art. 2 et 3 KG. (Art. 2/3 KG).
- SCHMIDT INGO, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8^{ème} éd., Stuttgart 2005 (Wettbewerbspolitik).
- SCHÖNBÄCHLER PATRICK, Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen, Zurich 1998 (Wettbewerbsneutralität).
- SCHOTT MARKUS, Staat und Wettbewerb, Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und in der Europäischen Union, Zurich/St-Gall 2010 (Wettbewerb).
- SCHUMACHER RAINER, Vertragsgestaltung : Systemtechnik für die Praxis, Bâle/Genève 2004 (Vertragsgestaltung).
- SCHÜRMAN LEO, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3^{ème} éd., Berne 1994 (Wirtschaftsverwaltungsrecht).
- SCHÜRMAN LEO, Kartellgesetz/Preisüberwachungsgesetz, Kommentar, Teilrevision 1991, Zurich 1992 (Teilrevision).

- SCHÜRMAN LEO in : Schürmann L./Schluep W., Kartellgesetz und Preisüberwachungsgesetz, Kommentar, Zurich 1988, ad KG&PüG, p. 156 ss (KG&PüG).
- SCHÜRMAN LEO, Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, Zurich 1964 (Bundesgesetz).
- SEEMATTER-BAGNOUD LAURENEC ET AL., Offre et recours aux soins médicaux ambulatoires en Suisse – Projections à l’horizon 2030, Neuchâtel 2008 (Offre et recours).
- SEILER HANSJÖRG, Einführung in das Recht, 3^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2009 (Einführung).
- SHK UWG-AUTEUR
- JUNG PETER/SPITZ PHILIPPE (édit.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 2^{ème} éd., Berne 2016.
- SOMMER JÜRIG, Le rationnement explicite dans le domaine de la santé : perspectives éthiques, médicales, économiques et sociales, in : La vie économique, no 4, Berne 2001, p. 4 ss (Rationnement).
- SOMMER PATRICK/AMR ABDELAZIZ, Jüngste Entwicklungen – Hors-Liste Medikamente und Gaba/Elmex, in : Hochreutener I./Stoffel W./Amstutz M., Wettbewerbsrecht : Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung. Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht. Droit de la concurrence : Les destinataires des décisions dans les groupes de sociétés, Berne 2015, p. 1 ss (Entwicklungen).
- SPIRA RAYMOND, La compétence des cantons en matière d’assurance obligatoire des soins, in : Duc J.-L. (édit.), LAMal – KVG, Recueil de travaux en l’honneur de la société suisse de droit des assurances à l’occasion de son assemblée générale du 5 septembre 1997 à Lausanne, Lausanne 1997 (Compétence).
- SPIRIG REBECCA ET AL., Wie könnten DRG die Pflege an Schweizer Spitälern beeinflussen? Aus Gesprächen mit Pflegefachpersonen, in : Wild V./Pfister E./Biller-Andorni N. (édit.), DRG und Ethik – Ethische Auswirkungen von ökonomischen Steuerungselementen im Gesundheitswesen, Bâle 2011, p. 17 ss (Pflege).
- SPRUMONT DOMINIQUE, Le système de santé suisse : présentation générale, in : La Harpe R./Ummel M./Dumoulin J.-F. (dir.), Droit de la santé et médecine légale, Chêne-Bourg 2014 (Santé).

- SPRUMONT DOMINIQUE/BROCARD MARIE-CHRISTINE, Les responsabilités au sein de l'établissement hospitalier, in : Institut suisse du droit de la santé, La responsabilité médicale, Cahier de droit de la santé no 2, Neuchâtel 1996, p. 33 ss (Responsabilité).
- SPYCHER STEFAN, Prévisions et planification dans le domaine des soins ambulatoires – Analyse bibliographique et débats d'experts concernant les prévisions et la planification des effectifs médicaux dans le secteur ambulatoire en Suisse, Neuchâtel 2004 (Prévisions).
- STAUB ALDO, Zivilrechtliche Folgen der Privatbestechung, Zurich 2013 (Folgen).
- StG Komm. BV, vol.1-AUTEUR
- EHRENZELLER BERNARD ET AL. (ÉDIT.), Die Schweizerische Bundesverfassung, volume 1, St. Galler Kommentar, 3^{ème} éd., Zurich/St-Gall 2014.
- StG Komm. BV, vol.2-AUTEUR
- EHRENZELLER BERNHARD ET AL. (ÉDIT.), Die Schweizerische Bundesverfassung, volume 2, St. Galler Kommentar, 3^{ème} éd., Zurich/St-Gall 2014.
- STIRNIMANN FRANZ X., Urheberkartellrecht – Kartellrechtliche Verhaltenskontrolle von urheberrechtlichen Märkten in der Schweiz, Zurich/Bâle/Genève 2004 (Urheberkartellrecht).
- STÖCKLI HUBERT, Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung – ein Beitrag zum Kartellzivilrecht, Fribourg 1999 (Wettbewerbsbehinderung).
- STOFFEL WALTER A., System des schweizerischen Wettbewerbsrecht, in : Geiser T./Krauskopf P./Münch P. (édit.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Band IX : Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Bâle 2005, p. 3 ss (System).
- STOFFEL WALTER A., La loi sur la concurrence révisée : fondement et introduction du nouveau droit – La portée de la deuxième réorientation fondamentale en dix ans, in : Stoffel W./Zäch R. (édit.), Kartellgesetzrevision 2003 : Neuerungen und Folgen, Zurich 2004 (Révision).
- STOFFEL WALTER A., Wettbewerbsabreden, in : von Büren R./David L. (dit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2 : Kartellrecht, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 55 ss (Wettbewerbsabreden).

- STOFFEL WALTER A., Das neue Kartell-Zivilrecht, in : Zäch R. (édit.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zurich 1996 (Zivilrecht).
- STOFFEL WALTER A., Das schweizerische Kartellrecht : Rückblick auf die jüngste Praxis und Ausblick auf die Revisionsbemühungen, in : RSDA 3/1994, p. 105 ss (Rückblick).
- STOFFEL WALTER A., Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit : Die wettbewerbliche Stellung der öffentlichen Unternehmen im schweizerischen Recht, mit einer Darstellung des Rechtes Deutschlands und Frankreichs sowie des europäischen Wirtschaftsraum, Fribourg 1994 (Unternehmen).
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I : Die Straftat, 4^{ème} éd., Berne 2011 (Strafrecht AT I).
- STRAUB PHILIPP, Freiheit und gesetzliche Schranken in der Arztwerbung, in : Poledna T. (édit), Gesundheit und Werbung, Zurich/Bâle/Genève 2005, p. 87 ss (Freiheit).
- STREULI-YOUSSEF MAGDA, Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden (Art. 3 UWG), in : von Büren R./David L. (édit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/1, Lauterkeitsrecht, 2^{ème} éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998, p. 79 ss. (Art. 3 UWG).
- STRÜWE WOLFRAM, Spitalfinanzierung 2012 – Datenschutz Ade ?, in : Swiss Medical Informatics 2011, n° 71, p. 27 ss (Spitalfinanzierung).
- SUTER PETER, La planification intercantonale de la médecine hautement spécialisée (MHS) – Un conflit entre le droit du patient à une médecine optimale et le prestige des hôpitaux et des médecins, in : Guillod O. (édit.), L'hôpital entre droit, politique et économie(s), Berne 2015, p. 7 ss (MHS).
- SWISSDRG AG, Les forfaits pas cas dans les hôpitaux suisses. Informations de base pour les professionnels de la santé, Berne 2015 (Forfaits).
- TERCIER PIERRE, Du droit des cartels au droit de la concurrence, in : RDS 1993 I, p. 399 ss (Du droit des cartels).
- TERCIER PIERRE, Politique de la santé et droit de la concurrence, in : Duc J.-L. (dir.), Concurrence et assurance-maladie sociale – Faut-il réorganiser la sécurité sociale suisse ?, Lausanne 1993 (Politique).
- TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, Le droit des obligations, 5^{ème} éd., Genève 2012 (Obligations).

- TREMP DANIA, Stationäre Spitaltarife 2012 : Eine Herausforderung für die Spitalwelt – Streiflichter auf das Tarifgenehmigungs- und Tariffestsetzungsverfahren nach revidiertem KVG zur Spitalfinanzierung, in : Jusletter 28 janvier 2013 (Spitaltarife).
- TROTTMANN MICHÈLE, Konkretisierung der Tarifbestimmungsgrundsätze für den stationären Rehabilitationsbereich, in: Commentaire de jurisprudence numérique, juillet 2018, vol. 86 (Rehabilitationsbereich).
- TRÜEB HANS RUDOLF, Benchmarking, in : Arter O. et al., ICT-Verträge Outsourcing, Berne 2008, p. 215 ss (Benchmarking).
- TRÜEB HANS RUDOLF/ZIMMERLI DANIEL, Spitalfinanzierung und Vergaberecht, Zurich/Bâle/Genève 2012 (Spitalfinanzierung).
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft, 4^{ème} éd., Berne 2016 (Staatsrecht).
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^{ème} éd., Berne 2014 (Allgemeines Verwaltungsrecht).
- UHLMANN FELIX, Gewinnerorientiertes Staatshandeln, Bâle 1997 (Staatshandeln).
- VALLENDER KLAUS A, Wirtschaft, in : Thürer D./Aubert J.-F./Müller J. P. (édit.), Verfassungsrecht der Schweiz/Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001, p. 955 ss (Wirtschaft).
- VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4^{ème} éd., Berne 2006 (Wirtschaftsfreiheit).
- VEIT MARC, Die Gleichbehandlung der gewerbebenossen, in : PJA 1998, p. 569 ss (Gleichbehandlung).
- VENTURI SILVIO, Propriété intellectuelle et révision de la loi sur les cartels : les importations parallèles sous la loupe, in : Stoffel W. A./Zäch R., Kartellgesetzrevision 2003, Zurich 2004, p. 215 ss (Importations parallèles).
- VLCEK MICHAEL/WEBER ROLF R., Kartellrecht – Entwicklungen 2008, in : njus.ch 2009, p. 36 ss (Entwicklungen 2008).
- VODOZ ANTOINE, Le boycott en droit civil suisse : Etude de jurisprudence, Lausanne 1926 (Boycott).

- VOGEL STEFAN, Der Staat als Marktteilnehmer, Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Zurich 2000 (Staat).
- VOKINGER KERSTIN NOËLLE ET AL., Zulassungsregulierung in der ambulanten Medizin, Vom Provisorium zur Dauerlösung, in : Jusletter du 29 janvier 2018 (Zulassungsregulierung).
- VUILLEUMIER MATHIEU/PELLEGRINI SONIA/JEANRENAUD CLAUDE (OFS) (édit.), Déterminants et évolution des coûts du système de santé en Suisse – Revue de la littérature et projections à l’horizons 2030, Neuchâtel 2007 (Coût).
- WALDNER MICHAEL, Die Abgeltung stationärer medizinischer Leistungen von Spitälern in der IV, in : Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge, Band 59 (2015), Heft 3, p. 235 ss (Abgeltung).
- WALDNER MICHAEL, Neue Spitalfinanzierung am Scheideweg – Eine neue Studie lässt Korrekturen bei der Benchmarking-Methodik dringend angezeigt erscheinen, in : Jusletter du 23 novembre 2005 (Spitalfinanzierung).
- WEBER ROLF H./BAISCH RAINER, Versicherungsaufsichtsrecht, 2^{ème} éd., Berne 2016 (Versicherungsaufsicht).
- WEBER ROLF H./VOLZ STEPHANIE, Wettbewerbsrecht – Fachhandbuch Expertenwissen für die Praxis, Zurich 2013 (Wettbewerbsrecht).
- WEBER ROLF H., Preisüberwachungsgesetz (PüG), Handkommentar, Berne 2009 (PüG).
- WEBER ROLF H., Einleitung, in : von Büren R./David L. (dit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2 : Kartellrecht, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 1 ss (Einleitung).
- WEIDMANN JACQUES-HENRI, Cabinets médicaux et hôpitaux, des valeurs de point différentes. Pourquoi ?, in : Bulletin des médecins suisses, 2004 ; 85 : Nr 50, p. 2685 s. (Valeurs).
- WERRO FRANZ, La responsabilité civile médicale : vers une dérive à l’américaine ?, in : Institut suisse du droit de la santé, La responsabilité médicale, Cahier de droit de la santé no 2, Neuchâtel 1996, p. 3 ss (Responsabilité).
- WICHTERMANN JÜRIG, Haftung der mit öffentlichen Aufgaben betrauten Privaten, in : Rüttsche B./Fellmann W. (édit.), Aktuelle Fragen des

- Staatshaftungsrechts – Tagung vom 3. Juli 2014 in Luzern, Berne 2014 (Haftung).
- WIDMER DIETER, Die Sozialversicherung in der Schweiz, 9^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2013 (Sozialversicherung).
- WIDMER PHILIPPE ET AL., Erwünschte und unerwünschte Optimierung von Leistungsmenge und -verlagerung im stationären Spitalbereich, 1. Teilstudie : Mengenausweitung unter SwissDRG, 7 avril 2017 (Mengenausweitung).
- WIDMER PHILIPPE ET AL., Erwünschte und unerwünschte Optimierung von Leistungsmenge und -verlagerung im stationären Spitalbereich, 2. Teilstudie : Leistungsverlagerung unter SwissDRG, 12 avril 2017 (Leistungsverlagerung).
- WIDMER PHILIPPE ET AL., Evolutions souhaitables et indésirables du volume et du transfert de prestations dans le domaine hospitalier stationnaire, Synthèse, 19 mai 2017 (Synthèse).
- WIGET LUKAS, Wirksamkeit von Folgeverträgen bei Kartellabsprachen, Zürich 2006 (Folgeverträgen).
- WILD GREGOR, Lauterkeitsrecht, in : Marbach E./Ducrey P./Wild G., Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 4^{ème} éd., Berne 2017, p. 233 ss (Lauterkeitsrecht).
- WILD VERINA/PFISTER ELIANE/BILLER-ANDORNO NIKOLA, Einleitung, in : Wild V./Pfister E./Biller-Andorni N. (édit.), DRG und Ethik – Ethische Auswirkungen von ökonomischen Steuerungselementen im Gesundheitswesen, Bâle 2011 (Einleitung).
- WILS JEAN-PIERRE/BAUMANN-HÖLZLE RUTH, Sinn und Zukunft des Gesundheitswesens – Wege aus der Vertrauenskrise – Ein philosophischer Kommentar in praktischer Absicht, Zurich/Bâle/Genève 2013 (Sinn).
- WOHLMANN HERBERT, Das struktur- und gesellschaftspolitische Versagen des Kartellrechts, in : Jusletter du 23 avril 2018 (Versagen).
- ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2^{ème} éd., Berne 2012 (Kartellrecht).
- ZÄCH ROGER, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in : von Büren R./David L. (dit.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2 : Kartellrecht, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 137 ss (Unternehmen).

ZÄCH ROGER, Wettbewerbsfreiheit oder Konsumentenwohlfahrt als Zweck des Kartellgesetzes ? – Schranken des Rechts, in : Zäch R., (édit.), Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis, Zurich/Genève/Bâle 2006 (Zweck).

ZIMMERLI DANIEL/TRÜEB HANS RUDOLF, Wettbewerbsrecht und Wettbewerbsregulierung 2007-2009, in : La pratique de l'avocat 2009, p. 689 ss (Wettbewerbsrecht 2007-2009).

ZK IPRG-AUTEUR

- GIRSBERGER DANIEL ET AL. (édit.), Zürcher Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, Zürcher Kommentar, 2^{ème} éd., Zurich 2004.

ZURKINDEN PHILIPP/TRÜEB HANS RUDOLF, Das neue Kartellgesetz – Handkommentar, Zurich/Bâle/Genève 2004 (Handkommentar).

MESSAGES DU CONSEIL FÉDÉRAL

Cst.

Message du Conseil fédéral du 26 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1 ss (Mess-Cst.).

LAMal

Message du Conseil fédéral concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (réintroduction temporaire de l'admission selon le besoin, du 21 novembre 2012, FF 2012 8709 (Mess-55a LAMal)).

Message concernant la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (financement hospitalier), du 15 septembre 2004, FF 2004 5207 (Mess-rév.LAMal-2007).

Message du Conseil fédéral relatif à la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (Managed Care), du 15 septembre 2004, FF 2004 5257 (Mess-rév.LAMal-Managed Care).

Message du Conseil fédéral relatif à la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (Liberté de contracter), du 26 mai 2004, FF 2004 4055.

Message concernant la révision de l'assurance-maladie, du 6 novembre 1991, FF 1992 I 77 (Mess-LAMal).

LCart

Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la loi sur les cartels, du 7 novembre 2001, FF 2002 1911 (Mess-rév.LCart-2003).

Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence, du 23 novembre 1994, FF 1995 I 472 (Mess-LCart).

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur les cartels et les organisations analogues, du 18 septembre 1961, FF 1961 II 549 ss (Mess-aLCart-1962).

Message à l'appui d'une loi fédérale sur les cartels et organisations analogues (LCart), du 13 mai 1981, FF 181 II 1244 (Mess-aLCart-1985).

LCD

Message concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale, du 2 septembre 2009, FF 2009 5539, (Mess-rév.LCD-2011).

Message à l'appui d'une loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), du 18 mai 1983, FF 1983 II 1037 (Mess-LCD).

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet loi fédérale sur la concurrence illicite, du 11 juin 1934, FF 1934 II 529, (Mess-aLCD-1943).

LPMéd

Message concernant la modification de la loi sur les professions médicales (LPMéd) du 3 juillet 2013, FF 2013 5583 (Mess-rév.LPMéd-2015).

Message concernant la loi fédérale sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales, LPMéd), du 3 décembre 2004, FF 2005 157 (Mess-LPMéd).

LSA

Message concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance (Loi sur la surveillance des assurances, LSA) et la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance, FF 2003 3353 (Mess-LSA).

LSAMal

Message relatif à la loi sur la surveillance de l'assurance-maladie du 15 février 2012, FF 2012 1725 (Mess-LSAMal).

LSPr

Message relatif à l'initiative populaire « sur la surveillance des prix et des intérêts des crédits » et à la révision de la loi concernant la surveillance des prix du 27 novembre 1989 », FF 1990 I 85 (Mess-rév.LSPr-1989).

Message à l'appui d'une loi concernant la surveillance des prix (LSPr), du 30 mai 1984, FF 1984 II 781 (Mess-LSPr).

LPsy

Message du 30 septembre 2009 relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie, FF 2009 6235 (Mess-LPsy).

DOCUMENTS OFFICIELS

- COMMISSION DE LA CONCURRENCE (COMCO), Stellungnahme der Wettbewerbskommission (Weko) – Universitätsspital Basel/Kantonsspital Baselland, du 18 septembre 2017, non encore publié au DPC (USB/KSBL).
- COMMISSION DE LA SÉCURITÉ SOCIALE ET DE LA SANTÉ PUBLIQUE DU CONSEIL NATIONAL (CSSS-N), Initiatives parlementaires – Compensation des risques/Introduction rapide d'un système efficace de compensation des risques – Rapport du 6 septembre 2013, FF 2013 7021 (CSSS-N, Rapport compensation des risques).
- CONSEIL D'ETAT VAUDOIS, Planification hospitalière vaudoise 2012 – Rapport adopté par le Conseil d'Etat lors de sa séance du 29 juin 2011 et modifié le 7 décembre 2011, du 29 juin 2011 (Planification hospitalière vaudoise 2012).
- CONSEIL FÉDÉRAL (CF), Etat et concurrence – Impact des entreprises contrôlées par l'Etat sur les marchés concurrentiels, Rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats 17.4172 du groupe libéral radical du 13.12.2012 et 15.3880 Schilliger du 22.09.2015, du 8 décembre 2017 (Etat).
- CONSEIL FÉDÉRAL (CF), Possibilités de remplacer le système actuel de gestion en matière d'admission de médecins – Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 16.3000 CSSS-E du 12 janvier 2016, du 3 mars 2017 (Admission).
- CONSEIL FÉDÉRAL (CF), Bases de la planification hospitalière et pistes de développement, Rapport du Conseil fédéral du 18 décembre 2013 en réponse aux postulats 09-4239 « Réduction du nombre d'hôpitaux en Suisse » du 11 décembre 2009, et 10.3753 « Listes hospitalières des cantons. Fixer des critères clairs pour prévenir l'arbitraire » du 29 décembre 2010 (Rapport planification 2013).
- CONSEIL FÉDÉRAL (CF), Initiatives parlementaires – Compensation des risques/Introduction rapide d'un système efficace de compensation des risques – Rapport de la CSSS-N du 6 septembre 2013 – Avis du Conseil fédéral du 23 octobre 2013, FF 2013 7519 (Avis sur le rapport compensation des risques).
- CONSEIL FÉDÉRAL (CF), Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur les professions médicales universitaires (loi sur les professions médicales, LPMéd), juin 2011 (Rapport LPMéd).

- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ÉCONOMIE (DFE), Rapport sur l'organisation de la Surveillance des prix, Berne 2004 (Surveillance des prix).
- DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR (DFI), Liste des assureurs-maladie admis, du 1^{er} janvier 2018, Berne 2018 (Liste).
- DIRECTION DE L'INFORMATION LÉGALE ET ADMINISTRATIVE, L'hôpital, Rapport 2012, Paris 2013 (Hôpital).
- FINMA, Circulaire 2013/3 Assurance-maladie selon la LCA – Assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale et questions particulières de l'assurance-maladie privée, Berne 2003 (Circulaire assurance-maladie).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE (OFSP), Fixation des primes de l'assurance-maladie et approbation par l'Office fédéral de la santé publique – Fiche d'information 2017 du 28 septembre 2017 (Primes).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE (OFSP), Mesures visant à freiner la hausse des coûts dans l'assurance obligatoire des soins, Rapport du groupe d'expert, 24 août 2017 (Freiner la hausse des coûts).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE (OFSP), Fiche d'information sur les rabais pour les franchises à option du 28 juin 2017 (Rabais).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE (OFSP), Modification de l'ordonnance sur la fixation et l'adaptation de structures tarifaires dans l'assurance-maladie, Modification au 1^{er} janvier 2018 – Teneur des modifications et commentaire, Berne 2017 (Modification Tarmed 2018).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE (OFSP), Ordonnance sur la compensation des risques dans l'assurance-maladie (OCoR) ; révision totale – Entrée en vigueur prévue le 1^{er} janvier 2020 – Teneur des dispositions et commentaire, Berne septembre 2016 (Commentaire OCoR 2020).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE (OFSP), Evaluation des effets de la révision de la LAMal : financement hospitalier – Concept global, Version du 13 mai 2015 (Evaluation – Concept global).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE (OFSP), Evaluation de la révision de la LAMal dans le domaine du financement hospitalier – Résultats intermédiaires – Rapport de l'OFSP au Conseil fédéral du 13 mai 2015 (Évaluation – Résultats intermédiaires).

- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE (OFSP), Ordonnance sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (OSAMal), Entrée en vigueur prévue le 1^{er} janvier 2016 – Teneur des dispositions et commentaire, Berne mars 2015 (Commentaire OSAMal).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE (OFSP), Ordonnance sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (OSAMal), Entrée en vigueur prévue le 1^{er} janvier 2016 – Teneur des dispositions et commentaire, Berne 2015 (OSAMal).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE (OFSP), Ordonnance du 12 avril 1995 sur la compensation des risques dans l'assurance-maladie (OCOR) – Entrée en vigueur des modifications prévue au 1^{er} janvier 2017, sauf pour l'art. 6 al. 6, et l'al. 2 des dispositions transitoires pour lesquels elle est prévue au 1^{er} janvier 2015 – Teneur des dispositions et commentaire, Berne juin 2014 (Commentaire OCOR).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE (OFSP), BRUHIN EVA/FUHRER BRUNO, Evaluation des effets de la révision de la LAMal : financement hospitalier – concept global, Version du 11 juin 2013 (Evaluation).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE (OFSP), Ordonnance sur la limitation de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire – Teneur des dispositions et commentaire, Berne 2013 (Commentaire OLAF).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE (OFSP), Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal), Modifications prévues pour le 1^{er} décembre 2011 – Teneur des modifications et commentaire, Berne 2011 (Commentaire OAMal-2011).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE (OFSP), Partenariat public-privé : un avenir dans le secteur de la santé ?, in : Prévention et promotion de la santé, Spectra 85, Newsletter, Berne 2011 (Partenariat).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE (OFSP), Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal), Modifications du 1^{er} janvier 2009 – Teneur des modifications et commentaire, Berne 2009 (OAMal-2009).
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE (OFSP), Le secteur suisse de la santé : Structure, prestataires de services, loi sur l'assurance-maladie, 2^{ème} éd., Berne 2005 (Secteur suisse de la santé).

OFFICE FÉDÉRAL DES STATISTIQUES (OFS), Santé, Statistique de poche 2017, Neuchâtel 2019 (Santé).

SURVEILLANCE DES PRIX, Bericht zu Behandlungsqualität und Kostenniveau von Schweizer Spitälern im Ländervergleich, Berne 2016 (Ländervergleich).

SURVEILLANCE DES PRIX, Tarifs hospitaliers – Pratique du Surveillant des prix dans l'examen des tarifs hospitaliers des soins aigus stationnaires, Berne 2016 (Tarifs).

INTRODUCTION

1. L'objet de l'étude

La présente étude de droit suisse a pour objet l'application du droit de la concurrence en matière de soins. Elle s'inscrit dans le contexte plus général de l'application du droit de la concurrence dans le secteur de la santé. Notre propos portera sur les interactions entre ces deux sphères.

Le système économique suisse est fondé sur le libéralisme qui suppose l'existence de la concurrence¹. Cela vaut, en principe, dans tous les secteurs économiques. Cependant, il est parfois jugé nécessaire de s'en écarter².

A cet égard et du point de vue de la théorie économique, il existe des conflits sur la nécessité et l'opportunité de la libre concurrence dans le secteur de la santé. Les débats sont liés à la problématique de la maîtrise des coûts³. Certains estiment que l'organisation du système de santé doit être, dans l'ensemble, laissée aux forces du marché. D'autres considèrent qu'elle doit se faire avant tout par le biais d'une gouvernance des pouvoirs publics. Ces positions antinomiques, à première vue inconciliables, se traduisent par une réglementation qui résulte de jeux de pouvoir et de compromis. L'intervention de l'Etat y est marquée : on retient que le domaine de la santé est l'objet d'une législation fédérale et cantonale abondante qui réaffirme quelquefois le principe général de la libre concurrence, mais qui, dans d'autres cas, l'ajuste ou y déroge. C'est dans ce contexte, partiellement interventionniste, que nous examinons si le droit de la concurrence trouve application. Ce dernier a notamment pour objec-

¹ Art. 27 et 94 Cst. Mess-Cst., p. 294 et 297 ; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 4 ; OGGIER, Bildung, p. 88.

² Ces limitations au principe de la concurrence peuvent prendre deux formes : elles peuvent découler de prescriptions légales. A ce propos, l'art. 3 al. 1 LCart réserve ces prescriptions. Une partie importante de cette thèse examine le fonctionnement de l'art. 3 al. 1 LCart et identifie, dans le secteur de la santé choisi, si certaines réglementations doivent être considérées, ou non, comme des prescriptions réservées. L'autre limitation au principe de la concurrence peut découler du pouvoir octroyé à une autorité politique (p. ex., art. 8, 11 et 31 LCart). A ce sujet, CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 199 ss ; ZÄCH, Kartellrecht, N 117 ss.

³ DEISS/GUGLER, Politique, p. 244.

tif, dans un système fondé sur la concurrence, de fixer des limites aux comportements des acteurs sur un marché. Il prévoit des garde-fous nécessaires au fonctionnement de la concurrence. Qu'en est-il lorsque le législateur décide de s'écarter des prescriptions constitutionnelles ? Quelles lois restent applicables ? Dans quelle mesure l'Etat demeure-t-il lié par la liberté économique, par le principe de la liberté économique ainsi que par les exigences qui en découlent ?

2. L'objectif de l'étude

L'objectif de la présente thèse est, plus spécialement, de déterminer si le droit de la concurrence s'applique aux fournisseurs de soins, aux assureurs et à la fixation du prix des prestations de santé. Tant le droit de la concurrence que le secteur de la santé sont particulièrement vastes, de sorte qu'il n'est pas possible de traiter de leur articulation de manière homogène. Nous distinguons, dans chaque hypothèse pertinente, si le législateur a voulu s'écarter du principe de la concurrence ou si ce principe s'applique pleinement. Il s'agit d'analyser, au regard de l'application des principes et du droit de la concurrence, la réglementation de droit de la santé topique, d'apprécier le résultat et d'apporter quelques propositions⁴.

Nous avons dans ce contexte choisi de nous concentrer sur les établissements hospitaliers, sur les médecins ainsi que sur les assureurs, qui sont les acteurs centraux du système de santé. Pour ce faire, nous analysons l'application des dispositions pertinentes de la Constitution économique, à savoir la liberté économique, le principe de la liberté économique ainsi que les principes de neutralité de l'Etat en matière de concurrence et d'égalité de traitement entre concurrents économiques. Nous étudions ensuite les dispositions de la LCart et de la LSPr qui fixent le champ d'application respectif de ces lois. Concernant la LCart, nous nous questionnons principalement sur la notion d'entreprise, sur les comportements matériellement visés par la loi et sur les prescriptions réservées. Concernant la LSPr, les possibilités d'intervention du Surveillant des prix, lorsque le législateur a prévu une fixation ou une approbation du prix par une autorité voire un régime de surveillance des prix exercé par une autorité,

⁴ Il ne sera en revanche pas question de proposer de substituer la politique de concurrence à la politique sociale, ni de prôner un interventionnisme étatique de grande ampleur.

nous occupent plus particulièrement. Nous faisons également ressortir les conditions d'application de la LCD. Nous nous demandons dans quelle mesure cette dernière peut s'appliquer dans un contexte juridique relevant en grande partie du droit public.

3. Les délimitations

Nous examinons les interactions entre deux domaines, celui du droit de la concurrence et celui de la santé, qui ne se laissent pas facilement circonscrire du fait de leur ampleur. Nous avons procédé à plusieurs choix.

Au vu de la complexité des domaines étudiés et du fait que l'organisation des systèmes de santé, de même que la place donnée à la concurrence, sont des questions nationales et que les régimes sont très différents d'un pays à l'autre, notre étude se limite au droit suisse. Nous ferons néanmoins ponctuellement référence à un ordre juridique étranger, mais uniquement à titre d'illustration, voire dans un but heuristique.

D'un point de vue matériel, nous nous concentrons sur la réglementation liée à l'assurance-maladie, mais ne traitons pas de l'assurance-accidents, telle que régie par la LAA. La nécessité de limiter quantitativement cette étude a conduit à ce choix. En outre, les principales règles délimitant le comportement des acteurs (fournisseurs de soins, assureurs, régime des conventions tarifaires) se trouvent dans la LAMal.

Par ailleurs, nous avons renoncé à aborder l'analyse du droit de la concurrence dans le secteur pharmaceutique. En effet, il s'agit d'un domaine propre reposant en partie sur d'autres fondements légaux que la LAMal. Il ne concerne pas directement la relation de soins et d'autres acteurs interviennent⁵.

D'un point de vue législatif, les lois qui forment le droit de la concurrence au sens large sont nombreuses (LCart, LSPr, LCD, LETC, LMI). Nous

⁵ Dès lors, les questions de l'application du droit des cartels au marché pharmaceutique, de l'articulation entre le droit des cartels et celui de la propriété intellectuelle, de la différence entre les médicaments listés et hors liste, du traitement des importations parallèles, du traitement des *pay for delay* (accords de report d'entrée) ou celui de la publicité en faveur des médicaments ne seront pas traitées. Voir, KOBEL/KELLEZI/KILPATRICK, Pharmaceutical ; GUEx, Switzerland (marché pharmaceutique et droit des cartels) ; Comco, DPC 2010/4, p. 689 ss ; TAF, arrêt B-360/2010 du 3 décembre 2013. Cf. en doctrine not. SOMMER/ABDELAZIZ, Entwicklungen, p. 2 ss (médicaments).

nous sommes focalisée sur les trois premières. Les deux dernières ne sont en revanche pas examinées. La LETC n'a en réalité pas d'effets – à tout le moins directs – sur les champs étudiés. La LMI vise, quant à elle, avant tout la mobilité professionnelle et l'accès au marché (art. 1 al. 2 LMI), ainsi que les marchés publics (art. 5 LMI), alors que notre étude se concentre sur les conditions de l'exercice d'une activité.

Finalement, nous avons tenté de garder une ligne d'analyse juridique, et nous nous sommes évertuée à nous tenir à distance des considérations politiques, au risque de décevoir certains lecteurs. Nous mettons en revanche en évidence les principaux enjeux en lien avec les domaines que nous étudions.

4. La méthode et le plan

L'un des principaux problèmes auxquels nous avons fait face a été de trouver une façon de traiter de manière linéaire l'examen de l'articulation de deux sphères juridiques qui présentent un important degré de complexité et de nombreux enchevêtrements. Il a été particulièrement ardu d'arrêter un plan qui permette une lecture graduelle du sujet, tout en évitant les répétitions. Ces dernières nous sont toutefois apparues inévitables. Nous procéderons dès lors à des renvois entre les différentes parties de notre thèse.

Celle-ci est divisée en six parties. Les deux premières se veulent générales et nous permettent de poser les jalons nécessaires à la suite de l'étude.

La première partie traite du droit de la concurrence et de son champ d'application. Nous présentons brièvement l'institution de la concurrence (chapitre 1), puis le droit suisse de la concurrence (chapitre 2). Nous nous intéressons à la Constitution économique, plus précisément à la liberté économique, au principe de la liberté économique, au principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence ainsi qu'au principe de l'égalité de traitement entre concurrents. Les lois étudiées sont la LCart, la LSPr et la LCD. Dans les chapitres 3 à 7, nous dégagons leurs conditions d'application et exposons les conséquences de leur application et l'articulation entre ces lois.

La deuxième partie présente le secteur de la santé. Après avoir délimité la notion et explicité les principaux enjeux (chapitre 1), nous abordons deux questions centrales. Nous analysons, en premier lieu, quels sont les acteurs engagés dans le secteur et les réglementations applicables (chapitre

2). Les caractéristiques principales des particuliers, puis des fournisseurs de soins admis et non admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins sont examinées. A ce stade, nous nous concentrons spécialement sur les établissements hospitaliers ainsi que sur les médecins. Nous présentons ensuite la situation des assureurs en distinguant l'assurance-maladie sociale et complémentaire. Nous terminons par l'Etat et les différents rôles qu'il revêt. En second lieu (chapitre 3), nous analysons le régime de la fixation des tarifs et des prix des prestations de santé dans l'assurance-maladie obligatoire et dans l'assurance-maladie complémentaire. En effet, le prix des prestations peut être, selon les cas, fixé par un ou plusieurs fournisseurs de soins, par un accord avec les assureurs ou par l'Etat. Plusieurs acteurs sont engagés.

La partie spéciale de notre étude, consacrée à l'examen concret de l'application du droit de la concurrence dans le domaine des soins, tels que circonscrits dans la partie générale, fait l'objet des parties III à VI.

La troisième partie se concentre sur le droit de la concurrence et sur les tarifs des prestations. Nous étudions l'application de la LCart et de la LSPr, en distinguant la prise en charge par l'assurance-maladie de base de celle par l'assurance-maladie complémentaire (chapitre 1 à 4). Le chapitre 5 propose une analyse du système retenu. Deux raisons principales nous ont poussée à commencer notre partie spéciale par ce thème. D'une part, la fixation des prix engage plusieurs acteurs. Elle se fonde sur des règles générales, puis sur certaines règles spéciales en lien avec le fournisseur de soins concerné par le tarif. Nous présentons en premier lieu ces règles générales. Les spécificités en lien avec les tarifs hospitaliers et médicaux seront toutefois précisées dans leur partie respective (IV et V). D'autre part, le paramètre économique central est le prix, de sorte qu'il nous est paru opportun de le traiter en premier lieu.

Les trois dernières parties portent sur l'étude des principaux acteurs du secteur de la santé, à savoir les établissements hospitaliers (quatrième partie), les médecins (cinquième partie) et les assureurs (sixième partie). Pour examiner l'application du droit de la concurrence dans ces cas, nous suivons une systématique identique. Nous commençons par la Constitution économique, puis nous continuons par l'application des trois lois étudiées : la LCart, la LSPr et la LCD. Chaque chapitre sera dédié à l'examen d'une question spéciale en lien avec ces lois, dans l'ordre mentionné. Chacune des parties se termine par une analyse du système. Il sera

pour nous l'occasion de revenir sur certains points que nous jugeons particulièrement sensibles et de proposer un commentaire plus personnel.

Nous terminons par une conclusion qui propose, en premier lieu, une synthèse par domaines du droit de la concurrence étudiés. En second lieu, nous présentons les perspectives, résultat des analyses proposées à la fin de nos quatre parties spéciales.

Note : les développements des textes de droit, de la pratique des différents organes étatiques ainsi que la doctrine ont été pris en compte jusqu'au 1^{er} octobre 2018.

Première Partie :

**Le droit de la concurrence et
son champ d'application**

INTRODUCTION

La première partie de cette thèse se concentre, d'une manière générale, sur le droit de la concurrence. Nous délimitons brièvement l'institution de la concurrence (chapitre 1). Les principales sources du droit de la concurrence sont présentées dans le chapitre 2.

Une analyse détaillée des champs d'application des lois que nous étudions est ensuite proposée. Nous nous arrêtons sur la LCart (chapitre 3), la LSPr (chapitre 4) et la LCD (chapitre 6). Pour chacune d'elle, nous présentons les conditions d'application personnelle, matérielle, territoriale et temporelle. Nous déterminons également les conséquences de leur application.

Les questions liées à l'articulation entre ces diverses législations font l'objet de chapitres distincts (chapitre 5, 7 et 8).

Chapitre 1 : LA CONCURRENCE

I. LA NOTION DE CONCURRENCE

En droit suisse, comme en droit européen, les dispositions qui traitent de la concurrence et de ses restrictions n'arrêtent pas de définition⁶. Aucune n'a jamais fait l'unanimité⁷, le concept de concurrence efficace étant ouvert⁸. Il nous paraît cependant utile d'avoir une compréhension générale de la concurrence et de ses buts afin d'aller plus avant dans cette étude.

L'idée de concurrence est étroitement liée au système économique fondé sur un marché libéral selon lequel les acteurs intervenant sur un marché sont libres d'y agir aux conditions choisies et d'y développer des échanges⁹. La concurrence, comme concept économique ou économique-juridique, existe lorsqu'il y a une relation entre plusieurs entreprises qui offrent des biens ou des services de même nature, en même temps, et à un groupe identifiable de consommateurs. Chaque entreprise va se trouver dans une relation de rivalité et de compétition avec les autres entités actives sur le même marché¹⁰. La lutte entre ces acteurs et les liens commerciaux tissés avec les fournisseurs et les acheteurs – dans le but de développer des échanges aux meilleures conditions possibles – créent la concurrence¹¹. Celle-ci porte sur la liberté d'action relative aux différents paramètres concurrentiels : le produit, son prix, sa qualité, les quantités, les clients, le lieu d'activité, le service après-vente ou la publicité¹².

⁶ Art. 101 TFUE ; art. 1 LCart.

⁷ Entre autres GOYDER, *Competition*, p. 8 ; MARTENET/HEINEMANN, *Concurrence*, p. 27 ; KILLIAS, *Application*, p. 12, n. 2.

⁸ MARTENET/HEINEMANN, *Concurrence*, p. 27 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 20 N 1. En droit allemand, SCHMIDT, *Wettbewerbspolitik*, p. 62.

⁹ CR *Concurrence-TERCIER/MARTENET*, *Introduction générale*, N 2 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 20 N 2.

¹⁰ GOYDER, *Competition*, p. 8. Cf. également ZÄCH, *Kartellrecht*, N 10 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 20 N 1 s. ; OESCH/ROLF/WEBER, *Einleitung*, N 1 s ; WEBER, *Einleitung*, p. 5.

¹¹ A ce propos Mess-LCart, p. 477 ; CR *Concurrence-TERCIER/MARTENET*, *Introduction générale*, N 2 ; GOYDER, *Competition*, p. 8 ; ZÄCH, *Kartellrecht*, N 10 et 12 ; MARTENET/HEINEMANN, *Concurrence*, p. 27 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 20 N 1 s.

¹² MARTENET/HEINEMANN, *Concurrence*, p. 28 ; ZÄCH, *Kartellrecht*, N 277.

Ce régime assure une dynamique des échanges. Il permet de garantir une économie efficace et d'atteindre, dans ce contexte, un équilibre entre l'offre et la demande¹³. La concurrence remplit un certain nombre de fonctions dans une économie de marché. « Elle oriente l'offre selon les préférences des consommateurs, conduit à l'engagement efficace des facteurs de production, crée des indications à l'amélioration des prestations, encourage l'innovation (des produits et des procédés) et contraint à s'adapter sans cesse au changement »¹⁴. Le développement d'une politique en matière de concurrence est nécessaire afin de créer les conditions de la réalisation d'une concurrence efficace¹⁵.

La notion d'économie de marché et la concurrence qui en découle s'opposent au modèle d'économie planifiée¹⁶. De manière excessivement sommaire, les choix en matière d'économie y sont faits par l'Etat.

II. LA POLITIQUE EN MATIÈRE DE CONCURRENCE

Le choix de la concurrence repose sur les conclusions des théories économiques modernes. Ces modèles généraux sont nuancés et leurs développements discutés¹⁷. Il n'est pas question de présenter ici les fondements économiques du droit de la concurrence. En revanche, nous évoquons les grandes lignes des choix de la Suisse.

Malgré le fait que de profondes divergences subsistent sur son efficacité et sa mise en œuvre, le système suisse reconnaît comme principe la primauté de la concurrence¹⁸. Le but premier de la politique de la concurrence est de créer sur les marchés les conditions de réalisation d'une concurrence efficace, dans la mesure où une concurrence insuffisante « est synonyme de prix trop élevés, d'offre réduite, de productivité stagnante et, finalement, de compétitivité moribonde à l'échelle d'une économie

¹³ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 2 s. Cf. également ZÄCH, Kartellrecht, N 42 ss ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 20 N 2.

¹⁴ Mess-LCart, p. 477. Cf. également, ZÄCH, Kartellrecht, N 10.

¹⁵ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 20 N 2.

¹⁶ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 2.

¹⁷ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 4. Cf. à propos des fondements économiques, ZÄCH, Kartellrecht, N 96 ss.

¹⁸ Art. 27 et 94 Cst. Mess-Cst., p. 294 et 297 ; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 4 ; OGGIER, Bildung, p. 88.

nationale »¹⁹. Cette reconnaissance n'a cependant pas un caractère absolu et ne constitue pas un but en soi. D'une part, on sait que le système, poussé à son état le plus pur, comporte des risques²⁰. D'autre part, le législateur doit également mettre en œuvre d'autres intérêts, ce qui implique parfois des restrictions²¹. L'objectif – et même le défi – est de « trouver un équilibre acceptable entre le fonctionnement de la concurrence et la sauvegarde des autres intérêts généraux »²².

Dans plusieurs domaines, les autorités politiques ont dû réfléchir à l'efficacité d'un régime de concurrence. Il est parfois jugé nécessaire de s'écarter du principe de libre concurrence, et ce par une intervention plus ou moins étendue de l'Etat dans l'économie²³. Le domaine de la santé est un exemple frappant. Il contient une multitude de règles qui ajustent ou dérogent à ce principe général. Nous identifierons quel est le choix du législateur en lien avec l'application du droit de la concurrence dans le cadre des prestations de soins et de leur financement.

¹⁹ Mess-LCart, p. 477. Cf. également RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 20 N 2. Sur les liens entre concurrence et régulations, FRISON-ROCHE, *Régulation*, N 15 ss.

²⁰ La libre concurrence peut conduire à la destruction de la concurrence (« paradoxe de la liberté »). Le droit de la concurrence pose des conditions-cadre et restreint la liberté de certains acteurs. Cf. not. MARTENET/HEINEMANN, *Concurrence*, p. 2 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 20 N 4.

²¹ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 20 N 2 ; MARTENET/HEINEMANN, *Concurrence*, p. 2. Cf. aussi OGGIER, *Bildung*, p. 88.

²² CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, *Introduction générale*, N 5.

²³ Ces limitations peuvent prendre deux formes : elles peuvent découler de prescriptions légales (cf. art. 3 al. 1 LCart) ou découler du pouvoir octroyé à une autorité politique (art. 8, 11 et 31 LCart). Cf. CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, *Introduction générale*, N 199 ss. Sur la régulation comme conséquence des défaillances de marchés, FRISON-ROCHE, *Régulation*, N 30 ss.

Chapitre 2 : LE DROIT SUISSE DE LA CONCURRENCE

Dans le présent chapitre, nous présentons les contours du droit suisse de la concurrence (I), puis nous examinons les sources pertinentes – à savoir la Cst., la LCart, la LSPr et la LCD (II).

I. LES DÉLIMITATIONS

Le droit suisse de la concurrence fait partie de la politique économique²⁴. Dans son acception la plus large²⁵, il « désigne l'ensemble des normes directement destinées à aménager le fonctionnement de la concurrence sur un marché »²⁶. Le marché étant principalement celui de la Confédération, il est en majorité régi par le droit suisse, mais aussi par les actes internationaux liant la Suisse²⁷.

Le droit de la concurrence au sens large peut être divisé en deux volets, selon le but des différentes législations. Le premier volet est celui de la concurrence déloyale²⁸. Il se concentre sur le comportement des entreprises²⁹ et est régi par la Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)³⁰.

Le second volet, à savoir le droit de la concurrence *stricto sensu*³¹, régleme-
 nte avant tout le fonctionnement de la concurrence comme institution³².

²⁴ MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 1 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 20 N 3.

²⁵ Au sujet des délimitations, nous suivons très largement la classification proposée par TERCIER/MARTENET in : CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 7 ss.

²⁶ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 8. Cf. OESCH/ROLF/WEBER, Einleitung, N 9.

²⁷ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 8 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 20 N 39 ss ; OESCH/ROLF/WEBER, Einleitung, N 13 ss.

²⁸ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 10 ss.

²⁹ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 11 ss ; OESCH/ROLF/WEBER, Einleitung, N 30.

³⁰ Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986 (LCD), RS 241.

³¹ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 10 ss.

L'angle d'approche est la concurrence et non les relations individuelles. L'idée est de limiter, contrôler et supprimer les restrictions à la concurrence³³. Ces restrictions peuvent être de deux natures : on différencie les restrictions de nature privée ou traitées comme telles des restrictions de nature publique³⁴.

Les restrictions de nature privée ou traitées comme telles peuvent découler d'ententes passées entre des entreprises actives sur un marché déterminé, de comportements d'entreprises en position dominante ou de concentrations d'entreprises créant ou renforçant des positions dominantes³⁵. On parle des trois piliers du droit de la concurrence. La Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart)³⁶ – noyau de la matière – a pour objet la réglementation de ces restrictions. La Loi fédérale du 20 décembre 1985 sur la surveillance des prix (LSPr)³⁷ lui est complémentaire³⁸.

Les restrictions de nature publique sont issues de réglementations adoptées pour des objectifs autres que la concurrence, mais qui ont un impact direct sur celle-ci³⁹ en excluant, limitant ou provoquant des distorsions de concurrence entre entreprises agissant sur un marché⁴⁰. Elles sont fondées sur des règles de droit public⁴¹ et font partie intégrante du droit de la concurrence. Les autorités administratives de la concurrence ont la compétence pour intervenir – principalement par le biais de recommandations

³² Pour un propos plus précis et nuancé, cf. CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 194 ss où il est question de la garantie individuelle, et personnelle ainsi que de la maximisation indirecte du bien-être des consommateurs.

³³ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 14.

³⁴ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 18 ; OESCH/ROLF/WEBER, Einleitung, N 30 ss.

³⁵ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 16.

³⁶ Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995 (LCart), RS 251.

³⁷ Loi fédérale sur la surveillance des prix du 20 décembre 1985 (LSPr), RS 942.20.

³⁸ Mess-LSPr, p. 802 ; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 18.

³⁹ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 20.

⁴⁰ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 20.

⁴¹ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 281 ss.

ou de la procédure de consultation (art. 45 ss⁴² et 14 s. LSP⁴³)⁴⁴. Ces éléments sont centraux dans le cadre de notre étude, car certaines réglementations dans le secteur de la santé comportent de telles restrictions. Les restrictions de droit public sont également cadrées par les art. 8 et 10 de la Loi fédérale sur le marché intérieur (LMI)⁴⁵⁻⁴⁶ et par la Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce (LETC)⁴⁷⁻⁴⁸. Ces deux lois ne seront en revanche pas examinées. La LETC n'a en réalité pas d'impact sur les champs étudiés. La LMI vise, quant à elle, la mobilité professionnelle, aspect que nous n'abordons pas dans le présent travail.

II. LES SOURCES

A. La Constitution fédérale

a. La Constitution économique suisse

On appelle Constitution économique suisse l'ensemble des normes de rang constitutionnel, écrites et non écrites, qui fixent les traits essentiels de l'organisation économique nationale⁴⁹. Dans ce contexte, le droit de la

⁴² La Comco a la mission d'observer de façon suivie la concurrence. Elle a également la possibilité d'adresser des recommandations, dans le but de promouvoir une concurrence efficace. Ces recommandations – ou avis – peuvent être adressées aux autorités législatives qui élaborent des normes ou aux autorités d'exécution. Cf. CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 284 s.

⁴³ Le Surveillant des prix est aussi consulté lors de l'élaboration de législations, dans la mesure où elles concernent la fixation ou l'approbation de prix administrés (art. 14 LSP). Cf. CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 286. Cf. OESCH/ROLF/WEBER, Einleitung, N 30 s.

⁴⁴ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 21 et 281.

⁴⁵ Loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI), RS 943.02.

⁴⁶ Art. 1 LMI. CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 22, 176 ss et 288 ; OESCH/ROLF/WEBER, Einleitung, N 31.

⁴⁷ Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce du 6 octobre 1996 (LETC), RS 946.51.

⁴⁸ CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 289 ; OESCH/ROLF/WEBER, Einleitung, N 31.

⁴⁹ GYGI/RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, p. 30 et 39 s. ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 884 ; BIAGGINI, Wirtschaftsverfassung, p. 52 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 3 N 20 et § 5 N 28 ; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Intro-

concurrence repose sur deux fondements constitutionnels⁵⁰ : la liberté économique (b) et les dispositions attributives de compétence à la Confédération (c). Nous traitons ensuite des principes de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence et d'égalité de traitement des concurrents économiques – principes déduits de la liberté économique (d).

b. La liberté économique

La liberté économique a un double ancrage constitutionnel, à la fois dans le catalogue des droits fondamentaux (art. 27 Cst.) et à la fois comme principe de l'ordre économique (art. 94 Cst.)⁵¹.

Cette garantie constitutionnelle revêt trois fonctions. Premièrement, elle remplit une fonction individuelle en offrant une protection constitutionnelle aux individus, principalement à travers l'art. 27 Cst. qui prévoit un droit fondamental⁵². Deuxièmement, elle remplit une fonction institutionnelle. Comme cela ressort de la lecture combinée des art. 27 et 94 (spécialement l'al. 1), la Constitution donne une information sur le système économique retenu⁵³. Ces deux aspects sont étroitement liés et ne doivent pas être considérés isolément⁵⁴. Finalement, elle revêt une fonction fédérative. L'idée est d'établir un marché commun, unique et unifié (cf. art. 95 Cst.)⁵⁵.

duction générale, N 28 ss ; HÄNNI/STÖCKLI, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, N 1 ; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, *Verfassungsrecht*, N 3098.

⁵⁰ Cf. not. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 20 N 5.

⁵¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droits fondamentaux*, N 899 ; StG Komm. BV, vol.1-VALLENDER, Art. 94, N 4 ; REICH, *Wirtschaftsfreiheit*, N 102. Selon HÄNNI/STÖCKLI, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, N 36, les art. 27 et 94 Cst. forment la Constitution économique au sens étroit.

⁵² ATF 138 I 378, c. 6.1, JdT 2014 I 3 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droits fondamentaux*, N 899, 903 ss et 944 ss ; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, *Introduction générale*, N 28 ss ; StG Komm. BV, vol.1-VALLENDER, Art. 94, N 4 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 5 N 2 et 13 ss.

⁵³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droits fondamentaux*, N 903 ss et 944 ss ; HOTTELIER, *Liberté économique*, N 10 ss ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 5 N 2 et 17. Cf. également Mess-Cst., p. 301.

⁵⁴ ATF 138 I 378, c. 6.1, JdT 2014 I 3.

⁵⁵ Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droits fondamentaux*, N 915 ss ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 5 N 18.

(i) La fonction individuelle

La liberté économique, prévue à l'art. 27 Cst., comme droit fondamental et garantie individuelle, protège matériellement toute activité économique lucrative privée, exercée à titre professionnel, de manière indépendante ou dépendante et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu⁵⁶. D'un point de vue personnel, toute personne, physique ou morale, indépendante ou non, qui exerce une telle activité, dans la mesure où elle n'est pas exclue du champ de protection en raison de sa nationalité, peut l'invoquer⁵⁷. La protection vise l'offre, soit les personnes qui produisent, mais non les consommateurs⁵⁸. Les collectivités publiques n'en sont pas non plus bénéficiaires⁵⁹.

La portée de l'art. 27 Cst. est principalement verticale et impose des obligations aux autorités étatiques⁶⁰, mais l'on considère également qu'il a un effet horizontal direct, conformément à l'art. 35 al. 3 Cst.⁶¹.

⁵⁶ ATF 136 I 17, c. 3.2, JdT 2010 I 374 ; ATF 134 I 214, c. 3 (fr) et les réf. citées ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 882 et 904 s. ; GYGI/RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, p. 55 ; HOTTELIER, Liberté économique, N 10 et N 30 s. ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 5 N 13, 24 et 28 ss ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 38 ; REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 107 ss ; BSK BV-UHLMANN, Art. 27, N 3 ss.

⁵⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 931 ss ; GYGI/RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, p. 56 ss ; HOTTELIER, Liberté économique, N 10 et 20 ss ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 5 N 25 et 66 ss ; REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 137 ss ; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 3219 ss ; BSK BV-UHLMANN, Art. 27, N 28 ss ; HOFMANN, Clause du besoin, p. 792

⁵⁸ La liberté économique ne comprend donc pas la liberté de consommation. Cf. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 933 ; GYGI/RICHLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, p. 57 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 5 N 31 s.

⁵⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 946 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 5 N 44 ss ; REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 142 ; BSK BV-UHLMANN, Art. 27, N 32.

⁶⁰ Celles-ci doivent s'abstenir d'intervenir, mais aussi de prendre des mesures restreignant l'exercice de la libre concurrence des agents économiques. CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 33 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 123 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 5 N 14 s. ; REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 104 s.

La garantie n'est pas absolue ; l'art. 36 Cst. fixe les conditions aux mesures restrictives et l'art. 94 Cst. aux mesures dérogoires⁶².

(ii) La fonction institutionnelle

Les art. 27 et 94 donnent une information sur le système économique⁶³. Cette dimension exprime le choix d'un système économique libéral fondé sur la concurrence et sur les principes de l'économie de marché⁶⁴.

L'art. 94 Cst. est la principale manifestation de la dimension institutionnelle. Il consacre, à son al. 1, le principe de la liberté économique. En outre, selon l'al. 2, la Confédération et les cantons doivent sauvegarder les intérêts de l'économie nationale et contribuer, avec le secteur de l'économie privée, à la prospérité et la sécurité économique de la population. Toute activité étatique (législative notamment) dans le secteur de l'économie doit être exercée en vue d'atteindre ces buts⁶⁵. L'al. 3 prévoit que, dans les limites de leurs compétences respectives, la Confédération et les cantons veillent à créer un environnement favorable au secteur de l'économie. Le rôle de la Confédération et des cantons est d'adopter les conditions-cadre qui permettent de faciliter les activités économiques des agents privés⁶⁶. Les destinataires de l'art. 94 Cst. sont les législateurs fédéraux et cantonaux ainsi que les autorités publiques⁶⁷ ; les particuliers ne sont pas titulaires de droits subjectifs.

Comme garantie institutionnelle, le principe de la liberté économique a une portée principalement négative. L'Etat doit adopter un comportement

⁶¹ Mess-Cst., p. 193 ss ; MARTENET, Liberté, p. 968 s. ; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 33 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 124.

⁶² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 959 ss ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 5 N 80 ss.

⁶³ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 903 ss et 944 ss ; HOTTELIER, Liberté économique, N 10 ss ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 5 N 2 et 17. Cf. également Mess-Cst., p. 301.

⁶⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 909. Relativement à l'art. 94 Cst., Mess-Cst., p. 298 ; ATF 138 I 378, c. 6.1, JdT 2014 I 3 ; StG Komm. BV, vol. 1-VALLENDER, Art. 94, N 4 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 899 et 904 ss. Relativement à la fonction institutionnelle de l'art. 27 Cst. Cf. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 5 N 17.

⁶⁵ Mess-Cst., p. 300.

⁶⁶ Mess-Cst., p. 299 ; BSK BV-UHLMANN, Art. 94, N 18 ss.

⁶⁷ Mess-Cst., p. 298. Cf. aussi REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 831 s.

neutre ; il ne peut pas prendre des mesures capables de supprimer ou de fausser la concurrence entre les acteurs privés⁶⁸. Ce principe n'est toutefois pas absolu et des dérogations sont possibles aux conditions restrictives de l'art. 94 al. 4 Cst.⁶⁹. Une dérogation peut aller plus loin qu'une restriction et peut même conduire au rejet de la concurrence sur un point particulier⁷⁰.

(iii) La fonction fédérative

L'art 27 Cst. garantit la liberté économique sur tout le territoire et revêt en ce sens une fonction fédérative. L'idée est d'établir un marché commun, unique et unifié. Cette volonté ressort plus expressément de l'art. 95 Cst. qui prévoit que la Confédération veille à créer un espace économique suisse unique et garantit aux personnes qui justifient d'une formation universitaire ou d'une formation fédérale, cantonale ou reconnue par le canton, la possibilité d'exercer leur profession dans toute la Suisse.⁷¹ La dimension fédérative est principalement couverte et mise en œuvre par la LMI⁷², loi qui ne fait pas l'objet d'un examen dans notre étude.

c. La politique en matière de concurrence

Le deuxième fondement constitutionnel du droit de la concurrence se trouve dans les dispositions attributives de compétence (art. 96 ss Cst.). Aujourd'hui⁷³, l'art. 96 Cst. intitulé « politique en matière de concurrence » est pour nous central. Il contient trois axes, constituant chacun le fondement d'une loi.

Le premier axe est celui de la « lutte contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation

⁶⁸ Mess-Cst., p. 298 ; StG Komm. BV, vol.1-VALLENDER, Art. 94, N 5.

⁶⁹ Mess-Cst., p. 300 ss ; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 32 ; BSK BV-UHLMANN, Art. 94, N 21 ss.

⁷⁰ Au sujet des conditions et des différents types de dérogations, cf. StG Komm. BV, vol.1-VALLENDER, Art. 94, N 5 ss ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 959 ss.

⁷¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 915.

⁷² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 918 ; RHI-NOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 5 N 18.

⁷³ Cet article reprend les art. 31^{bis} et 31^{septies} aCst.

de la concurrence » (art. 96 al. 1 Cst.), aspect relevant de la LCart⁷⁴. L'art. 96 al. 1 Cst. s'adresse à la Confédération et lui octroie une compétence législative⁷⁵. Le deuxième axe est celui de l'adoption de mesures contre « la fixation des prix abusifs par des entreprises ou des organisations de droit privé ou de droit public occupant une position dominante sur le marché » (art. 96 al. 2 let. a Cst.)⁷⁶. La loi fédérale sur la surveillance des prix en constitue la principale mise en œuvre, bien que la LCart joue également un rôle. Le troisième axe concerne la lutte contre la concurrence déloyale (art. 96 al. 2 let. b Cst.) et vise à garantir une concurrence loyale et non faussée. La loi contre la concurrence déloyale se voit dotée d'une base constitutionnelle expresse⁷⁷.

d. Le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence et le principe de l'égalité de traitement entre concurrents économiques

La liberté économique (art. 27 Cst.) et le principe de la liberté économique (art. 94 Cst.) influencent le comportement que l'Etat doit ou ne doit pas adopter⁷⁸. Le principe de la neutralité concurrentielle de l'Etat (i) et l'exigence de l'égalité de traitement entre concurrents économiques (ii) en sont des concrétisations – doctrinales et jurisprudentielles – non garanties expressément par la Constitution. Ces deux principes et les conséquences pour l'Etat lorsqu'il intervient dans l'économie sont dignes d'intérêt puisque celui-ci est un acteur central du secteur de la santé. Ils auront également de l'importance dans la suite de notre étude, notamment lorsque nous concluons, dans la partie spéciale, que la LCart, la LSPr ou la LCD ne sont pas applicables.

⁷⁴ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 20 N 1 ss, 10 et 22 ; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, *Introduction générale*, N 46 ss ; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, *Verfassungsrecht*, N 3135 ss. Cf. également Mess-Cst., p. 305 ; VALLENDER, *Wirtschaft*, § 61 N 12.

⁷⁵ Cette compétence ressortait déjà de l'art. 31^{bis} Cst. Il s'agit d'une compétence concurrente et non limitée au principe. CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, *Introduction générale*, N 49 s. Cf. aussi StG Komm. BV, vol.2-JACOBS, Art. 96, N 11.

⁷⁶ Il reprend l'art. 31^{septies} aCst. Mess-LSPr, p. 794 ; Mess-Cst., p. 306. Cf. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, *Verfassungsrecht*, N 3140 ss.

⁷⁷ Il reprend l'art. 31^{bis} aCst. Cf. Mess-Cst., p. 306. Cf. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, *Verfassungsrecht*, N 3149b ss.

⁷⁸ HOFMANN, *Liberté économique*, p. 82 ; BIAGGINI, *BV Kommentar ad Art. 27*, N 3.

(i) La neutralité de l'Etat en matière de concurrence

Le principe institutionnel de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence a été développé sous l'empire de l'aCst. et est présenté comme une concrétisation de la liberté du commerce et de l'industrie (art. 31 aCst)⁷⁹. Lors de la révision constitutionnelle de 1999, il n'a pas été codifié, mais la doctrine et la jurisprudence l'ont maintenu et développé. Ainsi, une incertitude subsiste quant à son ancrage. La doctrine majoritaire, que nous suivons, penche pour un rattachement au principe de la liberté économique (art. 94. Cst)⁸⁰. Ainsi, un particulier ne peut l'invoquer seul, aucun droit subjectif ne peut en être déduit⁸¹, mais doit le rattacher à un autre droit fondamental⁸².

Il est très rare de trouver une définition abstraite de ce principe⁸³. Tant la jurisprudence que la doctrine n'en traitent que dans un cas concret et l'abordent au moyen d'exemples⁸⁴. On peut cependant tirer quelques caractéristiques de ces développements exemplatifs. Il s'agit d'un principe institutionnel qui guide l'activité de l'Etat. Il vise tant la Confédération que les cantons et les communes et lie le législateur, le pouvoir exécutif, mais également les entreprises étatiques ou qui exercent une tâche pu-

⁷⁹ BIAGGINI, *Wirtschaftsfreiheit*, N 21. Comp. ATF 125 I 417, c. 4a, RDAF 2000 I 699. Cf. également ATF 123 I 12, c. 2a, JdT 1999 I 563 ; ATF 120 Ib 142, c. 3b, JdT 1996 I 643 ; ATF 121 I 129, c. 3b, JdT 1997 I 258 ; ATF 118 Ia 175, c. 1 ; JdT 1994 I 643.

⁸⁰ HOFMANN, *Liberté économique*, p. 90 ; BIAGGINI, *BV Kommentar ad art. 94*, N 1 s. ; BIAGGINI, *Einschränkungen*, p. 9 ; MARTENET, *Autorité*, p. 976. En revanche, le TF semble plutôt considérer que l'exigence de neutralité concurrentielle de l'Etat se fonde tant sur l'art. 27 Cst., que sur l'art. 94 Cst., cf TF, arrêt 2A.408/2002 du 13 février 2004, c. 2.4.5 ; TF, arrêt 2A.452 du 4 mars 2004, c. 5.1.

⁸¹ ATF 124 II 193, c. 8.1, RDAF 1998 II 387, confirmé in : ATF 125 II 326, c. 10a, RDAF 1999 II 483. Une partie de la doctrine critique cette jurisprudence et considère que le principe est suffisamment concrétisé au niveau constitutionnel et qu'il devrait également permettre à un particulier de faire valoir un droit à ce que l'Etat ne privilégie pas certains acteurs économiques au détriment d'autres. Cf. HOFMANN, *Liberté économique*, p. 94 s.

⁸² Le destinataire de l'art. 94 Cst. est l'Etat.

⁸³ SCHÖNBÄCHLER s'est essayé à l'exercice et la définit comme « l'attitude impartiale de l'Etat face aux participants qui se font concurrence sur le libre marché ». Cf. SCHÖNBÄCHLER, *Wettbewerbsneutralität*, p. 161.

⁸⁴ Cf. HOFMANN, *Liberté économique*, p. 91.

blique⁸⁵. Selon nous, il peut être mis au même rang que les principes figurant à l'art. 5 Cst.

Plus concrètement, le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence exprime l'interdiction de principe des mesures étatiques distordant la concurrence⁸⁶. Il est possible de dégager, de manière schématique, deux volets. Tout d'abord, il exige, en principe, que l'Etat s'abstienne d'intervenir dans les rapports entre privés. Les acteurs économiques doivent pouvoir agir le plus librement possible⁸⁷. En revanche – et là se situe le second volet – ce principe ne commande pas pour autant que l'Etat s'abstienne de toute ingérence. En pratique, il existe de nombreux domaines économiques où l'Etat intervient⁸⁸. Dans ce cas, le principe lui impose de garder un comportement principalement neutre et de ne pas fausser le libre jeu de la concurrence⁸⁹. Ainsi, il s'agit d'une interdiction fondamentale des mesures de politique économique, soit des mesures qui empêchent la libre concurrence dans le but de protéger ou de favoriser certaines branches d'activité ou certaines formes d'exploitation ou dans le but d'avantager ou de désavantager un concurrent au profit d'autres ou des mesures qui ont pour but de diriger la vie économique selon un plan déterminé⁹⁰. En revanche, l'intervention peut être motivée par un but de police ou de politique sociale⁹¹.

⁸⁵ Cf. par exemple ATF 120 Ia 236, c. 2b, JdT 1996 I 15 ; ATF 121 I 129, c. 3d ; JdT 1997 I 258 ; ATF 138 I 378, c. 9.1, JdT 2014 I 3. Cf. MARTENET, *Autorité*, p. 976.

⁸⁶ Cf. p. ex. ATF 121 I 129, c. 3.d, JdT 1997 I 258. BIAGGINI, *Wirtschaftsfreiheit*, N 21 ; BIAGGINI, *BV Kommentar ad art. 94*, N 5.

⁸⁷ Comp. HOFMANN, *Liberté économique*, p. 91.

⁸⁸ HOFMANN, *Liberté économique*, p. 92 ; JAAG, *Wettbewerbsneutralität*, p. 479 ss.

⁸⁹ BIAGGINI, *Wirtschaftsfreiheit*, N 21 ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, *Wirtschaftsfreiheit*, § 5 N 70.

⁹⁰ Cf. not. ATF 111 Ia 184, c. 2b, JdT 1987 I 35 ; ATF 119 Ia 35, c. 3b, JdT 1995 I 309 ; ATF 123 I 12, c. 2a, JdT 1999 I 563 ; ATF 121 I 129, c. 3d, JdT 1997 I 258 ; ATF 121 I 279, c. 6c.cc, JdT 1997 I 264 ; ATF 130 II 87, c. 3, RDAF 2005 I 519 ; TF, arrêt 2A.408/2002 du 13 février 2004, c. 2.4.5 ; BIAGGINI, *Wirtschaftsfreiheit*, N 21 ; BIAGGINI, *BV Kommentar ad art. 94*, N 5 ; HOFMANN, *Liberté économique*, p. 90 ; MARTENET, *Géométrie*, p. 595 ; JAAG, *Wettbewerbsneutralität*, p. 478.

⁹¹ Cf. p. ex. ATF 121 I 129, c. 3a, JdT 1997 I 258 ; ATF 120 Ia 286, c. 2.c.bb, JdT 1996 I 645 ; ATF 119 Ia 35, c. 6.a, JdT 1995 I 309.

La neutralité concurrentielle de l'Etat, en tant que principe directeur, n'est pas absolue et des aménagements sont possibles⁹². A l'examen de la jurisprudence, on constate que lorsque le TF se penche sur le principe et que l'attitude concurrentielle de l'Etat est questionnable, il examine si l'action est fondée sur une base légale, si elle répond à un intérêt public et si elle est proportionnée⁹³. En revanche, il ne fait jamais mention de l'art. 36 Cst. Selon nous, le TF, en agissant de la sorte, applique implicitement les conditions de l'art. 5 Cst. (ou applique éventuellement l'art. 36 par analogie)⁹⁴.

Il nous paraît intéressant de mettre en relief le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence.

Tout d'abord, l'Etat ne peut en principe pas soutenir ou protéger une entreprise ou une profession au détriment des concurrents⁹⁵. Par exemple, le TF a jugé en 1981 qu'une loi cantonale ne peut contenir de normes qui tendent à protéger les professions médicales contre toute concurrence. Une telle loi constituait une restriction de politique économique prohibée, à moins que la Constitution ne le permette⁹⁶. Cet arrêt fait référence aux clauses du besoin, soit à la restriction étatique du nombre d'entreprises admises à exercer une activité commerciale⁹⁷. Une telle mesure est, sur le principe, incompatible avec l'exigence de neutralité⁹⁸. Or, la Confédération a soumis l'accès à l'exercice des professions de la santé à une clause du besoin pour les prestations remboursées par l'assurance-maladie obligatoire. Nous y revenons dans la Partie V.

⁹² En ce sens, BIAGGINI, BV Kommentar ad art. 94, N 6.

⁹³ L'ATF 130 I 26, c. 6.3.3, JdT 2005 I 143 montre très bien l'examen du TF.

⁹⁴ En revanche, nous considérons que l'art. 94. al. 4 Cst., qui concerne avant tout la clause du besoin et dans une mesure plus controversée les monopoles, ne s'applique pas, bien que le principe de la neutralité soit déduit de l'art. 94 al. 1 Cst. – à l'exception d'un cas de clause du besoin. Notons que le TF applique parfois l'art. 36 Cst., cf. ATF 129 II 497, c. 5.7 (fr), bien qu'il ne l'examine pas en l'espèce.

⁹⁵ MARTENET, Géométrie, p. 595 ; JAAG, Wettbewerbsneutralität, p. 478 ; HOFMANN, Liberté économique, p. 91.

⁹⁶ ATF 107 Ia 340, c. 2b, JdT 1983 I 256.

⁹⁷ BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, N 21.

⁹⁸ ATF 107 Ia 340, c. 2b, JdT 1983 I 256 ; BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, N 21.

Ensuite, l'Etat ne peut pas planifier une répartition stricte du marché⁹⁹. En 2000, le Conseil fédéral avait déterminé qu'une planification hospitalière étatique n'était pas conforme à la liberté économique telle que prévue par l'art. 94 Cst.¹⁰⁰. Aujourd'hui, la base légale pour la planification hospitalière se trouve à l'art. 39 LAMal. Nous nous attardons sur cette question dans la Partie IV.

L'Etat ne doit pas non plus influencer les prix ou comportements des acteurs économiques¹⁰¹. Concernant l'influence sur les prix, l'examen d'un aménagement du principe est nécessaire. Une prescription tarifaire motivée par des motifs de politique économique est une mesure incompatible avec le principe de la neutralité. Ce n'est pas le cas lorsqu'elle est justifiée par un but de police ou de politique sociale¹⁰². A cet égard, nous examinons par exemple les prescriptions tarifaires SwissDRG et Tarmed (partie IV et V).

Finalement, l'Etat limite parfois l'exercice d'une activité privée par la nécessité d'obtenir une autorisation¹⁰³. Nous étudions l'accès à la profession de médecin dans la Partie V.

(ii) Le principe de l'égalité de traitement des concurrents

Le principe de l'égalité de traitement entre concurrents économiques, développé sous l'ancienne Constitution, n'est garanti expressément ni par l'art. 27 ni par l'art. 94 Cst. Les avis sont également partagés quant à son rattachement constitutionnel¹⁰⁴. Le Tribunal fédéral penche plutôt pour un

⁹⁹ HOFMANN, Liberté économique, p. 91.

¹⁰⁰ Décision du Conseil fédéral du 5 juillet 2000, in : RAMA 2001 No KV 183 p. 438, c. 7.1.3.

¹⁰¹ HOFMANN, Liberté économique, p. 91.

¹⁰² ATF 120 Ia 286, c. 2.c.bb, JdT 1996 I 635 ; ATF 119 Ia 35, c. 6.a, JdT 1995 I 309. BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, N 21.

¹⁰³ L'autorisation est une décision. Sur la notion, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 44 N 1 ss.

¹⁰⁴ HOFMANN, Liberté économique, p. 95 ; BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, N 13 ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 5 N 69 ss ; BIAGGINI, Entwicklungsperspektiven, p. 239 ; REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 960 ; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 3204 ; BSK BV-UHLMANN, Art. 27, N 62.

rattachement à l'art. 27 Cst.¹⁰⁵, ce qui permet à un particulier de l'invoquer seul dans un recours.

Selon ce principe, les mesures étatiques ne doivent pas fausser la concurrence entre concurrents directs ; cela implique que ces derniers soient traités de la même manière¹⁰⁶. Selon le TF, il y a concurrents directs lorsque quatre critères sont remplis : il faut être en présence de membres de la même branche, qui s'adressent, avec la même offre, au même public pour assouvir le même besoin¹⁰⁷. La jurisprudence se montre très restrictive et n'admet que rarement l'existence de concurrents directs¹⁰⁸.

Une partie importante de la doctrine critique l'approche du TF et plaide l'élargissement de la définition¹⁰⁹. Elle propose de renoncer aux quatre critères et de les remplacer par celui du marché pertinent : il suffirait que l'on se trouve sur le même marché des produits¹¹⁰ et sur le même marché géographique¹¹¹. Aussi faut-il reprendre le modèle du droit des cartels et déterminer si les marchandises sont interchangeables sur un territoire donné, du point de vue du prix, de la qualité, du but d'utilisation et des

¹⁰⁵ HOFMANN, liberté économique, p. 95 ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 5 N 70.

¹⁰⁶ P. ex. ATF 125 I 431, c. 4.b.aa, RDAF 2000 I 577 ; BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, N 12 ; HOFMANN, Liberté économique, p. 95 ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 5 N 70 ; BSK BV-UHLMANN, Art. 27, N 62 s.

¹⁰⁷ Cf. p. ex. ATF 125 I 431, c. 4.b.aa, RDAF 2000 I 577 ; ATF 125 II 129, c. 10.b, JdT 2000 I 706 ; ATF 121 I 129, c. 3.b, JdT 1997 I 258 ; TF, arrêt 2P.183/2004 du 2 février 2005, c. 5.

¹⁰⁸ BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, N 13 ; HOFMANN, Liberté économique, p. 96 ; POLEDNA/SCHWEIZER, Einsitznahme, p. 362 ; REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 969. Cas où le TF a admis l'existence de concurrents directs : ATF 121 I 129, JdT 1997 I 258 ; ATF 121 I 279, JdT 1997 I 264 ; ATF 119 Ia 445, JdT 1995 I 313.

¹⁰⁹ BIAGGINI, Entwicklungsperspektiven, p. 240 ; BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, N 13 ; MARTENET, Géométrie, p. 490 ss ; HOFMANN, Liberté économique, p. 97 s. ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 5 N 73 ; VEIT, Gleichbehandlung, p. 573 s. ; REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 970.

¹¹⁰ Le marché de produit est défini à l'art. 11 al. 3 let. a de l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE), RS 251.4 et « comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés ».

¹¹¹ Le marché géographique est défini à l'art. 11 al. 3 let. b OCCE et « comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits ».

habitudes des consommateurs¹¹². Comme illustration, le TF s'est penché sur une ordonnance schwyzoise prévoyant que la remise de médicaments se fait, sauf exception, par des pharmaciens. Elle admet cependant des exceptions pour les médecins et dentistes qui sont autorisés à remettre des médicaments en cas d'urgence, lors de visite à domicile et pour assurer les premiers secours. Ils sont également autorisés à gérer une « *Patientenapotheke* » sous leur propre responsabilité, dans la mesure où ils participent au service d'urgence. Le Tribunal se penche sur cette réglementation et l'examine sous l'angle de l'égalité de traitement entre concurrents. Il considère que les pharmaciens ne peuvent faire appel à ce principe, faute d'un lien de concurrence directe avec les médecins. En effet, ces derniers n'ont la possibilité de remettre des médicaments que dans « des situations d'urgence » et à des personnes qui sont des patients directs¹¹³. Si le TF utilisait le critère du marché pertinent, la situation aurait été différente. Médecins et pharmaciens seraient considérés comme concurrents (puisqu'ils agissent sur le même marché des produits et sur le même marché géographique) pour leur activité de fourniture de médicaments¹¹⁴.

Suite à de longs débats doctrinaux, le Tribunal fédéral a déterminé, dans l'arrêt *Margot Knecht*, que le principe d'égalité de traitement entre concurrents a une portée plus large que le principe général d'égalité de traitement prévu à l'art. 8 Cst. (anciennement 4 aCst.)¹¹⁵. Le principe apporte alors une protection contre les différences de traitement des concurrents directs, fondées sur des motifs sérieux et objectifs – respectant donc l'art. 8 Cst. –, mais qui avantagent ou désavantagent un concurrent par des charges différentes, ou par une réglementation étatique de l'accès ou de l'exclusion du marché différente¹¹⁶.

¹¹² VEIT, Gleichbehandlung, p. 574 ; HOFMANN, Liberté économique, p. 98.

¹¹³ TF, arrêt 2P.287/2002 du 22 décembre 2003, c. 2.3. Cet arrêt a été confirmé in : TF, arrêt 2P.131/2004 du 9 mars 2005, c. 2.2. et 2P.324/2003 du 9 mars 2005, c. 2.5.

¹¹⁴ En ce sens, cf. VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 5 N 72.

¹¹⁵ ATF 121 I 129, c. 3d, JdT 1997 I 258.

¹¹⁶ ATF 125 II 129, c. 10.b, JdT 2000 I 706 ; ATF 121 I 129, c. 3d, JdT 1997 I 258. Cf. également. BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, N 13 ; HOFMANN, Liberté économique, p. 98 ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 5 N 74.

Le principe de l'égalité de traitement n'est pas non plus absolu¹¹⁷. La préférence peut être donnée à certains concurrents si les conditions de l'art. 36 Cst. sont remplies¹¹⁸. Le TF considère ainsi que certaines inégalités, inhérentes au système, sont inévitables et qu'une stricte égalité de traitement ne peut être garantie. Il exige cependant de minimiser les inégalités et de viser un comportement concurrentiel correct¹¹⁹. Toutefois, une inégalité de traitement ne peut pas non plus être motivée par une mesure de politique économique¹²⁰.

B. La loi sur les cartels

a. Le but

La loi sur les cartels a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social qui sont imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence. Elle doit promouvoir par là la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondé sur un régime libéral (art. 1 LCart)¹²¹.

b. L'aperçu du contenu de la loi

La loi s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public, qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou qui participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 LCart). En revanche, les autres prescriptions légales,

¹¹⁷ ATF 125 I 431, c. 4.e.aa, RDAF 2000 I 577 ; ATF 125 II 129, c. 10.b, JdT 2000 I 706 ; ATF 121 I 279, c. 3.d, JdT 1997 I 264 ; ATF 128 I 136, c. 4, RDAF 2003 I 441 ; TF, arrêt 2P.278/2004 du 4 avril 2005, c. 3.2 ; TF, arrêt 2P.60/2003 du 5 décembre 2003, c. 4.2 ; BIAGGINI, *Wirtschaftsfreiheit*, N 13 ; HOFMANN, *Liberté économique*, p. 99 ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, *Wirtschaftsfreiheit*, § 5 N 74.

¹¹⁸ TF, arrêt 2P/183 2004 du 9 février 2005, c. 3.1. VALLENDER/HETTICH/LEHNE, *Wirtschaftsfreiheit*, § 5 N 74. REICH, *Wirtschaftsfreiheit*, N 972 propose d'appliquer en outre l'art. 94 al. 4 Cst.

¹¹⁹ BIAGGINI, *Wirtschaftsfreiheit*, N 13.

¹²⁰ Cf. p. ex. ATF 121 I 129, c. 3.d, JdT 1997 I 258 ; ATF 125 II 129, c. 10.b, JdT 2000 I 706.

¹²¹ Sur une analyse du but de la LCart, ZÄCH, *Zweck*, p. 2 ss. CR *Concurrence-MARTENET/TERCIER*, Art. 1, N 1 ss ; WEBER/VOLZ, *Wettbewerbsrecht*, N 1.1 ss ; DUCREY, *Kartellrecht*, N 1371s ; WEBER, *Einleitung*, p. 31 s. ; DUCREY/ZURKINDEN, *Kartellrecht*, N 6 ss.

notamment lorsque des dispositions d'autres lois excluent certains biens ou services de la concurrence, sont réservées (art. 3 al. 1 LCart).

La LCart comprend un volet administratif, largement prépondérant. Lorsqu'elle est applicable, il faut vérifier les dispositions matérielles et apprécier si l'accord en matière de concurrence est licite (art. 5 s. LCart), s'il n'y a pas un abus illicite de la position dominante (art. 7 LCart) ou si la concentration d'entreprises peut être approuvée, respectivement avec charges ou conditions (art. 9 ss LCart). Les autorités en matière de concurrence sont la Commission de la concurrence (Comco) et le Secrétariat. C'est en général le Secrétariat qui mène les enquêtes préalables et les enquêtes. La Comco est compétente, principalement pour rendre des décisions en cas de restrictions illicites à la concurrence et pour approuver les concentrations d'entreprises. Elle a le pouvoir de prononcer des sanctions (art. 49a ss LCart). Les autorités de la concurrence ont également le pouvoir, dans les cas prévus, de rendre des recommandations à d'autres autorités visant à promouvoir une concurrence efficace, des préavis sur des projets d'actes normatifs ou des avis à l'intention d'autres autorités sur des questions touchant la concurrence (art. 45 ss LCart).

La LCart contient aussi des dispositions civiles (art. 12 ss). La personne entravée dans l'accès à la concurrence ou dans son exercice par une restriction illicite à la concurrence peut ouvrir action. En outre, des sanctions pénales sont prévues (art. 54 ss LCart).

C. La loi sur la surveillance des prix

a. Le but

Si la loi sur la surveillance des prix vise également à assurer et maintenir une concurrence efficace¹²², son but premier se limite en revanche à la lutte contre les abus de prix des cartels et des entreprises puissantes sur le marché, ainsi qu'à la surveillance des prix administrés¹²³. Pour que la surveillance des prix garde un effet positif sur l'économie, la notion d'abus en matière de prix ne doit viser que les excès manifestes et notables, le but n'étant pas d'instaurer un véritable contrôle général des

¹²² Mess-LSP, p. 793.

¹²³ Mess-LSP, p. 793 ss et 807 ss ; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 133. Cf. WEBER, PüG, p. 1 ss ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 565.

prix¹²⁴. Ainsi, on retiendra un abus de prix lorsque, sur le marché en question, le niveau de prix n'est pas la conséquence d'une concurrence efficace (art. 11 al. 1 LSPr).

b. L'aperçu du contenu de la loi

Ratione materiae (art. 1 LSPr), la LSPr s'applique au prix des marchandises et des services, à l'exception de la rémunération du travail. Elle s'applique également au prix des crédits. *Ratione personae* (art. 2 LSPr), la loi vise les entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à un accord en matière de concurrence au sens de la LCart ou qui sont en position de puissance sur le marché. Cette notion de puissance sur le marché est plus facilement atteinte que celle de position dominante, notion relevant des dispositions matérielles de la LCart¹²⁵.

Sur le plan institutionnel, le Surveillant des prix – doté d'un pouvoir de décision¹²⁶ – a pour tâche principale d'observer l'évolution des prix et d'empêcher les augmentations et le maintien de prix abusifs. Pour qu'il puisse remplir ses fonctions, une série de mécanismes est mise en place.

Le Surveillant des prix entretient également des relations avec des autorités étatiques, chargées de réguler le prix d'un produit¹²⁷. Ces aspects sont réglés par les art. 14 LSPr, qui attribue des compétences au Surveillant lorsqu'un prix est fixé ou approuvé par une autorité, et 15 LSPr, qui fixe les mesures lorsque la Surveillance émane d'une autre institution. On se trouve ici dans le cas d'éventuelles restrictions à la concurrence de nature publique. Dans le secteur de la santé, une grande partie des prestations sont facturées sur la base de tarifs qui sont fixés ou autorisés par des autorités. Les art. 14 et 15 LSPr sont ainsi centraux pour notre étude.

La LSPr contient finalement diverses dispositions procédurales (art. 17 ss LSPr) et pénales (art. 23 ss LSPr).

¹²⁴ Mess-LSPr, p. 793. Cf. art. 12 et 13 LSPr.

¹²⁵ Lors de la révision de la LCart de 1995, la LSPr a été modifiée pour reprendre la nouvelle terminologie utilisée dans la loi sur les cartels. En revanche, la modification de la LCart de 2003 n'a pas été intégrée dans la LSPr. Cf. RO 1996 546, p. 563 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 2, N 2 ; WEBER, PüG, N 23.

¹²⁶ Art. 7 LSPr. Mess-LSPr, p. 812 et 815 ; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 135 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 10, N 1 ss.

¹²⁷ CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 41. Il s'agit d'une activité centrale de la Surveillance des prix, DFE, Surveillance des prix, p. 2.

D. La loi contre la concurrence déloyale

a. Le but

La loi contre la concurrence déloyale comprend des dispositions qui sont destinées à aménager le fonctionnement de la concurrence sur un certain marché¹²⁸. En effet, la LCD vise à garantir une concurrence loyale et non faussée, dans l'intérêt des parties concernées (art. 1 LCD). De cette clause de but, on retient deux éléments.

D'une part, la LCD veut préserver, objectivement ou matériellement, la concurrence loyale et non faussée¹²⁹. A l'instar de la LCart, l'institution même de la concurrence est protégée¹³⁰. Une certaine loyauté¹³¹ dans la relation concurrentielle¹³² doit ainsi être garantie¹³³. D'autre part, cette protection doit avoir lieu dans l'intérêt de toutes les parties concernées, élément subjectif ou personnel de la protection¹³⁴. Sont entre autres visés,

¹²⁸ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 1 ; CR Concurrence, MARTENET/TERCIER, Introduction générale, N 8 ; SHK UWG-JUNG, Einleitung, N 2 et 20 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 5 ; Dike Komm UWG-HEIZMANN, Art. 1, N 8. Cf. implicitement, VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 13 N 147 ss ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 1 s.

¹²⁹ SHK UWG-JUNG, Einleitung, N 1 et 80 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 35 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 20 ; Dike Komm UWG-HEIZMANN, Art. 1, N 11 ss. Cf. déjà MessaLCD-1943, p. 537.

¹³⁰ SHK UWG-JUNG, Art. 1, N 3 ss ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 33 et 113. Cf. en ce sens, MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 22.

¹³¹ Les termes « concurrence qui ne soit pas faussée » sont absorbés par le terme « loyal », de sorte qu'ils n'ont pas de portée propre. Cf. CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 28. Sur la notion de concurrence déloyale, BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 45.

¹³² La LCD protège la concurrence dans son acception usuelle (« rapport entre producteurs, entre commerçants qui se disputent une clientèle »). Cf. CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 3 ; BAUDENBACHER, Art. 1 UWG, N 16. Cf. aussi BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 36 ss.

¹³³ CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 3 ; BAUDENBACHER, Art. 1 UWG, N 16 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 36 ss.

¹³⁴ SHK UWG-JUNG, Einleitung, N 1 et 80 ; SHK UWG-JUNG, Art. 1, N 22 ss ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 35 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 20 ; Dike Komm UWG-HEIZMANN, Art. 1, N 34 ss.

les entreprises (concurrentes) actives sur le marché et les consommateurs, mais aussi la collectivité¹³⁵.

b. L'aperçu du contenu de la loi

La LCD comporte trois volets (civil, pénal et administratif)¹³⁶. On rattache principalement la LCD au droit privé, mais elle entretient également des liens avec le droit public¹³⁷.

Les art. 2 ss relèvent du volet civil, qui est prépondérant. Ils concernent d'abord la question de l'illicéité de la concurrence déloyale. L'art. 2 LCD, clause générale¹³⁸, arrête le principe selon lequel tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients est illicite¹³⁹. Quant aux dispositions spéciales concrétisant de manière non exhaustive l'art. 2 LCD¹⁴⁰, l'art. 3 prévoit un catalogue de méthodes déloyales de publicité et de vente et des autres comportements illicites. Il s'agit de cas où une concrétisation a été jugée souhaitable¹⁴¹. Les art. 4 ss décrivent d'autres comportements déloyaux.

¹³⁵ Mess-LCD, p. 1067 ss ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 17 ; CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 2 et 30 ss ; MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 213 s. ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 13 N 41 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 21 N 85 ss ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 20 et 28 ss ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.30 et 2.04 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1 N 89 ss.

¹³⁶ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 25 ss ; SHK UWG-JUNG, Einleitung, N 1 ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 13 N 147 ss.

¹³⁷ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 71. Cf. aussi SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor. Art. 16-20, N 1.

¹³⁸ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 2, N 7 ; BSK UWG-HILTY, Art. 2, N 1 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N. 1.32, 2.01 et 4.01 ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 13 N 148. Sur le choix d'un tel système, cf. Mess-aLCD, p. 538 s. ; MARTIN-ACHARD, LCD, p. 37 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 2, N 1 ; SHK UWG-JUNG, Art. 2, N 1 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 1.

¹³⁹ WILD, Lauterkeitsrecht, N 1165 ss.

¹⁴⁰ ATF 132 III 414, c. 3.1 (fr) ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 13 N 148 et 430 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 4.02 ss ; HEIZMANN, UWG ad Art. 2, N 1 et 8 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 56 ; BSK UWG-HILTY, Art. 2, N 8.

¹⁴¹ Mess-LCD, p. 1073. Cf. aussi PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 2.01, 4.02 ss. Les mises en œuvre ne sont pas exhaustives. Cf. BSK UWG-HILTY, Art. 2, N 2.

Le volet administratif, compris aux art. 16 ss LCD, concerne l'obligation d'indication du prix des marchandises offertes aux consommateurs.

Finalement, le volet pénal est bien développé. L'art. 23 LCD prévoit que, sur plainte, la personne qui commet un acte de concurrence déloyale visé par les normes spéciales des art. 3, 4, 5 et 6 sera puni. Selon l'art. 24 LCD, la violation des exigences concernant l'indication des prix est punie d'office¹⁴².

¹⁴² CR LCD MACALUSO/DUTOIT, Art. 24, N 6.

Chapitre 3 : LE CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI SUR LES CARTELS

L'étude de l'application du droit de la concurrence dans le domaine des prestations de soins et de leur financement nécessite un examen détaillé du champ d'application du droit de la concurrence. La loi sur les cartels est l'objet du présent chapitre.

Le champ d'application de la LCart est réglé à l'art. 2 :

« ¹ La présente loi s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises.

^{1bis} Est soumise à la présente loi toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique.

² La présente loi est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger. »

Trois conditions sont à examiner : personnellement, la loi s'applique aux entreprises (I). Matériellement, elle s'applique aux accords restrictifs de la concurrence, aux entreprises puissantes sur le marché et aux concentrations d'entreprises (II). Territorialement, il faut que les effets se déploient en Suisse (III). L'art. 2 LCart ne comprend en revanche aucune précision sur le champ d'application temporel de la loi, mais le critère des effets contient une composante temporelle (IV)¹⁴³. En outre, l'art. 2 LCart n'est pas seul déterminant et doit être lu en relation avec d'autres dispositions comme les art. 4, 5 à 11, 58 s., et 62 LCart ou 137 LDIP¹⁴⁴.

Le champ d'application matériel de la loi est spécialement influencé par l'art. 3 LCart, qui règle la relation entre cette loi et d'autres prescriptions légales, applicables dans un domaine particulier¹⁴⁵. Il prévoit deux exceptions qui conduiront à renoncer à l'application des dispositions matérielles de la loi. Cette dernière cède le pas lorsqu'une prescription résér-

¹⁴³ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 4.

¹⁴⁴ L'art. 137 LDIP prévoit que les prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel l'entrave produit directement ses effets. Cf. BSK IPRG-DASSER/BREI, Art. 137, N 1 ss ; ZK IPRG-VISCHER, Art. 137, N 1 ss ; DUTOIT, LDIP ad. Art. 137, N 1 ss.

¹⁴⁵ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 12 ss.

vée existe (al. 1) et lorsque les effets sur la concurrence découlent de la législation sur la propriété intellectuelle (al. 2). Ces deux points, ainsi que la question de l'articulation entre les art. 2 et 3 LCart, seront examinés dans les sections V et VI du présent chapitre.

En revanche, dans le cas où la LSPr et la LCart sont parallèlement applicables, la LCart prime (art. 3 al. 3 LCart). Cette question sera traitée au chapitre 5.

La définition du champ d'application est large et instaure un système uniforme d'examen, ce qui permet d'apprécier toute restriction à la concurrence dans le respect de l'égalité de traitement des acteurs économiques¹⁴⁶. Parvenir à la conclusion qu'une activité tombe dans le champ d'application de la LCart n'équivaut cependant pas à un verdict sur sa légalité, mais établit seulement que les dispositions matérielles de la LCart doivent être examinées : il faut alors appliquer les dispositions en matière civile et administrative¹⁴⁷.

Conclure à l'applicabilité de la LCart a en revanche de l'importance pour les autorités de la concurrence qui sont compétentes pour apprécier le comportement en cause¹⁴⁸. Lorsque les conditions ne sont manifestement pas remplies, elles ne doivent en revanche pas poursuivre leur enquête¹⁴⁹. La section VII du présent chapitre est consacrée à l'examen des conséquences de l'application de la LCart.

¹⁴⁶ Mess-LCart, p. 534 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 5 ; RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 5 ; BALDI, Fondements, p. 2 s.

¹⁴⁷ Mess-LCart, p. 534 ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 148 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 1 ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 13 N 27 ; RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 1 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 6 ; SCHMIDHAUSER, Art. 2 KG, N 29 ; DROLSHAMMER, Wettbewerbsrecht, p. 27 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 243.

¹⁴⁸ HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 148 ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 13 N 26 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 97 ss ; ZÄCH, Kartellrecht, N 253 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 3.

¹⁴⁹ RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 2 ; DROLSHAMMER, Wettbewerbsrecht, p. 27 ; SCHMIDHAUSER, Art. 2 KG, N 34.

I. LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL

A. La notion d'entreprise

Le champ d'application personnel de la loi est défini avec la notion « d'entreprise »¹⁵⁰. Une entreprise est une entité, de droit public ou de droit privé (art. 2 al. 1 LCart), qui offre ou demande des biens ou services et qui est ainsi engagée dans le processus économique. L'organisation ou la forme juridique de l'entité n'est pas déterminante (art. 2 al. 1^{bis} LCart)¹⁵¹.

La définition de l'entreprise est large¹⁵². Cette notion ne correspond ni à celle utilisée dans le Code des obligations, ni à celle utilisée dans le registre du commerce¹⁵³.

La notion d'entreprise doit être comprise de manière économique et fonctionnelle¹⁵⁴. L'entité doit participer de manière indépendante au processus économique¹⁵⁵. Deux éléments sont ainsi déterminants : la question de la participation au processus économique et celle de l'indépendance économique¹⁵⁶. Cette dernière dépend toujours des circonstances particulières du cas d'espèce¹⁵⁷.

¹⁵⁰ BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 7 ; RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 3 ; BORER, KG ad Art. 2, N 1 ; KRAUSKOPF/HENCKEL, Unternehmensbegriff, p. 740 ; ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar ad Art. 2 KG, N 1 ; SCHMIDHAUSER, Art. 2 KG, N 4 ; BALDI, Fondements, p. 2 s. ; WEBER, Einleitung, p. 37.

¹⁵¹ L'art. 2 al. 1^{bis} a été introduit lors de la révision adoptée en 2003, dans le but de compléter la définition de l'al. 1.

¹⁵² MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 63 ; SCHOTT, Wettbewerb, N 840.

¹⁵³ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 21 ; SCHLUEP, KG & PüG, p. 168. En ce sens BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 9.

¹⁵⁴ Mess-LCart, p. 534 ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 149 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 22 ; DUCREY, Unternehmen, p. 75 ; HEIZMANN, Unternehmen, N 122 ss ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 9 ; SCHOTT, Wettbewerb, N 840 ; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, N 1.55 ; DUCREY, Kartellrecht, N 1389 ; DUCREY/ZURKINDEN, Kartellrecht, N 10.

¹⁵⁵ Mess-LCart, p. 534. Cf. également TAF, arrêt B-2977/2007 du 27 avril 2010, c. 4.1 ; LANG/JENNY, Konzern, p. 300.

¹⁵⁶ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 22 ; CANDREIA, Konzerne, N 148 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 8 ; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, N 1.53.

¹⁵⁷ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 30.

Le fait que l'entreprise poursuive un but lucratif n'est pas déterminant¹⁵⁸. Une caisse-maladie de droit public¹⁵⁹ peut répondre à la notion d'entreprise. La personnalité juridique n'est pas non plus exigée et le fait que l'entité en soit dotée ne suffira pas, en soi, à qualifier l'acteur d'entreprise au sens de la LCart¹⁶⁰.

Il s'agit dès lors de déterminer concrètement quel acteur économique répond à la notion d'entreprise. Au vu de ce qui précède, on comprend aisément que les sociétés commerciales ne sont pas seules visées¹⁶¹. Selon l'art. 2 al. 1 LCart, la loi s'applique tant aux entreprises de droit privé qu'aux entreprises de droit public¹⁶². Nous distinguons cependant, dans un but de clarté, les deux cas de figure.

B. L'entreprise de droit privé

De manière générale, une entreprise de droit privé au sens de la LCart est une entité qui est soumise au droit privé, soit au Code civil et au Code des obligations. Les personnes physiques, les sociétés commerciales (CO), les associations et les fondations (CC) sont visées¹⁶³.

Les entreprises de droit privé sont en principe dotées de la personnalité juridique. Cependant, depuis 2003, il n'est plus nécessaire de le prouver (art. 2 al. 1^{bis} LCart). Cela signifie que les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite, qui possèdent une personnalité juridique restreinte, peuvent faire l'objet d'une procédure administrative ou civile¹⁶⁴.

¹⁵⁸ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 23 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 12 ; KRAUSKOPF/HENCKEL, Unternehmensbegriff, p. 745 ; ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar ad Art. 2 KG, N 1.

¹⁵⁹ Selon l'art. 12 al. 1 LAMal, les caisses-maladie sont des personnes juridiques de droit privé sans but lucratif. Cf. *infra* Troisième Partie, Chap. I.I.B.

¹⁶⁰ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 21 ; SCHLUEP, KG & PüG, p. 166 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 13 ; ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar ad Art. 2 KG, N 6. Voir aussi SCHOTT, Wettbewerb, N 841.

¹⁶¹ MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 63.

¹⁶² Sur cet élément, Mess-LCart, p. 535.

¹⁶³ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 25 ; SCHLUEP, KG & PüG, p. 170 s.

¹⁶⁴ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 26 s.

Les sociétés simples sont également des entreprises selon la LCart, à tout le moins matériellement¹⁶⁵.

En revanche, les personnes privées ne sont en principe pas soumises à la LCart. Ne sont ainsi jamais considérés, d'après la doctrine dominante, comme des entreprises, les travailleurs et les consommateurs¹⁶⁶. Dans certains cas, déterminer si une personne physique est une entreprise ou une personne privée peut s'avérer complexe. Le fait que la personne exerce une activité indépendante et que cette activité vaille comme participation aux rapports économiques est décisif¹⁶⁷. En pratique, les personnes physiques sont en particulier actives comme entreprise dans les domaines techniques, des services ou des professions libres¹⁶⁸.

La question de l'indépendance dans la participation au processus économique a également de l'importance dans d'autres situations. Tout d'abord, les accords conclus au sein d'un seul groupe d'entreprises bénéficient du « *Konzernprivileg* » et ne seront ainsi pas considérés comme des accords en matière de concurrence. Ensuite, les entreprises d'un même groupe forment une seule unité lorsqu'il s'agit d'examiner l'existence d'une position dominante et les restructurations d'entités appartenant à un même groupe ne sont pas soumises au contrôle des concentrations. De plus, concernant les groupes d'entreprises de droit privé (*Konzern*), la société mère sera responsable des agissements contraires au droit de la concurrence de ses sociétés filles, dans la mesure où ces dernières ne se comportent pas de manière économiquement indépendante et ce, même si la filiale est dotée de la personnalité juridique¹⁶⁹.

¹⁶⁵ RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 9 ; KRAUSKOPF/HENCKEL, Unternehmensbegriff, p. 745 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 26.

¹⁶⁶ A ce sujet, cf. Mess-LCart, p. 534 ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 150 ; RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 10 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 49 ss et 53 ss ; ZÄCH, Kartellrecht, N 257 ss et 263 ss ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 22 ss ; WEBER, Einleitung, p. 38.

¹⁶⁷ BORER, KG ad Art. 2, N 7 ; RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 9 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 264.

¹⁶⁸ RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 10 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 264. Cf. CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 24 ; SCHLUEP, KG & PüG, p. 166 ss ; MÖSCHEL, Wettbewerbsbeschränkungen, N 105.

¹⁶⁹ Cf. à ce sujet CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 31 ss et les réf. citées. A propos des groupes d'entreprises, cf. également RUBIN/COURVOISIER, Art. 2

C. L'entreprise de droit public

La LCart prévoit explicitement que les entreprises de droit public tombent dans le champ d'application de la loi, dans les limites de l'art. 3 al. 1 LCart toutefois. Cette subordination découle déjà de l'art. 96 al. 1 Cst. qui exige une protection complète de la concurrence, indépendamment de l'auteur de l'acte¹⁷⁰. Le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence commande que les activités économiques étatiques soient soumises au droit de la concurrence, faute de quoi cette activité étatique serait privilégiée¹⁷¹. Plus précisément, une entité ou corporation de droit public répond à la notion d'entreprise lorsqu'elle offre ou acquiert des prestations de nature économique « susceptibles d'être en soi obtenues sur le marché »¹⁷². L'application de la LCart se justifie notamment lorsque cette entreprise de droit public est en concurrence avec des entreprises de droit privé¹⁷³. Il en résulte également que la règle d'exception de l'art. 3 al. 1 LCart est à interpréter étroitement¹⁷⁴.

La forme juridique ne jouant aucun rôle, l'Etat/la collectivité publique (Confédération, canton, commune) peut être considéré(e) comme une entreprise de droit public¹⁷⁵. Des entités publiques qui ne disposent pas de la personnalité juridique peuvent également être qualifiées d'entreprises¹⁷⁶. Sont donc visés les unités décentralisées et les unités de

KG, N 12 ss ; MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 63 s. ; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, N 1.59 ss ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 150, BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 27 ss ; ZÄCH, Kartellrecht, N 256 ; SCHMIDHAUSER, Art. 2 KG, N 6 ; HEINEMANN, Konzerne, p. 49 ss ; MERKT, Responsabilité, p. 68 ss. Pour une analyse des décisions de la Comco, KASTEN, Konzernprivileg, p. 15 ss.

¹⁷⁰ RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 7 ; DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 6.

¹⁷¹ VOGEL, Staat, p. 124 s. Cf. également RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 7 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 37 et 41 ; ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar ad Art. 2 KG, N 5.

¹⁷² AMSTUTZ, Unternehmen, p. 114 s. ; DUCREY, Unternehmen, p. 75 s.

¹⁷³ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 37. Cf. également DUCREY Kartellrecht, N 1248.

¹⁷⁴ RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 7 ; BALDI, Charakteristika, p. 8.

¹⁷⁵ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 39. Cf. Secrétariat Comco, DPC 1997/1, p. 132, *Ville et canton de Genève*, ch. 22. Pour des exemples, cf. ZÄCH, Kartellrecht, N 265.

¹⁷⁶ Cf. not. KRAUSKOPF/HENKEL, Unternehmensbegriff., p. 745 ; DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 574 ; MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 63 ; RU-

l'administration centrale¹⁷⁷, les établissements de droit public, les entreprises publiques¹⁷⁸, les sociétés anonymes auxquelles participe une corporation de droit public¹⁷⁹, les sociétés anonymes de droit public régies par une loi spéciale¹⁸⁰ ou les entreprises de droit public sur lesquelles une loi spéciale a une influence déterminante¹⁸¹.

Pour les entreprises de droit public également, la condition de l'indépendance économique s'applique¹⁸². Lorsqu'une entité publique en est dépourvue, l'entité dont elle dépend peut, elle, être considérée comme l'entreprise pertinente¹⁸³.

Il s'agit maintenant de s'interroger sur la nature de l'activité en cause. Il est nécessaire, dans un cas d'espèce, de se demander si l'entité publique agit en vertu de sa puissance publique, soit si l'activité est « inséparable de la tâche de puissance publique et ne correspond pas – principalement en tout cas – à une forme d'engagement dans le processus économique »¹⁸⁴. Dans l'affirmative, il faut renoncer à qualifier cette entité d'entreprise et à appliquer la LCart, l'entité n'étant pas engagée dans le processus économique et n'offrant pas ou n'acquérant pas des biens ou

BIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 8 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 265 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 39 ; SCHOTT, Wettbewerb, N 841.

¹⁷⁷ Secrétariat Comco, DPC 2007/4, p. 517, *Beschaffung von LTSH durch Armasuisse*, ch. 19 ss ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 39 ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 151 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 21 ; DUCREY, Unternehmen, p. 74 ss.

¹⁷⁸ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 39. Cf. ATF 129 II 497, c. 3.2.5 (fr) ; ATF 127 II 32, c. 3c, JdT 2004 I 131.

¹⁷⁹ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 39 ; SCHLUEP, KG & PüG, p. 171.

¹⁸⁰ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 39. Cf. ATF 137 II 199, c. 3.1, JdT 2012 I 115 ; ATF 129 II 497, c. 3.2.5 (fr).

¹⁸¹ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 39 ; STOFFEL, Unternehmen, p. 15 s.

¹⁸² CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 38 ; DUCREY Kartellrecht, N 1248.

¹⁸³ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 38. Par exemple, Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 75 ss ; Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 26 s.

¹⁸⁴ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 42 ; LÜSCHER, Glossar, N 76.

des services¹⁸⁵. Si l'activité est de nature économique et entre dans le domaine d'activité étatique à caractère d'entreprise, la LCart s'applique alors, sous réserve de l'art. 3 al. 1 LCart¹⁸⁶. Cet examen n'est pas toujours aisé en pratique. La Comco a par exemple laissé ouverte la question de savoir si la planification hospitalière est soumise à la LCart, considérant que cette activité tombait sous le coup de l'art. 3 al. 1 LCart et rejetant ainsi l'application de la loi¹⁸⁷. Il arrive cependant que la prescription légale ne soit pas claire et ne permette pas d'évincer l'examen de l'art. 2 al. 1 et 1^{bis} LCart¹⁸⁸. Dans ce cas, il sera nécessaire de trancher.

D. L'entreprise mixte

Une entreprise d'économie mixte – à savoir principalement les cas où une collectivité publique participe à la propriété du patrimoine d'une entreprise de droit privé¹⁸⁹ – ou une entreprise qui fait l'objet d'un partenariat public-privé (PPP) – à savoir les situations dans lesquelles les pouvoirs publics recourent aux services d'entreprises privées pour remplir leurs missions et décharger les budgets¹⁹⁰ – tombent dans le champ d'application de la LCart, dans la mesure où les autres conditions sont remplies¹⁹¹. Les PPP commencent à se développer dans le domaine de la santé et surtout dans le secteur hospitalier¹⁹².

¹⁸⁵ ATF 129 II 497, c. 3.3.1 (fr) ; ATF 127 II 32, c. 3c, JdT 2004 I 131 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 42.

¹⁸⁶ ATF 129 II 497, c. 3.3.1 (fr) ; ATF 127 II 32, c. 3c, JdT 2004 I 131 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 265 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 42 ; SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 704 ss.

¹⁸⁷ Cf. *infra* Quatrième Partie, Chap. 2, spécialement Sections I. et IV.

¹⁸⁸ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 42.

¹⁸⁹ Cf. POLTIER, Economie mixte, p. 46 s.

¹⁹⁰ L'idée est qu'une société assume pour l'Etat le financement, la construction l'entretien et/ou la valorisation d'une installation. Il s'agit d'une sorte de location ou de *leasing* : l'Etat paie pour ce service. Cf. OFSP, Partenariat, p. 2.

¹⁹¹ CR Concurrence, MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 47.

¹⁹² Par exemple, l'hôpital cantonal de Lucerne collabore avec le Centre suisse des paraplégiques de Lucerne, qui est un centre privé. Ils fournissent ensemble des services en matière de chirurgie spinale, de médecine de la douleur et de pathologie neuromusculaire et garantissent les soins médicaux. Cf. OFSP, Partenariat, p. 3.

II. LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

A. Les trois piliers

Selon l'art. 2 al. 1 LCart, la loi est applicable en cas de cartels ou d'autres accords en matière de concurrence, dans le cas où une entreprise est puissante sur le marché, ou en cas de concentration d'entreprises. Il faudra alors, si les autres conditions sont remplies, se pencher sur les dispositions de droit matériel (art. 5 ss LCart)¹⁹³.

L'art. 4 LCart définit les notions d'accord en matière de concurrence et de concentration d'entreprises. En revanche, il ne développe pas la notion d'entreprise puissante sur le marché, mais celle d'entreprise dominant le marché – deux notions qui ne sont pas synonymes¹⁹⁴ – et s'écarte alors de la systématique de la définition du champ d'application de la loi. La notion d'entreprise dominant le marché ne concerne pas le champ d'application, mais le critère déterminant pour apprécier le seuil de l'atteinte¹⁹⁵ lors de l'application des dispositions matérielles de la loi (art. 7 LCart).

Vu la division tripartite prévue à l'art. 2 al. 2 LCart, la différence de terminologie d'avec l'art. 4 LCart et le contenu des dispositions matérielles, il est nécessaire de schématiser les différences entre l'état de fait pertinent pour le champ d'application matériel de la loi et les trois piliers qui relèvent de l'application des dispositions matérielles.

1. La loi s'applique aux accords en matière de concurrence. Les dispositions matérielles ne sanctionnent que les accords restrictifs en matière de concurrence. Ceux-ci doivent atteindre de manière notable la concurrence et ne pas être justifiés par des motifs d'efficacité économique (art. 5 s. LCart).

¹⁹³ A propos de la distinction entre le « *Geltung* » et l'« *Anwendung* » d'une loi, cf. ZÄCH, Kartellrecht, N 240 ss ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 2.

¹⁹⁴ Cette différence serait voulue et viserait à faciliter le début de l'enquête de la Comco, qui ne doit ainsi pas établir directement la position dominante. Cf. BORER, KG ad Art. 2, N 14 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 34 s. ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 63.

¹⁹⁵ RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 19.

2. La loi s'applique, selon sa lettre, aux entreprises qui sont puissantes sur le marché. Les dispositions matérielles ne sanctionnent que l'abus d'une position dominante (art. 7 LCart).
3. La loi s'applique lorsqu'une concentration d'entreprise a lieu. Les dispositions matérielles prévoient un seuil à atteindre pour qu'un contrôle de la concentration soit nécessaire (art. 9 ss LCart).

Notre étude s'intéressant principalement au champ d'application de la LCart dans les domaines choisis, chaque état de fait visé par l'art. 2 al. 1 LCart doit être examiné en détail. Quelques parenthèses seront faites concernant les trois piliers, pendant matériel des trois domaines constituant le champ d'application de la loi.

a. Les accords en matière de concurrence

L'art. 2 al. 1 LCart mentionne tout d'abord les cartels et autres accords en matière de concurrence. Cette distinction est historique¹⁹⁶ et l'on considère aujourd'hui que le terme « accord en matière de concurrence » contient et englobe celui de « cartel »¹⁹⁷. Au stade de l'examen de l'application de la loi, il s'agit donc de déterminer si un accord en matière de concurrence, tel que défini par l'art. 4 al. 1 LCart, a été conclu. Selon ce dernier, on entend par là « les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence ».

Cette définition large comprend tant les accords horizontaux – conclus entre entreprises sur le même échelon du marché – que les accords verticaux – conclus entre entreprises à des échelons différents du marché¹⁹⁸.

Il ressort également de cette définition que le comportement en cause ne doit pas forcément être fixé dans un contrat. La loi s'applique aussi lors de la conclusion de convention sans force obligatoire, lors de comporte-

¹⁹⁶ Cf. Mess-LCart, p. 543 ; RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 23 s. ; BORER, KG ad Art. 2, KG, N 13 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 245.

¹⁹⁷ RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 24 ; BORER, KG ad Art. 2, N 13 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 245 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 31.

¹⁹⁸ RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 24 ; BORER, KG ad Art. 2, N 13 ; SCHMIDHAUSER, Art. 2 KG, N 22 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 245 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 31. Cf. également Mess-LCart, p. 535 et 544. Leur traitement au moment de l'application des dispositions matérielles est différencié.

ments concertés ou lorsque des entreprises suivent des recommandations¹⁹⁹. Est décisif le fait que les comportements concordants ou communs des entreprises soient conscients et voulus²⁰⁰.

De plus, l'action commune doit effectivement être orientée vers l'influence des paramètres concurrentiels sur un marché donné²⁰¹. D'une part, l'art. 2 al. 1 LCart concerne tant les accords qui influencent le marché en dérogeant au jeu de la libre concurrence, que ceux dont c'est le but²⁰². D'autre part, l'accord peut concerner n'importe quel paramètre concurrentiel²⁰³.

b. Les entreprises puissantes sur le marché

Dans une économie basée sur un système de concurrence, le marché est dynamique. Les entreprises tentent de développer une gestion efficace et le succès de l'une d'entre elles peut conduire à une position de force ou même à une position dominante sur un marché donné. Les efforts pour conserver ou augmenter des parts de marché ne sont, en eux-mêmes, pas contraires à la loi ; il est toutefois possible, au nom de la politique de la concurrence, d'intervenir lorsqu'une entreprise dominant le marché abuse de sa position²⁰⁴.

A la lecture de la loi, l'analyse concernant les entreprises en position de force se déroule, schématiquement et théoriquement, en deux étapes. Premièrement, la LCart est applicable aux entreprises puissantes sur le marché (art. 2 al. 1 LCart). Deuxièmement, il s'agit d'appliquer les règles de droit matériel (art. 7 LCart), qui ne s'intéressent qu'aux entreprises en position dominante selon la définition de l'art. 4 al. 2 LCart, c'est-à-dire

¹⁹⁹ Mess-LCart, p. 544. Cf. aussi STOFFEL, Wettbewerbsabreden, p. 64 ss.

²⁰⁰ Mess-LCart, p. 544 ; RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 21 ; BALDI, Charakteristika, p. 10. Cf. également ZÄCH, Kartellrecht, N 246 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 33.

²⁰¹ RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 22 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 247 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 33 ; STOFFEL, Wettbewerbsabreden, p. 58 ss.

²⁰² RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 20 ; DROLSHAMMER, Wettbewerbsrecht, p. 25 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 250 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 33.

²⁰³ Cf. Mess-LCart, p. 544 s. ; ZÄCH, Kartellrecht, N 245 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 33.

²⁰⁴ Mess-LCart, p. 546 ; Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 64.

aux entreprises qui sont à même « de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché »²⁰⁵.

La loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par « entreprise puissante sur le marché ». Selon la doctrine, la dominance sur le marché est une forme qualifiée de puissance sur le marché, de sorte que la seconde englobe la première²⁰⁶. Par conséquent, la puissance sur le marché se trouve quelque part entre une influence normale sur le marché et une position dominante au sens de l'art. 4 al. 2 LCart²⁰⁷. Pour comprendre ce qu'il faut entendre par puissance sur le marché, il est souvent renvoyé à la notion de « *massgeblichen Markteinfluss* », selon l'art. 4 al. 1 aLCart-1985²⁰⁸.

L'idée du législateur était de ne pas compliquer l'ouverture d'enquêtes administratives en n'exigeant pas que la Comco établisse d'emblée la position dominante²⁰⁹. En réalité, ces distinctions ont avant tout une importance théorique. L'existence de la puissance sur le marché n'est presque jamais vérifiée de manière autonome en pratique²¹⁰. La distinction est dès lors superflue, dans la mesure où la Comco commence par

²⁰⁵ L'existence de la position dominante se détermine selon les circonstances du cas d'espèce et la structure du marché ; elle dépend non seulement de l'état actuel de la concurrence, mais aussi des concurrents potentiels et des obstacles à l'entrée sur le marché. Cf. Mess-LCart, p. 547.

²⁰⁶ RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 26 s. ; ZÄCH, Kartellrecht, N 251 ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 154 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 34 ; ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar ad Art. 2 KG, N 7 ; SCHMIDHAUSER, Art. 2 KG, N 19. Sur la notion de position dominante relative, HEIZMANN, Marktmacht, p. 72 ss.

²⁰⁷ RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 26 ; SCHMIDHAUSER, Art. 2 KG, N 20 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 251 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 34 ; WEBER, Einleitung, p. 40.

²⁰⁸ RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 26 ; DROLSHAMMER, Wettbewerbsrecht, p. 25 ; SCHMIDHAUSER, Art. 2 KG, N 20 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 251 ; ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar ad Art. 2 KG, N 7.

²⁰⁹ HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 154 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 35 s. ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 63 ; BORER, KG ad Art. 2, N 14.

²¹⁰ RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 27 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 251 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 36.

l'examen de la position dominante, fixant par la même l'existence ou non de la puissance sur le marché²¹¹.

c. La participation à des concentrations d'entreprises

Le troisième état de fait concerne la participation à des concentrations d'entreprises. L'art. 4 al. 3 LCart en définit deux types : la fusion de deux ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes les unes des autres (let. a) et les opérations par lesquelles une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par prise de participation au capital ou conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celles-ci (let. b)²¹².

La LCart vise donc toutes les concentrations d'entreprises décrites, que la valeur seuil de l'art. 9 LCart soit atteinte ou non²¹³.

B. Les exceptions

Concernant le champ d'application matériel de la loi, tous les domaines ne doivent pas être concernés par l'application de la LCart.

L'art. 3 LCart régit les rapports et l'articulation entre la loi sur les cartels et d'autres prescriptions légales. Dans ce cadre, il exclut de manière expresse certaines situations du champ d'application matériel de la loi. En pratique, cette question est en général appréciée après l'examen de l'ensemble des dispositions relatives au champ d'application²¹⁴. Pour cette raison, nous traiterons également de ce point dans une section ultérieure (cf. section V).

Notons brièvement une autre exception. Aujourd'hui, les conventions collectives de travail et les contrats de travail, dans la mesure où ils régis-

²¹¹ Comco, DPC 2003/4, p. 753 ss, *Veterinärmedizinische Test/Migros*, ch. 20 ; Secrétariat Comco, DPC 2004/2, p. 359, *Produktebündel « Talk & Surf »*, ch. 9 ; Comco, DPC 2006/4, p. 632, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*, ch. 34.

²¹² Pour des précisions sur ces deux cas de figure, cf. Mess-LCart, p. 548 ; Ducrey, *Unternehmenszusammenschlüssen*, p. 233 ss.

²¹³ RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 29 ; SCHMIDHAUSER, Art. 2 KG, N 28 ; ZÄCH, *Kartellrecht*, N 252 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 39. D'un autre avis : BORER, KG ad Art. 2, N 15 ; WEBER, *Einleitung*, p. 41.

²¹⁴ BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 1 ; CR *Concurrence-MARTENET/KILLIAS*, Art. 2 LCart, N 74.

sent effectivement les rapports de travail, ne tombent pas sous le coup de la LCart²¹⁵.

III. LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL

L'art. 2 al. 2 LCart, adopté lors de la révision totale de la loi en 1995²¹⁶, prévoit que la « loi est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger ». Le critère pertinent est le principe des effets : le lieu où les effets d'une restriction à la concurrence se manifestent est déterminant²¹⁷.

Ce principe a plusieurs implications. Notamment, l'entreprise concernée n'a pas forcément son siège, son établissement²¹⁸ ou une partie de son entreprise en Suisse : même sans présence sur le territoire, la LCart peut s'appliquer²¹⁹. De plus, l'art. 2 al. 2 LCart ne définit pas ce qu'on entend par « territoire suisse ». Le marché sur lequel les restrictions à la concurrence ou les concentrations d'entreprises sont réalisées doit être, au moins

²¹⁵ Cf. les débats parlementaires LEDERGERBER, BO CN 1995 1058 ; SIMMEN, BO CE 1995 847 et 852 ; REYMOND, BO CE 1995 847. Cf. également sur cette question, DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 576 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 22 ss ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 75 ss ; SCHMIDHAUSER, Art. 2 KG, N 7 ss ; SCHLUEP, KG & PüG, p. 159 ss ; KILLIAS, Application, p. 48 ; MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 66 ; SCHMIDHAUSER, Art. 2 KG, N 7.

²¹⁶ Le TF avait déjà reconnu le critère des effets dans l'ATF 93 II 192, c. 3 (fr). Cf. également ATF 118 Ia 137, c. 2b, JdT 1995 IV 59.

²¹⁷ ATF 134 II 297, c. 3.2, JdT 2009 I 720 ; RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 30 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 84 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 268 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 41 ; ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar ad Art. 2 KG, N 9 s. ; SCHMIDHAUSER, Art. 2 KG, N 37 s. ; DUCREY, Kartellrecht, N 1407.

²¹⁸ Comco, DPC 2010/3, p. 444, *Ausländische Biere AG*, ch. 77 ; MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 69 ; RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 31 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 94 ; DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 580 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 49 ; ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar ad Art. 2 KG, N 10.

²¹⁹ Comco, DPC 2010/3, p. 444, *Ausländische Biere AG*, ch. 78 s. ; RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 31 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 94 ; SCHMIDHAUSEUR, Art. 2 KG, N 41 ss ; ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar ad Art. 2 KG, N 11 ss ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 49.

partiellement, dans les frontières²²⁰. Il est finalement possible qu'une pratique, un accord ou une concentration déploie des effets dans plusieurs pays. Dans ce cas, plusieurs législations peuvent s'appliquer, ce qui soulève la question de la coopération internationale entre autorités de la concurrence²²¹.

L'art. 2 al. 2 LCart ne définit pas quelle sorte d'effets est nécessaire. La doctrine admet, même si cela ne ressort pas expressément de l'art. 2 al. 2 LCart, que l'on ne vise que les effets directs (qui touchent totalement ou partiellement un marché)²²². Le TF a récemment précisé que l'intensité des effets n'est pas non plus une condition de l'application de la loi²²³. Il suffit, en outre, qu'une restriction à la concurrence produise possiblement des effets en Suisse pour que la Comco puisse ouvrir une enquête²²⁴.

Le champ d'application territorial ne nous posera pas de problème. Le marché de la santé est en général une affaire nationale, voire même cantonale. Les questions – exclues de notre étude – liées aux médicaments peuvent toutefois avoir une portée extraterritoriale.

IV. LE CHAMP D'APPLICATION TEMPOREL

Le critère des effets comprend une dimension temporelle. Le moment où une restriction déploie (potentiellement) des effets directs sur le territoire suisse est déterminant pour le champ d'application temporel²²⁵. Lorsqu'un accord est conclu et qu'il vise une restriction à la concurrence, sans que celle-ci ne se fasse effectivement ressentir, le moment déterminant devrait être la conclusion de l'accord. En ce qui concerne l'art. 9 LCart, il s'applique même avant la concentration si les conditions sont remplies. Il

²²⁰ RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 31. Cela implique de définir le marché pertinent. A cet égard, il faudra se référer à l'art. 11 al. 3 OCCE. Cf. sur cette question CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 93.

²²¹ MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 70.

²²² RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 32 ; BORER, KG ad Art. 2, N 21 ; STÖCKLI, Wettbewerbsbehinderung, N 86 ss ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 90 s. ; BÄR, Auswirkungsprinzip, p. 92 ; HOCH CLASSEN, Wettbewerbsabreden, p. 208 ; RUBIN/COURVOISIER, Art. 2 KG, N 32 ; BSK KG-LEHNE, Art. 2, N 50 ss ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 155 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 268.

²²³ ATF 143 II 297, c. 3.2.3, JdT 2018 I 3.

²²⁴ ATF 143 II 297, c. 3.3, JdT 2018 I 3.

²²⁵ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 110.

s'agit ensuite de déterminer la loi applicable à ce moment²²⁶, ce qui ne pose que peu de difficultés aujourd'hui.

V. LES EXCEPTIONS À L'APPLICATION DE LA LCart

Après avoir établi les conditions d'application de la loi, la LCart contient des réserves. L'art. 3 LCart régit le rapport entre la LCart et les prescriptions réservées par d'autres lois (al. 1), la législation sur la propriété intellectuelle (al. 2) et la loi sur la surveillance des prix (al. 3). Les al. 1 et 2 prévoient que l'application de la LCart est exclue lorsqu'une prescription réservée (A) ou la législation sur la propriété intellectuelle (B) s'applique. C'est ce que nous examinons à présent. L'art. 3 al. 3 LCart prévoit que les procédures relevant de la LCart priment les procédures relevant de la LSPr, sauf décision contraire prise d'un commun accord par la Comco et le Surveillant des prix. La coordination entre ces deux lois se fonde également sur les art. 5 et 16 de la LSPr ; elle sera examinée dans un chapitre 5, après avoir traité du champ d'application de la LSPr.

A. Les prescriptions réservées

a. Le contenu de la réserve

Dans certains domaines, le marché ne joue pas assez – ou pas du tout – son rôle de régulateur économique ou n'est pas apte à préserver des intérêts supérieurs²²⁷. En d'autres termes, le marché ne fonctionne pas ou n'est pas censé fonctionner (*Marktversagen*)²²⁸. Il est alors jugé nécessaire que l'Etat coordonne la participation des acteurs économiques par des mesures plus ou moins étendues d'économie planifiée²²⁹. Le législateur adopte des prescriptions qui modifient, ajustent ou suppriment la loi de

²²⁶ Sur cette question, cf. CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 113 ss ; SCHMIDHAUSER, Art. 2 KG, N 48 ; WEBER, Einleitung, p. 43 ; KILLIAS, Application, p. 39.

²²⁷ Mess-LCart, p. 537 s. ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 3 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 13.

²²⁸ ZÄCH, Kartellrecht, N 279 s. ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 9 ; WEBER, Einleitung, p. 45 s. ; CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN, Art. 3 KG, N 1 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 3 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 14 ; DUCREY/ZURKINDEN, Kartellrecht, N 16.

²²⁹ ZÄCH, Kartellrecht, N 279 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 2. Cf. BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 2 qui donne l'exemple de l'enseignement public, et N 8.

l'offre et de la demande et qui ne sont ainsi pas, ou pas totalement, en harmonie avec le principe du libre jeu de la concurrence²³⁰.

Dans le même temps, la LCart, *a priori* applicable dans tous les domaines, « a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral » (art. 1 LCart). Elle vise tant les restrictions de nature privée que de nature publique²³¹.

Une tension peut alors exister entre ces différentes dispositions et leur application doit être coordonnée²³². Forte de ce constat, la LCart reconnaît que la concurrence peut être exclue dans certains domaines²³³. L'art. 3 al. 1 LCart²³⁴ prévoit que « les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment²³⁵ celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (let. a) ou celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b) ». Les dispositions matérielles de la LCart ne sont alors pas applicables, et ce même

²³⁰ Mess-LCart, p. 537 s. Cf. ZÄCH, Kartellrecht, N 279 ; CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMAN, Art. 3 KG, N 1 et 3 ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 9 ; WEBER, Einleitung, p. 46 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 280 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 3 et 8.

²³¹ Cf. *supra* Première Partie, Chap. 2.I.

²³² CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 8. Cf. aussi CARRON, Concurrence, p. 366 ss.

²³³ ATF 129 II 497, c. 3.3.1 (fr) ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 161 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 2 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 279 ; ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar ad Art. 3 KG, N 1 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 2 ; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, N 1.81 ss. On parle à ce sujet de « *wettbewerbspolitischen Ausnahmenbereichen* ». Cf. à ce propos : CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMAN, Art. 3 KG, N 3 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 117 ss.

²³⁴ Cette disposition modifie l'art. 44 al. 2 let. b aLCart-1985. Il ne se limite plus aux prescriptions de droit public qui dérogent à la loi en établissant un régime de prix ou de marché de caractère étatique. Les modifications apportées sont avant tout d'ordre formel ; le système actuel reste matériellement proche de celui d'avant la révision de la loi. Cf. CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 5 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 1 ss.

²³⁵ Cette liste exemplative n'est en théorie pas exhaustive, comme le suggère l'emploi du mot « notamment ». En pratique, il est cependant difficile d'imaginer d'autres exemples. SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 12.

si les conditions de l'art. 2 LCart sont remplies. La Comco ne pourra, dans ce cas, ni rendre de décision ni proposer d'accord à l'amiable²³⁶.

La réserve de l'art. 3 al. 1 LCart ne doit pas être comprise de manière trop large. D'une part, l'application de la LCart n'est exclue que dans la limite du strict nécessaire, c'est-à-dire lorsque la prescription spéciale ordonne ou autorise expressément un comportement anticoncurrentiel²³⁷. Dans les autres cas, la LCart doit être appliquée et seule une autorisation exceptionnelle du Conseil fédéral est possible (art. 8, 11, 31 LCart)²³⁸. D'autre part, lorsque le marché ne fonctionne pas, le législateur développe une solution qu'il juge pertinente pour régir un cas précis et qui peut aller de l'exclusion totale de la concurrence à une régulation ponctuelle du marché²³⁹. Face à une prescription spéciale, il faut alors déterminer si le législateur a voulu maintenir une certaine liberté économique résiduelle. Cet espace laissé à la concurrence reste soumis à l'application de la LCart et aux contrôles des autorités administratives et civiles²⁴⁰. A ce propos, le législateur ne choisit que très rarement de remplacer un système de concurrence par un système de réglementation, planifié dans le moindre détail, et privant ainsi les acteurs économiques de toute liberté²⁴¹ ; il faut alors éviter de considérer que des pans entiers de l'économie sont totalement soustraits à la LCart²⁴².

²³⁶ ZÄCH, Kartellrecht, N 283 ; CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMAN, Art. 3 KG, N 3.

²³⁷ ATF 129 II 497, c. 3.3.3 (fr) ; Comco, USB/KSBL, ch. 55 ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 13. Cf. BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 67 ; ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar ad Art. 3 KG, N 3.

²³⁸ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 13.

²³⁹ ZÄCH, Kartellrecht, N 280 s. ; AMSTUTZ, Wettbewerbsbeschränkungen, p. 886. Cf. dans le cadre de l'art. 3 al. 1 let. b LCart, CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 32 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 13 s.

²⁴⁰ ZÄCH, Kartellrecht, N 280 s. ; AMSTUTZ, Wettbewerbsbeschränkungen, p. 886 ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 32 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 4. En ce sens, Comco, USB/KSBL, ch. 55.

²⁴¹ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 32.

²⁴² CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 32. On vise ici la théorie de la « *Bereichsausnahme* ». Cf. AMSTUTZ, Wettbewerbsbeschränkungen, p. 886.

b. Les conditions d'application

L'art. 3 al. 1 LCart réserve les prescriptions (*i*) qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services (*ii*). Il énonce ensuite deux exemples (*iii*).

Le législateur utilise des notions juridiques indéterminées ; leur interprétation relève, dans un cas concret, de la compétence de la Comco et du juge civil²⁴³. En outre, l'art. 3 al. 1 LCart ne peut pas être assimilé à l'adage *lex specialis derogat generali* ; le législateur choisit plutôt une application conjointe de la LCart (si l'art. 2 est rempli) et de la loi spéciale, dans les limites de l'art. 3 al. 1 LCart²⁴⁴. Cela signifie qu'il faut encore que la loi spéciale contienne des prescriptions réservées pour que les dispositions matérielles de la LCart ne soient pas appliquées²⁴⁵.

(i) Les prescriptions

La première condition renvoie à la notion de « prescription ». Il doit s'agir d'une règle de droit, soit d'une règle générale et abstraite, figurant dans un acte normatif (loi, ordonnance²⁴⁶ ou règlement)²⁴⁷. Celle-ci doit être adoptée par des organes politiques, légitimés démocratiquement²⁴⁸.

²⁴³ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 20 ; AMSTUTZ, Wettbewerbsrecht, p. 887.

²⁴⁴ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 21.

²⁴⁵ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 22. p. ex. : la LTC est une loi spéciale par rapport à la LCart, mais elle ne fait pas obstacle à son application. Une application parallèle des deux lois est admise, ATF 137 II 199, c. 3.4, JdT 2012 I 115.

²⁴⁶ Les grandes lignes doivent toutefois se trouver dans une loi au sens formel. CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 25. Cf. Secrétariat Comco, DPC 2007/4, p. 517, *Beschaffung von LTSH durch Armasuisse*, ch. 27 ; SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 707 ; CARAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN, Art. 3 KG, N 2 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 10. Sur les conditions de la délégation législative, cf. not. ATF 134 I 322, c. 2.6 (fr) ; ATF 128 I 327, c. 4.1, JdT 2003 I 309 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 368 ss.

²⁴⁷ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 23 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 10 ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 168 ; DUCREY, Kartellrecht, N 1415. Pour un exemple dans le domaine de la santé, Comco, DPC 2008/3, p. 385 ss, *Documed*. Les exigences arrêtées par Swissmedic ne sont pas des prescriptions réservées. En doctrine, JUNOD, Abus, p. 212.

²⁴⁸ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 23 ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 168 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 10. En ce sens, CARAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMAN, Art. 3 KG, N 2.

Elle peut également être adoptée par une entité publique (voire éventuellement par un organisme privé), si la compétence lui a été déléguée²⁴⁹. Le Tribunal fédéral se montre toutefois restrictif sur le point de savoir si un acte administratif (décision, concession, contrat de droit administratif) peut contenir une prescription réservée. Une telle situation est envisageable dans la mesure où l'acte administratif se fonde sur une loi qui autorise ou exige de manière claire l'exclusion de la concurrence²⁵⁰. L'acte administratif doit alors être étudié en lien avec la base légale sur laquelle il repose²⁵¹. En revanche, la Comco a estimé qu'il était douteux qu'une concession puisse être considérée comme une prescription²⁵².

Il peut s'agir de prescriptions fédérales, cantonales ou communales, valables²⁵³. Concernant les prescriptions cantonales et communales, il est nécessaire que l'autorité qui les édicte soit compétente et que la norme adoptée n'entre pas en contradiction avec le droit supérieur ; la liberté économique doit en particulier être respectée²⁵⁴. Les prescriptions fédérales, doivent respecter le droit international impératif (art. 5 al. 4 Cst. not.)²⁵⁵, mais sont toutefois immunisées par l'art. 190 Cst.

Les prescriptions de droit public et de droit privé sont visées par l'art. 3 al. 1 LCart. On constate pourtant que la plupart des prescriptions relèvent du droit public²⁵⁶.

²⁴⁹ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 23 ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 168 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 10 ; CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMAN, Art. 3 KG, N 2 ; SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 707.

²⁵⁰ ATF 129 II 497, c. 5.4.7 (fr) et réf. ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 27 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 22.

²⁵¹ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 27.

²⁵² CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMAN, Art. 3 KG, N 2 et réf.

²⁵³ Mess-LCart, p. 539 ; ATF 129 II 497, c. 3.3.4, c. 3f (fr) ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 25 et 28 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 9 ; CARAGNI/TREIS/DRURRER/HANSELMANN, Art. 3 KG, N 2 ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 168 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 10.

²⁵⁴ ATF 129 II 497, c. 3.3.4 (fr) ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 9. Partiellement en ce sens aussi, CARRON, Concurrence, p. 370 ss.

²⁵⁵ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 25.

²⁵⁶ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 24 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 11 ; HAUSER, Anwaltsrecht, N 115 s. ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 4 s. ; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, N 1.85.

Une législation suffisamment claire et précise est nécessaire pour admettre l'exclusion de la concurrence : il faut que les comportements contraires à la LCart soient clairement ordonnés ou autorisés²⁵⁷. Si la prescription manque de clarté, une interprétation compatible avec le régime de concurrence doit être privilégiée²⁵⁸.

(ii) L'exclusion de certains biens ou services de la concurrence

La deuxième condition renvoie au contenu des prescriptions. Il doit s'agir de prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services. Seules les prescriptions qui sont incompatibles avec les dispositions matérielles de la LCart sont visées²⁵⁹. Cette question ne peut pas être résolue de manière générale²⁶⁰.

A ce propos, le TF distingue entre les prescriptions qui ne font qu'accorder « un espace de liberté aux entreprises concernées » de celles qui commandent « d'agir par voie de décision et de manière non concurrentielle » ; seules ces dernières excluent l'application de la législation sur les cartels²⁶¹. Il distingue également « le domaine d'activité étatique à caractère d'entreprise, soumis au droit de la concurrence, et le domaine relevant de la puissance publique, soustrait au droit de la concurrence »²⁶². Il ne faut en revanche pas en déduire que l'entreprise doit nécessairement agir par voie de décision en vertu de sa puissance publique pour qu'on soit dans un cas visé par l'art. 3 al. 1 LCart. L'application de la LCart peut également être exclue lorsque l'entreprise accomplit une activité au

²⁵⁷ ATF 129 III 497, c. 3.3.3 (fr). Cf. aussi CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 4.2 ; Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 20 ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 26 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 285 ; AMSTUTZ, Wettbewerbsbeschränkungen, p. 887 ; RENTSCH, Deregulierung, p. 176 s. ; VOGEL, Staat, p. 188.

²⁵⁸ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 26. Dans le même sens, CoRe, DPC 2004/1, p. 204, *Swisscom*, c. 6.1.

²⁵⁹ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 30.

²⁶⁰ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 30.

²⁶¹ ATF 129 II 497, c. 3.3.3 (fr) ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 31.

²⁶² ATF 129 III 497, c. 3.3.1 (fr) et réf. ; ATF 127 II 32, c. 3f, JdT 2004 I 131 ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 LCart, N 31.

moyen de contrats de droit privé²⁶³. En outre, « (l)e simple fait d'attribuer une tâche à l'Etat ou à une entreprise étatique ne signifie encore pas que le domaine en cause soit exclu de la concurrence »²⁶⁴.

Rappelons que l'exclusion de biens ou services de la concurrence peut n'être que ponctuelle et ne viser qu'un aspect d'un secteur. L'espace de liberté résiduelle sera soumis à la LCart²⁶⁵.

(iii) Les exemples de prescriptions réservées

Le législateur exemplifie la notion de prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens et services. Constituent notamment de telles prescriptions celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (let. a) et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b). La différence entre ces deux types d'intervention étatique sur le marché est à relativiser, car les cas prévus à la lettre b peuvent parfois être intégrés dans ceux prévus à la lettre a. Lorsqu'une entreprise se voit, pour remplir une tâche publique, octroyer un droit spécial sous la forme d'un monopole, il s'agit d'un régime de marché de caractère étatique²⁶⁶.

Les prescriptions qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique

L'art. 3 al. 1 let. a LCart réserve les prescriptions qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique. Cette notion était déjà employée dans l'aLCart-1985. Elle manque quelque peu de clarté et soulève certaines difficultés²⁶⁷. L'ancienne Commission des cartels avait déterminé qu'on retient un tel régime « lorsque les paramètres économiques essentiels étaient fixés ou influencés de manière déterminante par

²⁶³ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 LCart, N 31.

²⁶⁴ ATF 129 II 497, c. 3.3.3 (fr); CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 31; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 6.

²⁶⁵ DUCREY, Kartellrecht, N 1418.

²⁶⁶ HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, p. 59, n. 240. Comp. BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 13 et 18; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 8.

²⁶⁷ Cf. not. CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 34; STOFFEL, Unternehmen, p. 264 s. Sur la genèse de cet article, CARRON, Concurrence, p. 379 ss.

le droit public »²⁶⁸. Le message du Conseil fédéral relatif à la nouvelle loi reprend cela²⁶⁹ : les lois du marché ne sont pas applicables lorsque des prescriptions soustraient un ou plusieurs paramètres essentiels à la concurrence et ne laissent alors aucune place ou aucune place significative à la concurrence²⁷⁰.

Cette définition nécessite des précisions. Avec la tendance actuelle à une déréglementation²⁷¹, il est difficile de concevoir que le législateur souhaite réglementer entièrement un secteur économique et y exclure totalement le jeu de la concurrence. On observe plutôt qu'un espace de liberté reste pour que les entreprises se comportent selon leur propre volonté²⁷². Ce constat appelle deux remarques. D'une part, on ne retient l'existence d'un régime de caractère étatique qui évince l'application de la LCart que lorsque sa mise en œuvre doit effectivement exclure²⁷³, et de manière presque totale²⁷⁴, le principe de la concurrence sur un marché donné. La LCart reste applicable à un régime étatique lorsqu'il est malgré tout possible, pour les entreprises actives sur le marché, d'adopter un comportement concurrentiel et que les critères du droit de la concurrence peuvent être appliqués (sous réserve de l'art. 3 al. 1 let. b LCart)²⁷⁵. D'autre part, lors-

²⁶⁸ ZÄCH Kartellrecht, N 284 ; SCHÜRMAN, KG & PüG, p. 766 s. ; CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMAN, Art. 3 KG, N 6 ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 35 ; CARRON, Concurrence, p. 384.

²⁶⁹ Mess-LCart, p. 539 ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 36 ; CARRON, Concurrence, p. 382 s.

²⁷⁰ CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN, Art. 3 KG, N 4 ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 35 s. ; WEBER, Einleitung, p. 47 ; ZÄCH, Kartellgesetz, N 284 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 15 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 8. Cf. aussi CARRON, Concurrence, p. 388.

²⁷¹ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 37, on assiste à une déréglementation dans les domaines des télécommunications, de l'agriculture, des chemins de fer et de la fourniture d'énergie.

²⁷² CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 37.

²⁷³ Mess-LCart, p. 539. Cf. SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 13.

²⁷⁴ ATF 129 II 497, c. 3.3.1 (fr) ; Tribunal cantonal vaudois, DPC 2007/3, p. 495, *L'Etivaz*, p. 502, c. IV ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 37 précisant que cet arrêt est daté et que même les secteurs de l'agriculture ou de l'énergie sont de plus en plus marqués par la concurrence.

²⁷⁵ Mess-LCart, p. 539 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 8 et 13.

qu'un seul paramètre économique est réglé, la LCart reste applicable pour les points qui ne sont pas couverts par la prescription réservée²⁷⁶.

Il s'agit donc de déterminer, par interprétation, dans quelle mesure et sur quel point le législateur a voulu exclure la concurrence et par là, l'application des dispositions matérielles de la LCart²⁷⁷. En pratique, un tel souhait n'est admis qu'avec retenue ; le TF et les autorités administratives se montrent restrictifs²⁷⁸. Le Tribunal fédéral a par exemple retenu, malgré le nombre de réglementations fédérales et cantonales existantes, que le marché de l'approvisionnement en électricité n'est pas exclu du champ d'application de la LCart²⁷⁹. Il a également nié l'existence d'une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart dans le marché de la télécommunication²⁸⁰ et dans celui de la télévision câblée²⁸¹. En revanche, dans certains domaines, il faut conclure à l'existence d'une telle prescription. Selon le message du Conseil fédéral, c'est le cas dans le domaine de l'agriculture²⁸². L'ancienne Commission des cartels l'a reconnu pour le marché laitier, pour le marché des œufs et pour l'ancienne réglementation relative au marché du fromage²⁸³. Notons qu'aujourd'hui, avec la libéralisation progressive de la politique agricole, la portée des prescriptions de l'art. 3 al. 1 LCart doit être examinée précisément, pour chaque marché

²⁷⁶ Mess-LCart, p. 540 ; ATF 129 II 497, c. 3.3.1 (fr) ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 38 ; UHLMANN, Staatshandeln, p. 206 ; BORER, KG ad Art. 3, N 5 ; RENTSCH, Deregulierung, p. 209, 218 et 236 ; STIRNIMANN, Urheberkartellrecht, p. 298 ; ZÄCH, Kartellrecht, p. 280 ; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, N 1.90.

²⁷⁷ CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMAN, Art. 3 KG, N 4 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 3 et 7 s.

²⁷⁸ HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 165 ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 39. Cf. également, Secrétariat Comco, DPC 2011/2, p. 248, *Markt für Hörgeräte*, ch. 41 ; CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMAN, Art. 3 KG, N 5 ; SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 704 ss ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 4 et 17 et les illustrations.

²⁷⁹ ATF 129 II 497, c. 4 s. (fr).

²⁸⁰ TF, arrêt 4C.404/2006 du 16 février 2007, c. 3.2.

²⁸¹ TF, arrêt 2A.142/2003 du 5 septembre 2003, c. 4.1.3.

²⁸² Mess-LCart, p. 539.

²⁸³ ZÄCH, Kartellrecht, N 286 et les réf. ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 8 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 16.

pertinent²⁸⁴. On ne peut retenir une exception générale pour l'ensemble du domaine de l'agriculture par exemple.

L'exécution de tâches publiques sur la base de droits spéciaux

Le deuxième exemple est ancré à l'art. 3 al. 1 let. b LCart²⁸⁵ et réserve les prescriptions chargeant certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux.

Une telle prescription donne une position concurrentielle particulière à une entreprise, ce qui constitue une entorse au principe de la concurrence et est incompatible avec les dispositions matérielles de la LCart²⁸⁶. Cette situation ne doit pas être empêchée par la loi qui n'est alors pas applicable dans la mesure où l'intention initiale du législateur était effectivement d'exclure un certain domaine de la concurrence²⁸⁷. Ce sont les règles générales d'interprétation qui permettent de le déterminer²⁸⁸.

Un droit spécial ne devrait pas servir à justifier un régime de marché ou de prix qui soit généralisé. Seule l'activité visée par le droit spécial est concernée. L'entreprise doit en revanche respecter les dispositions matérielles de la LCart dans les domaines d'activités qui ne sont pas concernés par ce droit²⁸⁹. Cette remarque doit susciter la prudence : certaines pres-

²⁸⁴ CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMAN, Art. 3 KG, N 5 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 8.

²⁸⁵ Cet exemple, qui ne figurait pas dans l'aLCart-1985, traduit le fait qu'il existe des situations où le législateur peut intervenir au niveau économique et conférer des droits spéciaux à des entreprises (de droit public ou privé) dans le but d'exécuter une tâche publique. Cf. Mess-LCart, p. 537 s. ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 9.

²⁸⁶ Mess-LCart, p. 540 ; ATF 129 II 497, c. 3.3.1 (fr) ; Tribunal cantonal vaudois, DPC 2007/3, p. 495, *L'Etivaz*, p. 502, c. IV ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 40 et 42 ; BORER, KG ad Art. 3, N 4 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 7 ; CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMAN, Art. 3 KG, N 8.

²⁸⁷ Mess-LCart, p. 540 ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 40.

²⁸⁸ ATF 129 II 497, c. 3.3 (fr) ; Tribunal cantonal vaudois, DPC 2007/3, p. 495, *L'Etivaz*, p. 502, c. IV ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 40 et 42 ; BORER, KG ad Art. 3, N 4 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 7.

²⁸⁹ Mess-LCart, p. 540. Cf. CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 40 ; STIRNIMANN, *Urheberkartellrecht*, p. 299 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 20. Selon le message du Conseil fédéral, Mess-LCart, p. 540, n. 110, l'application pour le surplus de la LCart a une importance pour les régies fédérales qui ne sont pas dispensées d'appliquer la LCart pour la partie de leur activité non concernée par le

criptions ont été adoptées à un moment où le droit des cartels ne s'appliquait pas encore aux activités étatiques, ce qui signifie que le législateur ne pouvait pas avoir l'intention de soustraire un domaine à la concurrence²⁹⁰.

La réserve de l'art. 3 al. 1 let. b LCart doit également être interprétée de manière restrictive²⁹¹. Le Tribunal fédéral a fixé un critère pour les cas où il n'y a pas de règle claire : le critère est « celui de savoir si la soumission d'un secteur donné à la loi sur les cartels ferait obstacle à l'accomplissement de la tâche d'intérêt public impartie par la loi à une entreprise »²⁹².

La lecture de l'art. 3 al. 1 let. b LCart met en lumière l'existence de deux éléments :

- Il faut tout d'abord identifier si une tâche publique existe. Seules les activités, instituées par le droit public, qui tendent à l'accomplissement d'un intérêt public sont visées²⁹³. Le droit applicable permet de déterminer si une tâche est de nature publique²⁹⁴.
- L'art. 3 al. 1 let. b ne vise que les tâches publiques accomplies sur la base d'un droit spécial²⁹⁵. Il faut déterminer si l'entreprise se voit conférer une position concurrentielle particulière par une

droit spécial. Cette remarque vaut également pour les entreprises dont les droits spéciaux sont d'origine cantonale. A ce propos, cf. ATF 129 II 497, c. 3.3.1 (fr) ; HÄNNI/STÖCKLI, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, N 166.

²⁹⁰ ATF 129 II 497, c. 3.3.2 (fr) ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 40.

²⁹¹ ATF 129 II 497, c. 3.3, 4 et 5 (fr).

²⁹² ATF 129 II 497, c. 5.4.9 *if* (fr).

²⁹³ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 41. Cf. ATF 129 II 497, c. 5.4.9 (fr) qui utilise la notion de tâche d'intérêt public. Sur la notion de tâche publique, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 57, N 1 ss ; RÜTSCHKE, *Aufgaben*, p. 153 ss. Certains auteurs précisent qu'il faut un certain élément de durée.

²⁹⁴ P. ex. l'approvisionnement en électricité. ATF 129 II 497, c. 3.1 et 3.2.1 (fr) ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 41.

²⁹⁵ ATF 129 II 497, c. 5.4.9 (fr) ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 41.

prescription légale²⁹⁶. L'organisation de tels droits spéciaux peut se faire sous différentes formes²⁹⁷. Ils peuvent notamment résulter d'une régale, d'un monopole d'Etat ou d'une concession²⁹⁸.

Ainsi, les droits spéciaux sont souvent prévus sous la forme de monopoles de droit²⁹⁹. Comme exemple, on peut citer le monopole conféré à la Poste suisse concernant les lettres et paquets jusqu'à deux kilogrammes (*Sachbeförderungsregal*)³⁰⁰. L'art. 3 de la Loi sur la Poste³⁰¹, qui attribue un droit exclusif à l'entreprise, est déterminant³⁰².

En revanche, un monopole de fait (la haute police de l'Etat sur le domaine public, art. 664 CC) ne suffit pas, en soi, pour que la réserve s'applique³⁰³. De plus, les mandats d'approvisionnement cantonaux ou communaux confiés à des entreprises n'entrent pas forcément dans l'art. 3 al. 1 let. b LCart. Ainsi, les entreprises actives sur le marché de l'approvisionnement en eau, en gaz, ou en électricité peuvent être concernées par l'application de la LCart³⁰⁴. De tels mandats d'approvisionnement conduisent souvent à une distorsion de la concurrence (aides financières, Etat demandeur de

²⁹⁶ ATF 129 II 497, c. 3.3.1 (fr); CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 42; RENTSCH, *Deregulierung*, p. 169; UHLMANN, *Staatshandeln*, p. 128.

²⁹⁷ ZÄCH, *Kartellrecht*, N 287. Comp. : AMSTUTZ, *Unternehmen*, p. 85.

²⁹⁸ ATF 129 II 497, c. 3.3.1 et 5.4.9 (fr); CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 42. Cf. également WEBER, *Einleitung*, p. 47; STIRNIMANN, *Urheberkartellrecht*, p. 299; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 18 ss.

²⁹⁹ ATF 129 II 497, c. 5.4.7 (fr); HÄNNI/STÖCKLI, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, N 166; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 43; ZÄCH, *Kartellrecht*, N 287; CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN, Art. 3 KG, N 6; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 18 s.

³⁰⁰ ZÄCH, *Kartellrecht*, N 287; JAAG/LIENHARD/TSCHANNEN, *Gebiete*, p. 95 s.; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 19.

³⁰¹ Loi fédérale sur la Poste du 17 décembre 2010 (LPO), RS 783.0.

³⁰² ZÄCH, *Kartellrecht*, N 287; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 19.

³⁰³ ATF 129 II 497, c. 5.4.7 (fr); CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 43; ZÄCH, *Kartellrecht*, N 288. Comp. CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN, Art. 3 KG, N 6; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 18.

³⁰⁴ ZÄCH, *Kartellrecht*, N 288; CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMAN, Art. 3 KG, N 7. Pour l'approvisionnement en électricité, cf. ATF 129 II 497 (fr); HÄNNI/STÖCKLI, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, N 167; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 19. Cf. SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 10.

services)³⁰⁵. Cela ne veut pas encore dire que la LCart n'est pas applicable. Une analyse détaillée est nécessaire³⁰⁶.

Dans cette lignée, un droit spécial peut également être conféré à une entreprise par une autorisation dont le régime est fixé par une loi ; il découle alors de la loi, lorsqu'il n'y a pas de monopole³⁰⁷. Dans ce cas, il faut vérifier si une subordination à la LCart constitue un obstacle pour l'accomplissement de la tâche d'intérêt public confiée à une entreprise par la loi³⁰⁸. Ainsi, un hôpital public, partiellement financé par l'Etat – ce qui conduit à une position concurrentielle particulière – ne dispose pas d'un monopole³⁰⁹. Il faut vérifier dans quelle mesure la soumission à la LCart empêche l'accomplissement de la tâche d'intérêt public. Ce n'est que dans ce contexte que l'exclusion de la LCart se justifie³¹⁰.

c. Portée et conséquences

Le secteur de la santé fait l'objet d'une abondante réglementation fédérale et cantonale qui empêche de prime abord l'épanouissement d'une concurrence efficace. Nous nous attarderons sur ces prescriptions afin de déterminer si elles sont réservées au sens de l'art. 3 al. 1 LCart et si elles prévoient un régime de marché ou de prix de caractère étatique ou l'exécution d'une tâche publique sur la base d'un droit spécial.

D'une manière générale, lorsque les autorités de la concurrence sont face à une éventuelle prescription réservée, elles doivent l'examiner d'office³¹¹ et l'interpréter pour déterminer si l'on se trouve dans le cadre de l'art. 3

³⁰⁵ ZÄCH, Kartellrecht, N 288.

³⁰⁶ ZÄCH, Kartellrecht, N 288 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 19.

³⁰⁷ HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, p. 60 s. ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 21 ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 43. Cf. not. les art. 41 à 43 de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins, Loi sur le droit d'auteur (LDA), RS 231.1.

³⁰⁸ ATF 129 II 497, c. 5.4.9 (fr) ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 21 ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 166.

³⁰⁹ BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 21. Notons que celui-ci peut éventuellement être en situation de monopole (économique) sur un marché.

³¹⁰ ATF 129 II 497, c. 5.4.9 (fr) ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 21.

³¹¹ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 52 s. ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 23 ; SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 707.

al. 1 LCart³¹². Dans l'affirmative, la législation réservée l'emporte et les dispositions matérielles de la LCart ne sont pas applicables. Les autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence ne peuvent alors rendre de décision, chercher un accord amiable ou sanctionner des comportements qui sont conformes à ces lois³¹³. Elles ne peuvent pas non plus refuser d'appliquer ces dispositions ou les annuler³¹⁴. Elles n'ont la compétence ni de rétablir un régime de concurrence, ni de déterminer si le système choisi ne fonctionne effectivement pas³¹⁵. Cela vaut aussi lors d'une procédure devant le juge civil³¹⁶.

En revanche, la Comco peut soumettre des recommandations aux autorités et les rendre ainsi attentives aux inconvénients d'une réglementation ou leur proposer des solutions, notamment de supprimer une réglementation empêchant l'application des dispositions matérielles de la LCart³¹⁷. Lors de l'interprétation, les autorités de la concurrence peuvent également « restreindre », dans les limites de leur pouvoir d'interprétation, l'étendue d'une prescription et signaler aux autorités et aux entreprises que la LCart est applicable pour le surplus³¹⁸.

En pratique, ce régime de coordination pouvant conduire à l'exclusion de l'application de la LCart a des conséquences procédurales pour les autori-

³¹² CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 17 ; CARCAGNI/TEIS/DURRER/HANSELMANN, Art. 3 KG, N 4 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 7.

³¹³ CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN, Art. 3 al. 1 KG, N 3 ; HÄNNI/STÖCKLI, N 170. Voir également WEBER, Einleitung, p. 46 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 22 ; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, N 1.87.

³¹⁴ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 15 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 133 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 14.

³¹⁵ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 9 ; WEBER, Einleitung, p. 46 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 281 ; CARAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN, Art. 3 KG, N 3 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 8, SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 14 ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 169.

³¹⁶ CARRON, Concurrence, p. 389.

³¹⁷ ATF 129 II 497, c. 5.4.7 (fr) ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 18 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 22 ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 170 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 15 ; CARRON, Concurrence, p. 390.

³¹⁸ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 17. Cf. BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 4 qui considère que la Comco a ainsi une fonction dérégulatoire.

tés chargées d'appliquer le droit de la concurrence. Elles doivent vérifier si une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart exclut l'application de la loi sur les cartels³¹⁹. L'autorité peut traiter ce point dans une décision incidente³²⁰. A ce propos, la possibilité pour une entreprise de demander une décision incidente à la Comco est controversée³²¹. Selon la jurisprudence du TF, une telle prétention existe, mais seulement lorsqu'une entreprise prétend à l'existence d'une prescription réservée « *rechtzeitig, substantiiert und nicht offensichtlich unbegründet* »³²².

d. Synthèse

L'art. 3 al. 1 vise les situations où la violation de la LCart est issue du « choix d'une autorité, agissant dans sa sphère de compétence et dans le respect du droit supérieur, qui ordonne ou autorise un comportement ou un acte qui entre en tension avec les dispositions matérielles de la LCart »³²³. Les prescriptions doivent être interprétées, ce qui n'est pas toujours aisé en pratique.

La Comco n'est pas compétente pour rendre des décisions dans un tel cas. En revanche, elle peut identifier d'éventuels problèmes de manière très précise et doit, dans la mesure où cela est opportun, user de son pouvoir de rendre des recommandations.

B. La relation avec la propriété intellectuelle

La relation entre la LCart et le droit de la propriété intellectuelle est délicate³²⁴. En effet, le droit de la propriété intellectuelle incite à innover et protège l'auteur de l'invention par un droit d'exclusivité sur celle-ci pendant une certaine période. Il garantit par là même une concurrence plus

³¹⁹ CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMAN, Art. 3 al. 1 KG, N 3. Cf. TF, arrêt 2.A.492/2002 du 17 juin 2003 ; SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 707.

³²⁰ ATF 129 II 497 (fr) ; CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMAN, Art. 3 KG, N 3 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 24 ; SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 707.

³²¹ HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 171.

³²² CARCAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMAN, Art. 3 KG, N 3 et les réf.

³²³ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 44.

³²⁴ BORER, KG ad Art. 3, N 8 ; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 al. 2 LCart, N 1. Pour une analyse en droit européen, cf. HEINEMANN, Propriété intellectuelle, p. 169 ss. Cf. également l'arrêt de la Commission européenne du 24.3.2004, COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, traitant du conflit entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle.

saine³²⁵. Dans le même temps, ce droit exclusif conduit à une position de monopole et empêche le développement de la concurrence³²⁶. Cette tension a occupé depuis longtemps le législateur et la pratique qui ont cherché le moyen de délimiter l'application de ces législations de manière équilibrée³²⁷. Aujourd'hui, l'art. 3 al. 2 LCart prévoit que la loi « n'est pas applicable aux effets sur la concurrence qui découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle. En revanche, les restrictions aux importations fondées sur des droits de propriété intellectuelle sont soumises à la présente loi ».

Deux éléments sont à distinguer. Sur le principe tout d'abord, lorsque des effets sur la concurrence découlent exclusivement de la législation sur la propriété intellectuelle, la LCart n'est pas applicable (art. 3 al. 2, 1^{ère} phrase). Le secrétariat de la Comco précise que ne tombent sous le coup de cette disposition que les effets de la concurrence qui visent les actes du titulaire de la protection et qui se fondent sur une disposition de droit relevant de la propriété intellectuelle. Tout élargissement de la protection au moyen d'un contrat reste soumis à la LCart³²⁸. Ensuite, une exception au principe, adoptée dans un deuxième temps³²⁹, est prévue à l'art. 3 al. 2, 2^{ème} phrase. Elle tempère la réserve de la première phrase en soumettant à la LCart les restrictions aux importations basées sur des droits de propriété intellectuelle³³⁰.

Dans le secteur de la santé en général, le domaine pharmaceutique est principalement concerné par la législation sur la propriété intellectuelle. Par exemple, l'entreprise pharmaceutique qui développe un nouveau mé-

³²⁵ BORER, KG ad Art. 3, N 8 ; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 al. 2 LCart, N 2 ; CARAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN, Art. 3 KG, N 9 ; HEINEMANN, Schutzrecht, p. 34 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 290.

³²⁶ BORER, KG ad Art. 3, N 8 ; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 al. 2 LCart, N 1 ; CARAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN, Art. 3 KG, N 9 ss ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 17 ss ; HEINEMANN, Schutzrecht, p. 24 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 290.

³²⁷ BORER, KG ad Art. 3, N 8 ; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 al. 2 LCart, N 2.

³²⁸ Secrétariat Comco, DPC 2006/3, p. 433, *Medikamentenpreis Thalidomid*, ch. 29 ; HEINEMANN, Demarkation, p. 50 ; RAUBER, Verhältnis, p. 196 s.

³²⁹ RO 2004 1385 ; FF 2002 1911. Cet alinéa a été adopté suite à l'affaire *Kodak*, ATF 126 III 129, JdT 2000 I 529.

³³⁰ BORER, KG ad Art. 3, N 9 ; CR Concurrence-ALBERINI, Art. 3 al. 2 LCart, N 6 ; CARAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN, Art. 3 KG, N 18 ; HEINEMANN, Demarkation, p. 50 s.

dicament le fera protéger par un brevet qui exclut *a priori* l'application de la loi sur les cartels le temps du brevet. En outre, une nouvelle question se pose, aux Etats-Unis³³¹ et en Europe³³² principalement, à savoir celle du traitement des « *pay for delay* ». Au terme du délai de protection prévu par un brevet (obtenu pour le développement d'un médicament par exemple), l'entreprise titulaire de ce brevet conclut des accords qui prévoient une rémunération des concurrents potentiels contre leur engagement à différer leur entrée sur le marché. Cela ouvre la porte à un questionnement relatif au traitement de tels accords en droit de la concurrence. Finalement, des questions se posent quant au traitement des importations parallèles³³³ : le détenteur d'un brevet sur un médicament en Suisse peut-il empêcher, grâce à son brevet, les importations parallèles de médicaments provenant de l'étranger ?³³⁴ Traiter de la problématique liée à l'art. 3 al. 2 LCart dans le secteur pharmaceutique pourrait constituer un sujet de thèse à lui seul. Notre volonté étant d'être la plus complète possible dans les domaines que nous aborderons, nous avons centré notre étude sur les prestations et le financement des soins et avons exclu les problématiques liées aux produits (cf. Introduction). Nous renonçons donc à traiter des questions de brevet, des importations parallèles de médicaments et du problème des « *pay for delay* ». Par conséquent, nous ne développerons pas plus avant les questions relatives à l'art. 3 al. 2 LCart.

VI. L'ARTICULATION ENTRE LES ART. 2 ET 3 LCART

Lors de l'examen de l'applicabilité de la LCart, l'autorité de la concurrence examine les art. 2 et 3 LCart (spécialement l'al. 1 dans le cas qui nous intéresse). L'art. 3 LCart relève précisément du champ d'application matériel de la LCart, mais n'est en général examiné qu'après l'ensemble

³³¹ La FTC en a fait un de ses chevaux de bataille. Pour une décision de la Cour suprême, cf. *Federal Trade Commission v. Actavis, Inc., et al.*, 12-416, du 17 juin 2013.

³³² La Commission a, par exemple, infligé des amendes à *Lundbeck* et d'autres laboratoires pharmaceutiques le 19 juin 2013 (décision pas trouvée, mais communiqué de presse : IP/13/563) et à *Novartis* et *Johnson et Johnson* le 10 décembre 2013.

³³³ Cf. not. à propos des importations parallèles ZÄCH, *Kartellrecht*, N 295 ss et réf. ; VENTURI, *Importations parallèles*, p. 215 ss ; SCHALLER, *Ententes* ; WEBER/VOLZ, *Wettbewerbsrecht*, N 1.108 ss.

³³⁴ Cf. ZÄCH, *Kartellrecht*, N 313 ss.

des conditions posées par l'art. 2 LCart³³⁵. Ainsi, lorsque nous examinerons, dans notre partie spéciale, dans quelle mesure la LCart est applicable, nous suivrons la méthodologie suivante. Nous commencerons par examiner les conditions d'application personnelles, matérielles et territoriale de la LCart (art. 2 LCart). La question du critère temporel ne posera jamais de problème. Dans la mesure où cette question est pertinente, nous examinerons ensuite s'il existe des prescriptions réservées au sens de l'art. 3 al. 1 LCart. Rappelons que si la LCart est applicable, cela ne signifie pas encore que le comportement de l'entreprise n'est pas conforme à la loi. Cela dépendra de l'examen des règles matérielles prévues aux art. 5 ss LCart.

Cette méthodologie permet de séparer au mieux les questions qui se poseront et nous nous y tiendrons le plus strictement possible, dans la perspective académique de trancher tout questionnement.

Un problème se pose parfois à propos de l'articulation des art. 2 et 3 LCart, principalement face à une entité publique. En effet, pour être qualifiée d'entreprise, l'entité doit être engagée dans le processus économique et disposer d'une indépendance économique³³⁶. Il s'agit donc, à ce stade, d'examiner la nature de l'activité : si l'entité agit en vertu de sa puissance publique et que son activité et la tâche de puissance publique sont inséparables, la condition de l'engagement dans le processus économique n'est pas remplie et la LCart n'est pas applicable, sans qu'il soit nécessaire d'examiner s'il existe une prescription réservée³³⁷ (principalement si un droit spécial justifie l'exécution de cette tâche publique). Parfois, il sera difficile de déterminer avec certitude si les conditions de l'art. 2 LCart sont remplies. Le problème peut, en revanche, se résoudre par l'art. 3 LCart, puisque, bien souvent dans cette situation, on est en présence d'une prescription réservée relativement claire. La non-application de la LCart résultera en tout cas de l'art. 3 al. 1 LCart. Ce constat pousse parfois les autorités à trancher la question de l'applicabilité de la LCart, seu-

³³⁵ Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, B.1 et B.2 ; Secrétariat, DPC 1998/4, p. 562, *Tarifs pratiqués par les Hôpitaux de Genève (HUG) en matière de soins ambulatoires*, B.1 ; ATF 129 III 499, JdT 2004 I 13 : c. 3.2.5 sur l'application de la loi, puis c. 3.3. sur l'examen de la prescription réservée.

³³⁶ Cf. Section I.A. du présent chapitre.

³³⁷ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 42. Cf. également LÜSCHER, Glossar, N 76. Cf. ATF 129 II 497, c. 3.3.1 (fr) ; ATF 127 II 32, c. 3c, JdT 2004 I 131.

lement sous l'angle de l'art. 3 LCart. La Comco a procédé de cette manière dans son avis concernant la planification hospitalière³³⁸. Elle a laissé ouvert le point de savoir si les conditions de l'art. 2 LCart sont remplies, considérant que cette activité tombait sous le coup de l'art. 3 al. 1 LCart et rejetant ainsi l'application de la loi. Il arrive cependant que la prescription légale ne soit pas claire et ne permette pas d'évincer l'examen de l'art. 2 LCart³³⁹. Dans ce cas, il sera nécessaire de trancher.

En revanche, si l'activité correspond à un engagement dans le processus économique et que l'entité dispose malgré tout d'une indépendance économique (on parle de domaine d'activité étatique à caractère d'entreprise), les conditions de l'art. 2 LCart sont remplies et il faut alors se pencher sur la réserve de l'art. 3 al. 1 LCart³⁴⁰.

VII. LES CONSÉQUENCES DE L'APPLICATION DE LA LCART

Lorsque les conditions d'application de la LCart, prévue par l'art. 2 LCart, sont remplies et que l'on ne se trouve pas dans un cas prévu par l'art. 3 al. 1 ou par l'art. 3 al. 2 LCart, les dispositions matérielles de la loi doivent être appliquées. Il faut alors distinguer les conséquences de l'application de la loi pour les autorités administratives et pour les autorités civiles³⁴¹.

Concernant le volet administratif, la mise en œuvre relève de la Comco, de son secrétariat, puis des autorités de recours éventuellement saisies. La Comco jouit d'un pouvoir décisionnel, sous réserve des cas d'exclusion des art. 3 al. 1 et 2 LCart. Une telle décision sera communiquée à l'entreprise identifiée. Il faut toutefois réserver les dispositions procédurales pertinentes. Une société simple peut être une entreprise au sens de la LCart, bien qu'elle ne dispose pas de la personnalité juridique. Dans ce

³³⁸ Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*.

³³⁹ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 42.

³⁴⁰ ATF 129 II 497, c. 3.3.1 (fr) ; ATF 127 II 32, c. 3c, JdT 2004 I 131 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 265 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 42 ; SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 704 ss.

³⁴¹ CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 96. Cf. aussi RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, p. 419.

cas, les sociétaires seront destinataires de la décision³⁴². Matériellement, cette compétence décisionnelle concerne les trois piliers³⁴³.

En revanche, la compétence des autorités d'observer de façon suivie la situation de la concurrence (art. 45 al. 1 LCart), d'émettre des recommandations (art. 45 al. 2 LCart), des préavis (art. 46 LCart) ou des avis (art. 47 LCart) est plus large et ne concerne pas seulement les trois piliers, mais également le droit économique ou la concurrence dans une optique générale. On pense ici aux situations que nous avons classées dans la catégorie des « restrictions de nature publique »³⁴⁴. Ainsi, une restriction de droit public qui tombe sous le coup de l'art. 3 al. 1 LCart, un monopole étatique ou une aide d'Etat peuvent faire l'objet d'une recommandation, d'un préavis ou d'un avis, mais jamais d'une décision³⁴⁵.

Concernant le volet civil, les autorités civiles saisies agiront dans le cadre des compétences octroyées par les art. 12 ss LCart et dans le respect de l'ensemble des dispositions de procédure civile. Elles seront saisies par une personne qui s'estime entravée dans son accès à la concurrence ou dans l'exercice de celle-ci. L'autorité pourra supprimer ou faire cesser l'entrave, ordonner la réparation du dommage ou la remise du gain réalisé indûment (art. 12 al. 1 LCart). A la requête du demandeur, le juge civil peut également déclarer un contrat nul ou obliger celui qui est à l'origine de l'entrave à la concurrence à conclure un contrat avec le lésé (art. 13 let. a et b LCart).

³⁴² CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 26 ; HEIZMANN, Unternehmen, N 135 ; HENCKEL VON DONNERSMARCK, Unternehmensdefinition, p. 217.

³⁴³ MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 66 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 72.

³⁴⁴ Cf. Section V.A.a. du présent Chapitre ainsi que le renvoi au Chap. 2.I. de la présente Partie.

³⁴⁵ MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 66 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 71.

Chapitre 4 : LE CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI SUR LA SURVEILLANCE DES PRIX

Le champ d'application de la loi sur la surveillance des prix est régi par les art. 1 et 2 LSPr. Dans l'optique de se calquer sur la méthodologie suivie pour la LCart, nous commençons par examiner les champs d'application personnel (I), matériel (II) et territorial (III) de la LSPr. Nous abordons enfin les conséquences de l'application de la loi (IV).

I. LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL

L'art. 2 LSPr régit le champ d'application à raison des personnes et prévoit que la loi est applicable « aux accords en matière de concurrence au sens de la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels et aux entreprises puissantes sur le marché qui relèvent du droit public ou du droit privé ». Il reprend la notion d'accord en matière de concurrence de l'art. 2 al. 1 LCart, et définit à l'art. 4 al. 1 LCart, et celle d'entreprise puissante sur le marché employée à l'art. 2 al. 1 LCart³⁴⁶.

D'un point de vue purement personnel, la LSPr s'applique aussi bien aux entreprises de droit public que de droit privé³⁴⁷. Cette formulation correspond à celle de l'art. 2 al. 1 LCart³⁴⁸.

La LSPr vise ensuite les entreprises qui sont parties à un accord en matière de concurrence ou qui sont puissantes sur le marché. Ces dernières notions, traitées sous l'angle personnel du champ d'application de la LSPr, relèvent du champ d'application matériel de la LCart. Ce décalage est purement méthodologique. KÜNZLER/ZÄCH sont d'avis qu'il faudrait comprendre la notion d'accord, non pas comme un élément de fait, mais

³⁴⁶ CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 11 ; WEBER, PüG, p. 2. Cf. également HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 566. Pour les renvois lors de l'adoption de la LSPr, cf. Mess-LSPr, p. 809.

³⁴⁷ Mess-LSPr, p. 809 ; CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 11 ; WEBER, PüG, p. 22 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 2, N 3.

³⁴⁸ CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 11 ; WEBER, PüG, p. 22 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 2, N 3. Sur la notion, cf. *supra* Chap. 4.I. de la présente Partie.

comme renvoyant à la personne ou au participant au marché, soit à l'entreprise qui conclut l'accord³⁴⁹.

A propos de la notion d'accord, nous pouvons renvoyer entièrement à l'examen du champ d'application de la LCart. La définition de l'art. 4 al. 1 LCart s'applique³⁵⁰ et la LSPr concerne les accords horizontaux et verticaux, ainsi que les accords avec ou sans force obligatoire³⁵¹.

En revanche, concernant la notion d'entreprise puissante sur le marché, la LSPr emploie les termes de l'art. 2 al. 1 LCart concernant le champ d'application de la LCart, mais pas ceux de l'art. 4 al. 2 LCart définissant la notion d'entreprise en position dominante sur le marché. Les dispositions de la LSPr s'appliquent donc dans des situations où les dispositions matérielles de la LCart ne sont pas examinées, puisque la notion d'entreprise puissante sur le marché est plus facilement atteinte que celle d'entreprise dominant le marché³⁵². Le Surveillant des prix peut rendre une décision dans des cas où la Comco ne pourra que rendre des recommandations³⁵³. Notons encore que la LSPr ne s'applique pas directement aux concentrations d'entreprises³⁵⁴.

En pratique, le Surveillant des prix examine le plus souvent des états de fait dans lesquels la concurrence est exclue par la loi, soit les domaines régis par des régimes de marché ou des prix de caractère étatique ou organisés selon des monopoles (cf. art. 14 et 15 LSPr)³⁵⁵.

II. LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

L'art. 1 LSPr traite du champ d'application de la loi à raison de la matière. La loi s'applique aux prix des marchandises et des services, y compris ceux des crédits. Elle est centrée sur le paramètre concurrentiel du

³⁴⁹ KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 2, N 1.

³⁵⁰ KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 2, N 1 ; WEBER, PüG, p. 22. Cf. également Mess-LSPr, p. 809.

³⁵¹ Sur ces notions, cf. Chap. 3.II.A.a de la présente Partie.

³⁵² Cf. Chap. 3.II.A.b de la présente Partie. CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 12. *Contra* : WEBER, PüG, p. 23.

³⁵³ CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 12.

³⁵⁴ CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 13.

³⁵⁵ HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 566.

prix³⁵⁶, notion qui doit être comprise dans son sens économique d'unité monétaire payée contre l'obtention d'un bien ou d'un service³⁵⁷.

Selon le texte de la loi, le prix peut être celui d'un bien (p. ex. un médicament) ou d'un service (p. ex. fourni par un médecin)³⁵⁸. Depuis 1991, la loi concerne également la rémunération des crédits, à savoir les intérêts³⁵⁹.

L'art. 1, 2^{ème} phrase LSPr contient des réserves en faveur de la BNS et des rémunérations des travailleurs³⁶⁰. Nous renonçons à développer ces aspects dans la mesure où ils dépassent notre problématique.

Bien que l'art. 1 LSPr ne parle que de « prix », l'intervention du Surveillant est en réalité limitée aux cas de « prix abusifs » résultant d'accords ou imposés par des entreprises puissantes sur le marché (art. 4 al. 2 LSPr). Un prix est considéré comme abusif lorsque, sur un marché, il n'est pas la conséquence d'une concurrence efficace (art. 12 al. 1 LSPr). On se trouve dans une situation de concurrence efficace lorsque les acheteurs ont d'autres sources d'approvisionnement et cela à des prix comparables et sans qu'il en résulte pour eux des efforts considérables (art. 12 al. 2 LSPr)³⁶¹. Lorsque le Surveillant des prix apprécie si un prix a été augmenté ou maintenu abusivement, il doit tenir compte notamment de l'évolution des prix sur des marchés comparables, de la nécessité de réaliser des bénéfices équitables, de l'évolution des coûts, des prestations particulières des entreprises et des situations particulières inhérentes au marché. Lorsqu'il vérifie les coûts, il peut aussi prendre en compte les prix de base (art. 13 LSPr).

³⁵⁶ CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 17 ; WEBER, PüG, p. 18.

³⁵⁷ CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 17 et réf.

³⁵⁸ WEBER, PüG, p. 15 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 1, N 2.

³⁵⁹ RO 1991 2092 s. A ce propos, WEBER, PüG, p. 14 ss ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 1, N 3. 1 ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 567.

³⁶⁰ Cf. à ce propos, Mess-LSPr, p. 808 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 1, N 4 s. ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 567.

³⁶¹ L'art. 12 al. 2 est à lire dans ses versions allemande et italienne. La version française précise que les prix doivent être comparables, ce qui est trop restrictif. A ce propos, cf. CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 20.

III. LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL

La LSPr ne contient pas de disposition traitant de son champ d'application territorial³⁶². Malgré ce silence, la théorie des effets s'applique³⁶³. Lorsqu'un état de fait déploie des effets en Suisse, le Surveillant des prix peut intervenir si les autres critères sont remplis³⁶⁴.

IV. LES CONSÉQUENCES DE L'APPLICATION DE LA LSPR

Lorsque les conditions d'application de la LSPr, prévues aux art. 1 et 2, sont remplies, le Surveillant des prix sera compétent pour intervenir et appliquera les dispositions matérielles de la loi (art. 4 à 11 LSPr). Sa première tâche consiste en l'observation de l'évolution des prix. Il peut être amené à constater qu'une intervention se justifie. Il peut alors agir lorsque son domaine de compétence est concerné ou recommander à l'autorité compétente d'agir³⁶⁵. La deuxième tâche du Surveillant est d'empêcher les augmentations de prix abusives et le maintien de prix abusifs (art. 4 al. 2 LSPr). Il agit d'office ou sur dénonciation³⁶⁶. S'il constate qu'une augmentation de prix est abusive, il devra tenter de trouver une solution consensuelle avec l'entreprise³⁶⁷ et pourra ultimement rendre une décision³⁶⁸. L'évaluation du prix litigieux se fait selon les critères des art. 12 s. LSPr.

³⁶² Mess-LSPr, p. 810 ; CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 26 ; WEBER, PüG, p. 18 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 1, N 8 ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 568.

³⁶³ Mess-LSPr, p. 810 ; CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 26 ; WEBER, PüG, p. 18 s. ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 1, N 8 ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 568.

³⁶⁴ Sur ces éléments, cf. Chap. 3.III de la présente Partie.

³⁶⁵ Art. 15 s. LSPr. Cf. Mess-LSPr, p. 819 ; CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 28.

³⁶⁶ Art. 6 s. LSPr ; Mess-LCart, p. 814 s. ; CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 29.

³⁶⁷ La surveillance des prix s'exerce de concert avec les milieux intéressés (art. 5 al. 1, 1^{ère} phrase LSPr). L'art. 6 LSPr permet ensuite aux entreprises de soumettre de manière préventive une augmentation de prix au Surveillant. Finalement, lorsque le Surveillant constate un abus, il doit s'efforcer de trouver un règlement amiable (art. 9 LSPr).

³⁶⁸ Le Surveillant a, en dernier recours, le pouvoir de rendre une décision qui interdit tout ou partie de l'augmentation de prix ou qui ordonne un abaissement de prix (art. 10

La LSPr vise également les restrictions de nature publique (art. 14 et 15 LSPr) et prévoit une compétence particulière du Surveillant des prix qui ne ressort pas expressément de la définition du champ d'application. Ces articles traitent des relations que le Surveillant des prix entretient avec des autorités étatiques, chargées de réguler le prix d'un produit³⁶⁹.

L'art. 14 LSPr vise les situations où les prix sont fixés ou approuvés par des autorités législatives ou exécutives suite à une proposition des parties à un accord en matière de concurrence ou par des entreprises puissantes sur le marché. Avant de rendre une décision, l'autorité doit prendre l'avis du Surveillant qui peut émettre des recommandations³⁷⁰, mais non rendre de décisions³⁷¹. Sur cette base, le Surveillant a émis des recommandations dans des secteurs variés, notamment celui de la santé. Elles concernent les médicaments, les hôpitaux, les cliniques ou les médecins³⁷². Nous les examinons dans leur contexte respectif.

L'art. 15 LSPr vise le cas où une autre autorité de surveillance des prix convenus ou arrêtés par une entreprise puissante sur le marché est prévue au niveau fédéral. Dans le secteur de la santé, on pense par exemple à la FINMA qui exerce une surveillance sur les assurances privées³⁷³. Nous reviendrons sur ces points. En principe, cette autorité fédérale applique la LSPr. Elle informe le Surveillant des prix qui peut proposer de renoncer à une augmentation de prix ou d'abaisser le prix maintenu abusivement. L'autorité mentionne l'avis du Surveillant dans sa décision et doit, si elle s'en écarte, l'expliquer³⁷⁴. Dans pareilles situations, le Surveillant ne peut donc pas rendre de décision³⁷⁵.

LSPr). Des sanctions sont prévues en cas de violation de la décision (art. 23 LSPr). Cf. Mess-LSPr, p. 812 ss ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 1, N 5 et ad Art. 10, N 1 ; WEBER, PüG, p. 19.

³⁶⁹ CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 41.

³⁷⁰ A ce propos, Mess-LSPr, p. 804 et 818 s. ; CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 44 ss ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 14, N 1 ss.

³⁷¹ KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 1, N 6 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 2, N 4.

³⁷² CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 41 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 14, N 2.

³⁷³ Mess-LSPr, p. 804 s. ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 15, N 3 ss.

³⁷⁴ Mess-LSPr, p. 804 s. et 819 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 15, N 1 ss. Pour un exemple, TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2014, c. 7.

³⁷⁵ KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 1, N 6 et ad Art. 2, N 4.

Chapitre 5 : L'ARTICULATION ENTRE LA LSPR ET LA LCart

Le législateur, conscient que l'adoption de la LSPr posait un problème de délimitation entre les attributions de la Comco et celles du Surveillant des prix, a élaboré un système de coordination des compétences (art. 3 al. 3 LCart et 16 LSPr), mais également de collaboration entre ces autorités (art. 5 LSPr). En effet, le Surveillant des prix s'occupe de l'évolution des prix convenus ou pratiqués par des entreprises puissantes sur le marché. Ces domaines peuvent aussi être concernés par l'application de la LCart qui vise, quant à elle, les entreprises parties à des accords, les entreprises puissantes sur le marché et les concentrations d'entreprises. Ainsi, deux procédures pourraient être ouvertes parallèlement³⁷⁶.

L'art. 5 LSPr a pour but de régler la collaboration directe des deux autorités, celles-ci ne devant pas être entravées dans leurs tâches respectives par des conflits de compétence³⁷⁷. Le Surveillant des prix coopère avec la Comco et participe aux séances de cette dernière avec une voix consultative (al. 2). Les deux autorités doivent s'informer mutuellement des décisions importantes (al. 3). Lorsque le Surveillant des prix doit apprécier des questions relatives au champ d'application à raison des personnes ou relatives à la notion de concurrence efficace, il consulte la Comco avant de prendre une décision (al. 4).

L'articulation des deux lois à proprement parler fait l'objet des art. 3 al. 3 LCart et 16 LSPr.

L'art. 3 al. 3 LCart règle les relations entre la Comco et le Surveillant des prix³⁷⁸. Il prévoit la priorité des procédures prévues par la LCart sur celles prévues par la LSPr dans les cas où les deux lois sont applicables et que

³⁷⁶ Mess-LSPr, p. 802 ; BORER, KG ad Art. 3, N 14 ; Mess-LSPr, p. 802 s. ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 16 LSPr, N 3 ; WEBER, PüG, p. 146 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 3, N 1 ; BÜRGI/DIETRICH, Abgrenzung, p. 179 (sur l'ancien droit).

³⁷⁷ Mess-LSPr, p. 813 ; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 135 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 1, N 2 ; HÄNNI/STÖCKLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 575. Cf. aussi DFE, Surveillance des prix, p. 7 s.

³⁷⁸ DFE, Surveillance des prix, p. 8 ; BORER, KG ad Art. 3, N 14 ; CR Concurrence-SCHALLER/BONVIN, Art. 3 al. 3 LCart, N 1 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 36 ss ; MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 134.

tant la Comco que le Surveillant des prix veulent s'attaquer aux mêmes entreprises³⁷⁹. Les deux autorités ont en revanche la possibilité de décider, d'un commun accord, que le Surveillant des prix est prioritaire (art. 3 al. 3 *in fine* LCart)³⁸⁰.

Cette dispositions doit être lue en lien avec l'art. 16 LSPr³⁸¹ qui prévoit que la Comco peut procéder à des enquêtes, même lorsque le Surveillant des prix a (déjà) rendu une décision ordonnant la réduction des prix abusifs ou suspendu la procédure (al. 1) ; le principe de l'autonomie des enquêtes de la Comco par rapport à celle du Surveillant des prix est consacré³⁸².

En revanche, l'art. 16 al. 2 – exception à ce principe – prévoit que l'examen du caractère abusif des prix convenus ou ceux d'entreprises puissantes sur le marché est réservé au Surveillant des prix. L'art. 16 al. 2 LSPr doit alors être compris comme une limite à l'art. 3 al. 3 LCart³⁸³. En d'autres termes, seul le Surveillant des prix est autorisé à interdire une augmentation de prix ou à ordonner un abaissement de prix (cf. art. 10 LSPr) ; la Comco ne dispose pas d'une telle compétence³⁸⁴. En outre, la Comco ne peut pas rendre de décision si l'éventuel caractère abusif d'un prix a été examiné par le Surveillant des prix³⁸⁵. Cela signifie que la Com-

³⁷⁹ DFE, Surveillance des prix, p. 8 ; BORER, KG ad Art. 3, N 14 s. ; CR Concurrence-SCHALLER/BONVIN, Art. 3 al. 3 LCart, N 4 ss et 10 ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 16 LSPr, N 17 ; CARAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN, Art. 3 KG, N 26 ; WEBER, PüG, p. 146 et 148 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 41 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 3, N 2 s. ; MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 134.

³⁸⁰ BORER, KG ad Art. 3, N 14 ; CR Concurrence-SCHALLER/BONVIN, Art. 3 al. 3 LCart, N 5 et 12 ; CARAGNI/TREIS/DURRER/HANSELMANN, Art. 3 KG, N 26 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 39 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 3, N 3.

³⁸¹ Notons que l'art. 16 LSPr a été adopté avant l'art. 3 al. 3 LCart.

³⁸² Mess-LSPr, p. 802 et 819 (l'art. 16 actuel correspond à l'art. 15 du projet élaboré par le Conseil fédéral) ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 16 LSPr, N 7 et 17 ; WEBER, Art. 16 PüG, N 8 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 30.

³⁸³ CR Concurrence-SCHALLER/BONVIN, Art. 3 al. 3 LCart, N 5 ; BORER, KG ad Art. 3, N 15.

³⁸⁴ Mess-LSPr, p. 802 ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 16 LSPr, N 16 ; WEBER, PüG, p. 146 s.

³⁸⁵ Mess-LSPr, p. 802 ; CR Concurrence-SCHALLER/BONVIN, Art. 3 al. 3 LCart, N 9 ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 16 LSPr, N 13.

co ne peut ni revoir une décision du Surveillant de prix dans le cas où elle portait sur le caractère abusif d'un prix ni rendre de décision lorsqu'une telle question est examinée par le Surveillant des prix³⁸⁶.

Dans les situations où la Comco examine un cas potentiellement litigieux, elle peut arriver à la conclusion que la LCart n'a pas été violée. Dans la mesure où elle constate que le prix pratiqué par ces entreprises est très élevé et qu'elle avait conclu à l'absence de concurrence efficace (cf. 12 LSPr), elle peut transmettre le cas au Surveillant³⁸⁷.

En théorie, lorsque la Comco mène une procédure, le Surveillant des prix peut mener sa propre procédure, se concentrant sur le caractère abusif d'un prix (selon l'art. 16 al. 2 LSPr) et peut rendre une décision. En pratique cependant, le Surveillant des prix consultera la Comco (art. 5 al. 4 LSPr) et cette dernière ne donnera son avis qu'après avoir terminé son enquête et déterminé qu'une procédure selon la LCart ne se justifie pas³⁸⁸.

Nous avons vu que les dispositions matérielles de la LCart ne s'appliquent pas aux prix administrés (art. 3 al. 1 LCart). Dans ce domaine, le Surveillant des prix est, en principe, seul compétent, dans les limites des art. 14 et 15 LSPr toutefois³⁸⁹. Notons que cette institution générale de surveillance des prix administrés ne doit pas inciter les autorités législatives à édicter des prix administrés sans tenir compte des effets concrets sur le marché et sans procéder à des contrôles périodiques³⁹⁰. Rappelons finalement que, malgré l'absence de pouvoir de décision de la Comco dans ce domaine, celle-ci a la possibilité de rendre des recommandations destinées aux autorités³⁹¹.

³⁸⁶ CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 16 LSPr, N 13 ; CR Concurrence-SCHALLER/BONVIN, Art. 3 al. 3 LCart, N 9. Cf. également Mess-LSPr, p. 802.

³⁸⁷ Mess-LSPr, p. 802 ; CR Concurrence-SCHALLER/BONVIN, Art. 3 al. 3 LCart, N 9 et 11 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, p. 20 et 41.

³⁸⁸ CR Concurrence-SCHALLER/BONVIN, Art. 3 al. 3 LCart, N 9 ; BORER, KG ad Art. 3, N 15 ; SCHMIDHAUSER, Art. 2 KG, N 41.

³⁸⁹ BORER, KG ad Art. 3, N 17 ; CR Concurrence-SCHALLER/BONVIN, Art. 3 al. 3 LCart, N 8 et 19. Cf. également KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 1, N 7 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 340 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 3, N 4.

³⁹⁰ BORER, KG ad Art. 3, N 17.

³⁹¹ BORER, KG ad Art. 3, N 17 ; CR Concurrence-SCHALLER/BONVIN, art. 3 al. 3 LCart, N 19.

En guise de synthèse, l'art. 3 al. 3 LCart prévoit que lorsque deux procédures sont parallèlement possibles, la LCart prime. Lorsque le Surveillant des prix a déjà rendu une décision, la Comco peut intervenir (16 al. 1 LSPR). Deux points ressortent de l'exception prévue à l'art. 16 al. 2 LSPR. D'une part, la Comco ne peut pas abaisser un prix. D'autre part, elle n'a pas la compétence de revoir une décision du Surveillant portant sur le caractère abusif d'un prix ou de rendre de décision lorsque ce point est examiné par le Surveillant. Ce dernier est ainsi seul compétent (dans les limites de l'art. 5 al. 4 LSPR). Finalement, en cas de prix administré, aucun examen des dispositions matérielles de la LCart n'est possible (art. 3 al. 1 LCart) et la Comco ne peut que rendre une recommandation. La compétence du Surveillant des prix est donnée, mais limitée par les art. 14 et 15 LSPR.

Chapitre 6 : LE CHAMP D'APPLICATION DE LA LOI CONTRE LA CONCURRENCE DÉLOYALE

La LCD ne définit pas expressément son champ d'application³⁹². Nous tentons toutefois de le délimiter. Nous nous penchons sur les volets civil et pénal. Nous distinguons, personnellement (I), la personne protégée par la loi et la personne qui peut être poursuivie pour un comportement déloyal. Nous déterminons ensuite, matériellement (II), les comportements visés ainsi que les champs d'application territorial (III) et temporel (IV). Puis, nous présentons les principales dispositions pertinentes (V) ainsi que les conséquences de leur application (VI).

La section VII a pour objet le champ d'application des dispositions relevant du volet administratif (obligation d'indiquer le prix).

Nous procédons de cette manière afin de nous calquer sur la méthode d'analyse utilisée pour la LCart et la LSPr. Cette méthode est pour nous d'autant plus nécessaire que le champ de notre étude se limite à la question de l'application de la loi.

I. LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL

A. Remarques liminaires

A la lecture de la doctrine, nous constatons qu'un flou terminologique règne quant à la notion de « champ d'application de la LCD »³⁹³. Il faut selon nous distinguer plusieurs points.

Le premier élément consiste à déterminer qui est protégé par la LCD (a). L'art. 1 de la loi évoque « l'intérêt de toutes les parties concernées ». Cette notion doit être précisée. Le deuxième élément consiste à délimiter qui peut agir en vertu de la loi (b).

Il faudra enfin définir qui peut être l'auteur d'un comportement déloyal. Seul ce dernier élément correspond précisément à la question du champ d'application personnel (B).

³⁹² SCHOTT, Wettbewerb, N 848.

³⁹³ Cf. p. ex. MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 28 s. selon qui le champ d'application personnel de la loi vise tous les participants à la concurrence.

a. Les parties concernées

Qui voit ses intérêts protégés ? L'art. 2 LCD mentionne expressément plusieurs participants au marché, à savoir les concurrents, les fournisseurs et les clients, mais la LCD concerne tous ceux qui, de n'importe laquelle des façons, participent de manière active ou passive, directe ou indirecte à la concurrence (notion à comprendre de manière large) ; les différences de terminologie que l'on peut trouver en doctrine ont donc une valeur relative³⁹⁴.

On retient, en outre, que l'application de la loi ne suppose pas l'existence d'une relation de concurrence entre l'auteur et le lésé³⁹⁵. On parle de la tridimensionnalité du droit de la concurrence déloyale, dans la mesure où les intérêts de l'économie, des consommateurs et de la collectivité doivent être considérés de manière équivalente³⁹⁶.

De plus, il n'importe pas que les intérêts de ces entités soient atteints ou seulement menacés³⁹⁷.

(i) Les concurrents et les fournisseurs

Les concurrents sont ceux qui offrent des biens ou des prestations, lorsque leur relation mutuelle est en jeu³⁹⁸. Dans la mesure où un rapport de con-

³⁹⁴ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.64 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 101 ss.

³⁹⁵ ATF 126 III 198, c. 2c/aa (fr) ; ATF 120 II 76, c. 3a, JdT 1994 I 365 ; ATF 117 IV 193, c. 1, JdT 1992 I 378 et résumé in : JdT 1993 IV 191 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.62 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 1, N 17 et ad Art. 2, N 6 ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 18 ; CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 31 ; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 2, N 56 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 21 N 95 s. ; DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 5 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 102 ; GUYET, Actions, p. 91 ss ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 8. Le droit suisse se différencie ici du droit allemand qui exige un « *konkretes Wettbewerbsverhältnis* ».

³⁹⁶ Mess-LCD, p. 1001 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 21 N 88 ; SHK UWG-JUNG, Art. 1, N 22 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 29 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 5 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 1, N 16 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 29 ; Dike Komm UWG-HEIZMANN, Art. 1, N 35. La protection octroyée par la loi doit concerner, de la même manière tous les participants au marché et protéger de manière équivalente leurs intérêts à savoir ceux de l'économie, des concurrents et de la communauté.

³⁹⁷ MARTIN-ACHARD, LCD, p. 91 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.66 ; GUYET, Actions, p. 92.

currence n'est pas nécessaire pour appliquer la loi et que l'intérêt de toutes les parties concernées est protégé, on retient une acception large de la notion de concurrent³⁹⁹, englobant les concurrents potentiels⁴⁰⁰. Les concurrents sont notamment concernés par l'art. 3 al. 1 let. a, b, d et e LCD⁴⁰¹.

L'art. 2 LCD mentionne ensuite les fournisseurs. Ceux-ci font partie du même cercle que les concurrents, ils sont toutefois mentionnés ici dans une autre optique, à savoir leur relation verticale avec les clients⁴⁰².

(ii) Les clients et les consommateurs

Les clients sont les destinataires de l'offre des fournisseurs⁴⁰³. Ils se situent en aval de la relation économique⁴⁰⁴. Lorsqu'ils sont au dernier échelon de la relation verticale, ce sont des consommateurs (finaux)⁴⁰⁵. Ils utilisent le bien ou service pour un usage privé⁴⁰⁶. Le consommateur peut être directement protégé (p. ex. art. 3 al. 1 et 8 LCD)⁴⁰⁷ ou voir ses intérêts défendus par le fait que la LCD garantit une concurrence loyale (les biens et services auxquels ils recourent sont mis en concurrence)⁴⁰⁸.

³⁹⁸ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.64 ; SHK UWG-JUNG, Art. 1, N 23.

³⁹⁹ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.64 ; CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 31.

⁴⁰⁰ En ce sens, CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 34 ; SHK UWG-JUNG, Art. 1, N 24.

⁴⁰¹ CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 30.

⁴⁰² PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.64 ; CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 39 ; SHK UWG-JUNG, Art. 1, N 31.

⁴⁰³ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.64 ; SHK UWG-JUNG, Art. 1, N 32 ; BSK UWG-HILTY, N 106 s.

⁴⁰⁴ CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 40.

⁴⁰⁵ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.64 ; CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 40. Cf. aussi MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 213 s. ; SHK UWG-JUNG, Art. 1, N 22 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 29.

⁴⁰⁶ ATF 121 III 336, c. 5d, JdT 1996 I 78 ; CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 35 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.64 et 1.69.

⁴⁰⁷ Mess-LCD, p. 1069 s., 1074 et 1091 ; CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 35 s. et réf. ; SHK UWG-JUNG, Art. 1, N 33. Sur la limitation prévue à l'art. 8 LCD et son origine, cf. SHK UWG-PROBST, Art. 8, N 285.

⁴⁰⁸ CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 36 et réf. Cf. not. Mess-LCD, p. 1069 s., 1074 et 1091.

(iii) Les autres parties concernées

Des tiers qui ne sont ni parties à l'échange ni des consommateurs finaux peuvent avoir un intérêt à ce que la concurrence loyale soit garantie⁴⁰⁹.

On peut penser à la collectivité⁴¹⁰. Elle est en tout cas indirectement intéressée à ce que le lien social ne soit pas affecté et à ce que les entreprises ne puissent pas retirer d'avantages économiques qui ne correspondent pas à leur mérite⁴¹¹. En outre, à certaines conditions, à savoir principalement si elle a un intérêt économique, une corporation de droit public peut intenter une action en matière de concurrence déloyale⁴¹². D'une manière plus large, l'Etat a une compétence de surveillance (et même un droit d'agir en justice) et est tenu à la mise en œuvre de la loi⁴¹³.

Déterminer le cercle des parties concernées ne nous indique pas encore qui peut ouvrir une action.

b. La qualité pour agir

La protection conférée par le droit civil est le centre de gravité de la LCD⁴¹⁴. La qualité pour agir est arrêtée – de manière assez large – aux art. 9 à 15 LCD⁴¹⁵. Peuvent agir toute personne ou entité qui, par un acte de concurrence déloyale, subit une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général ou celui qui en est menacé⁴¹⁶, mais aussi les clients – y compris

⁴⁰⁹ CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 42 ; SHK UWG-JUNG, Art. 1, N 47 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 105.

⁴¹⁰ Mess-LCD, p. 1068 s. et 1091 ; CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 41 et 43 ; SHK UWG-JUNG, Art. 1, N 22 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 29.

⁴¹¹ CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 43.

⁴¹² L'intérêt économique n'a pas été reconnu in : ATF 112 II 369, JdT 1987 I 237 et reconnu in : ATF 123 III 395, c. 2a, JdT 1998 I 338.

⁴¹³ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 121 et réf.

⁴¹⁴ Mess-LCD, p. 1045.

⁴¹⁵ Mess-LCD, p. 1045 ss, 1086. Cf. p. ex. CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 120 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 21 N 94 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 16.01 ss ; MARTIN-ACHARD, LCD, p. 90 ss ; RAUBER, Art. 9-15 UWG, p. 241 ss ; HEIZMANN, UWG ad art. 9 ss ; GUYET, Actions, p. 92.

⁴¹⁶ Art. 9 al. 1 LCD.

les consommateurs – dont les intérêts économiques sont menacés ou lésés par un acte de concurrence déloyale⁴¹⁷.

La légitimation active est accordée si la personne ou l'entité a un intérêt économique propre⁴¹⁸. Une certaine indépendance dans la lutte économique est nécessaire, ce qui signifie qu'un employé ne pourra en général pas s'en prévaloir⁴¹⁹. Il faut être touché par l'acte de concurrence déloyale⁴²⁰. Cela peut être le cas d'une corporation de droit public, comme une commune⁴²¹. Celle-ci doit participer de manière directe ou indirecte à l'échange économique et défendre son intérêt économique propre ; cela ne sera pas le cas si elle remplit une tâche pour laquelle elle dispose d'un monopole qui lui permet d'exercer une activité à l'exclusion de privés⁴²². Si elle n'a pas d'intérêt économique, une collectivité publique pourra recourir dans la mesure où une base légale spéciale le permet⁴²³.

Ont également qualité pour agir, dans la mesure prévue, les associations professionnelles et les associations économiques lorsque les statuts les autorisent à défendre les intérêts économiques de leurs membres⁴²⁴ et les organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs⁴²⁵. Il doit clairement ressortir (explicitement ou par interprétation) des statuts de l'organisation que celle-ci a pour but la défense des consommateurs. Seule une partie déterminée d'entre eux, comme les locataires ou les patients⁴²⁶, peut être visée.

⁴¹⁷ Art. 10 al. 1 LCD. Mess-LCD, p. 1047, 1093 et 1108 s. ; CR LCD-Fornage, Art. 10, N 5.

⁴¹⁸ Sur ce point, ATF 123 III 395, c. 2, JdT 1998 I 338 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Art. 9, N 4 ; SHK UWG-SPITZ, Art. 9, N 9.

⁴¹⁹ ATF 80 IV 22, c. 3b (n.t.) ; MARTIN-ACHARD, LCD, p. 92.

⁴²⁰ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 120.

⁴²¹ ATF 123 III 395, JdT 1998 I 338, c. 2a ; TF, arrêt 4C.79/1997 du 5 janvier 2001 ; WILD, Lauterkeitsrecht, N 1121 ss ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Art. 9, N 8. Cf aussi, Cour d'appel du canton de Berne, Décision « Sion 2006 » du 29 avril 1999, sic ! 1999, p. 269.

⁴²² ATF 123 III 395, c. 2a, JdT 1998 I 338 ; TF, arrêt 4C.79/1997 du 5 janvier 2001 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Art. 9, N 8.

⁴²³ SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 21 et réf.

⁴²⁴ Art. 10 al. 2 let. a LCD. Cf. Mess-LCD, p. 1048.

⁴²⁵ Art. 10 al. 2 let. b LCD. Cf. Mess-LCD, p. 1048 et 1110.

⁴²⁶ TF, arrêt 6P.235/2006 du 20 février 2007, c. 6.2 ; SHK UWG-JUNG/SPITZ, Art. 10, N 30.

Finalement, la Confédération, si elle le juge nécessaire à la garantie de l'intérêt public, peut ouvrir action⁴²⁷.

Comme nous l'avons mentionné, la violation de la plupart des dispositions civiles peut aussi donner lieu à une sanction pénale. Selon l'art. 23 al. 2 LCD, celui qui a qualité pour intenter une action civile selon les art. 9 et 10 de la loi peut porter plainte.

Cela ne nous indique pas qui peut être l'auteur d'un comportement déloyal (soit ce que nous appelons le champ d'application personnel)⁴²⁸.

B. Le champ d'application personnel au sens strict

Quant au champ d'application personnel⁴²⁹, la loi ne prévoit pas le cercle des personnes visées. Il faut retenir que les règles de la LCD s'appliquent aux entités dont le comportement ou la pratique commerciale peut avoir des répercussions sur la concurrence⁴³⁰. Tous ceux qui peuvent influencer, de manière directe ou indirecte, passive ou active, la concurrence économique dans la relation verticale entre l'offreur et le demandeur ou dans la relation horizontale entre les concurrents peuvent se comporter de manière déloyale – y compris s'il s'agit de personnes extérieures à la relation directe de concurrence⁴³¹. Toute personne qui se comporte de façon déloyale au sens de la loi est visée⁴³².

Comme nous l'avons évoqué, il ne faut pas nécessairement un rapport de concurrence et les actes de tiers sont couverts⁴³³. Le législateur a voulu

⁴²⁷ Art. 10 al. 3 let. a et b LCD. Cf. Mess-LCD, p. 1113 ; Mess-rév.LCD-2011, p. 5541 et 5548.

⁴²⁸ Pour une réflexion similaire, cf. BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 89 ss et 99.

⁴²⁹ Sur les différences terminologiques en langue allemande, cf. BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 89 ss. et réf.

⁴³⁰ En ce sens, Mess-LCD, p. 1093 ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 120. Voir aussi SCHOTT, Wettbewerb, N 848 ; WILD, Lauterkeitsrecht, N 1117 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.62 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 29 ; Dike Komm UWG-HEIZMANN, Art. 1, N 36.

⁴³¹ Sur ces éléments, cf. ATF 124 III 297, JdT 1999 I 268 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.62, 1.64, 17.02 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 1, N 17 et ad Art. 2, N 6 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 29.

⁴³² PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 17.02.

⁴³³ Mess-LCD, p. 1093 ; ATF 126 III 198, c. 2c/aa (fr) ; ATF 120 II 76, c. 3a, JdT 1994 I 365 ; ATF 117 IV 193, c. 1, JdT 1992 I 378 et résumé in : JdT 1993 IV 191 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.62 ; WILD, Lauterkeitsrecht, N 1117 ; HEIZMANN, UWG

que le cercle des auteurs potentiels d'un acte de concurrence déloyale soit large⁴³⁴. Certaines dispositions spéciales, en particulier l'art. 8 LCD, limitent toutefois leur champ d'application ; les conditions spéciales doivent donc encore être remplies.

a. Les concurrents

Les concurrents eux-mêmes peuvent adopter des comportements déloyaux qui influencent la concurrence. Les concurrents potentiels sont visés, dans la mesure où l'on procède à une interprétation large de la notion⁴³⁵.

b. Les tiers

Des tiers peuvent influencer la concurrence⁴³⁶. La relation de concurrence directe n'étant pas nécessaire, un journaliste, un employé de la presse ou d'un média peut être une partie défenderesse dans une procédure fondée sur la LCD (p. ex. art. 3 al. 1 let. e ou art. 9 LCD)⁴³⁷. Il faut que son comportement puisse avoir une influence sur la concurrence (relation entre les concurrents ou entre les fournisseurs et leurs clients). Une association qui fait une publicité (p. ex. sur la sécurité routière) peut aussi violer la LCD⁴³⁸. En outre, les scientifiques doivent respecter la LCD, sous réserve de certaines exigences spéciales liées aux tests scientifiques et sur lesquelles nous ne nous attardons pas⁴³⁹. Finalement, lorsque l'acte de con-

ad Art. 1, N 17 et ad Art. 2, N 6. CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 18 ; CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 31 ; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 2, N 56 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 21 N 95 s. ; DAVID/JACOBS, *Wettbewerbsrecht*, N 5 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 102 ; GUYET, *Actions*, p. 91 ss.

⁴³⁴ Mess-LCD, p. 1093. En doctrine, p. ex. HEIZMANN, *UWG ad Art. 2*, N 6.

⁴³⁵ En ce sens, CR LCD-MARTENET, Art. 1, N 34 ; SHK UWG-JUNG, Art. 1, N 24 ; Dike *Komm UWG-HEIZMANN*, Art. 1, N 37 s.

⁴³⁶ BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 105 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 29 ; DAVID/JACOBS, *Wettbewerbsrecht*, N 21. Cf. déjà *Mess-aLCD-1943*, p. 542.

⁴³⁷ ATF 117 IV 193, c. 1, *JdT* 1992 I 378 et résumé in : *JdT* 1993 IV 191 où un journaliste est puni pénalement pour une infraction aux dispositions citées de la loi ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 21 N 95 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, *UWG*, N 1.62, 17.01 ; SCHOTT, *Wettbewerb*, N 84 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 29.

⁴³⁸ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, *UWG*, N 1.63 ; SCHOTT, *Wettbewerb*, N 848.

⁴³⁹ SCHOTT, *Wettbewerb*, N 848 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 29.

currence déloyale a été commis par un travailleur ou un auxiliaire dans l'accomplissement de son travail, l'employeur peut également être recherché (art. 11 LCD)⁴⁴⁰.

c. L'Etat

L'Etat peut-il être l'auteur d'un comportement déloyal ? La loi n'apporte pas de réponse. La doctrine l'admet, sous certaines conditions. Elle retient principalement que l'Etat entre dans le champ d'application personnel de la LCD dans la mesure où il agit selon des critères économiques du secteur privé, soit s'il agit comme un sujet de droit privé qui participe à la concurrence, et non – en principe – s'il agit en vertu de sa puissance publique⁴⁴¹. Ainsi, la LCD s'applique aux activités d'autorités étatiques qui remplissent leur fonction avec un contact au secteur privé, et peuvent par conséquent être en interaction voire en conflit avec les acteurs privés⁴⁴², en tant que concurrent, offreur ou demandeur⁴⁴³. L'activité économique de l'Etat est soumise à la LCD⁴⁴⁴. En cas d'activité ayant tant un caractère économique que non économique, il faudrait déterminer quel volet de l'activité est au premier plan. Il est parfois précisé que la LCD est personnellement applicable à l'Etat s'il agit sur un marché comme une entreprise au sens de la LCart, soit s'il est engagé dans le processus économique⁴⁴⁵.

On peut toutefois se demander si une autorité publique peut aussi être soumise à la LCD lorsqu'elle ne participe pas au processus économique. Qu'en est-il lorsqu'elle agit comme entité administrative disposant de la puissance publique ? Que fait-on, par exemple, si l'acte de dénigrement a lieu lors d'une information produite par l'Etat ? Une solution semble se

⁴⁴⁰ CR LCD-FORNAGE, Art. 11, N 3 et 5 ss.

⁴⁴¹ SCHOTT Wettbewerb, N 849 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 17.04, cf. aussi N 1.62 ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 12 et 124 ; SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 17.

⁴⁴² PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.62.

⁴⁴³ SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 17.

⁴⁴⁴ SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 17. La notion de « *gewerbliche Tätigkeit* » est principalement utilisée en lien avec la question de la responsabilité de l'Etat et du droit applicable, conformément à l'art. 61 CO.

⁴⁴⁵ SCHOTT, Wettbewerb, N 848 ; SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 19 ; CR LCD MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 122 ; STOFFFEL, Wirtschaftstätigkeit, p. 227 s. et 269 ss.

dessiner : les activités non économiques de l'Etat peuvent aussi tomber dans le champ d'application de la LCD lorsque, du point de vue objectif des participants au marché, l'acte ou le propos est propre à influencer la concurrence et doit ainsi être qualifié d'acte de concurrence⁴⁴⁶. Par exemple, la recommandation étatique de favoriser un théâtre subventionné et non les institutions financées par des privés tombe sous le coup de la LCD⁴⁴⁷. Une réserve est cependant de mise : on ne retient pas l'application de la loi si l'effet sur la concurrence est un effet accessoire découlant de la poursuite d'un intérêt public⁴⁴⁸. Par exemple, des mises en garde officielles (même incorrectes) ne tombent pas dans le champ d'application de la loi quand elles sont formulées dans un intérêt public prépondérant (et sont un effet accessoire de la garantie d'une tâche publique non économique)⁴⁴⁹.

Formulé de manière différente, certains auteurs retiennent une application de la LCD aux collectivités publiques qui agissent dans le domaine non économique, lorsque leurs actions vont plus loin que ce que permettent les dispositions légales spéciales ou lorsque les autorités excèdent la marge de manœuvre accordée par la loi et créent, par ces biais, une distorsion de la concurrence, sans justification par un intérêt public⁴⁵⁰. S'il s'agit d'un effet accessoire de la poursuite de l'intérêt public, la LCD ne s'applique en revanche pas⁴⁵¹. En fin de compte, les actes d'information étatiques qui répondent à un intérêt public pourront être soumis à la LCD s'ils ne respectent pas les limites des dispositions légales et violent ainsi la liberté économique, sauf si l'effet sur la concurrence est accessoire⁴⁵².

⁴⁴⁶ SCHOTT, Wettbewerb, N 848 ; NÜTZI, Information, p. 256 s. ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 123 s.

⁴⁴⁷ SCHOTT, Wettbewerb, N 848 ; NÜTZI, Information, p. 256 s. ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Intro. gén., N 123.

⁴⁴⁸ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 123 s. ; PEDRAZZINI/PEDAZZINI, UWG, N 17.04 ; SCHOTT, Wettbewerb, N 848.

⁴⁴⁹ SCHOTT, Wettbewerb, N 848 s. ; NÜTZI, Information, p. 256 s. ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 123.

⁴⁵⁰ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 17.04 ; SCHOTT, Wettbewerb, N 848 ; SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 20.

⁴⁵¹ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 124.

⁴⁵² SCHOTT, Wettbewerb, N 849 ; SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 20.

Il faut encore se demander, dans le cas où une réglementation particulière existe en droit public, si celle-ci exclut l'application de la LCD. Cela a de l'importance surtout dans la mesure où il n'est pas certain que cette loi puisse saisir les particularités liées à l'exercice des tâches publiques⁴⁵³. Si on arrive à la conclusion que la LCD ne s'applique pas, l'Etat doit, dans tous les cas, respecter le principe de neutralité en matière de concurrence⁴⁵⁴.

II. LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

La LCD ne décrit pas de manière générale son champ d'application matériel. Dans la lignée du champ d'application personnel, on retient que la LCD vise les comportements qui constituent un acte de concurrence, c'est-à-dire qui aboutissent objectivement à un impact (même abstrait) sur les relations de concurrence⁴⁵⁵. Le comportement du défendeur doit donc être pertinent pour le marché, dirigé vers ce marché ou vers la concurrence⁴⁵⁶. Seules sont visées les actions destinées ou objectivement aptes à accroître ou à diminuer le succès des entreprises dans leur lutte pour des parts de marché. Le comportement doit toucher ou pouvoir toucher les intérêts d'une partie concernée. L'intention subjective n'est pas déterminante⁴⁵⁷. Il n'importe pas non plus que la concurrence soit effectivement

⁴⁵³ SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 20.

⁴⁵⁴ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 123. Ce principe est d'ailleurs, à certains égards, concrétisé dans la LCD.

⁴⁵⁵ ATF 126 III 198, c. 2.c/aa (fr) ; ATF 120 II 76, c. 3a, JdT 1994 I 365 ; SHK UWG-JUNG, Einleitung, N 2 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 1, N 18 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 21 N 96 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 104 ; DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 23 s. ; Dike Komm UWG-HEIZMANN, Art. 1, N 47 s. Cf. aussi Mess-aLCD-1943, p. 535 s. Cf. MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 9 : l'acte de concurrence comprend aussi les actions d'une fédération d'automobiliste qui propose des prestations, comme des aides en cas de panne, des assurances, etc. et les actions des fédérations professionnelles ou économiques qui garantissent directement les intérêts économiques de leurs membres, les tests de marchandises, les propos tenus dans les médias qui peuvent influencer la concurrence.

⁴⁵⁶ ATF 126 III 198, c. 2 (fr) ; ATF 120 II 76, c. 3a, JdT 1994 I 365 ; DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 23 s.

⁴⁵⁷ ATF 120 II 76, c. 3a, JdT 1994 I 365 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 1, N 18 ; DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 23 s. ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 9 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 33 ; Dike Komm UWG-HEIZMANN, Art. 1, N 48.

influencée⁴⁵⁸ ou que l'entité cherche à exercer une influence dans un but idéal plutôt que lucratif⁴⁵⁹. La notion centrale est celle de « l'acte de concurrence », laquelle est interprétée de manière extensive⁴⁶⁰.

Dès lors, les actes purement internes à une entreprise ne seront pas concernés⁴⁶¹. En outre, la LCD trouve peu d'application en lien avec les recherches scientifiques ayant lieu dans un cadre académique. La publication de tests scientifiques pose des questions en lien avec la liberté d'expression. Cette relation a occupé la doctrine et la jurisprudence, nous n'y revenons pas⁴⁶².

Il faudra encore que le comportement soit déloyal selon les art. 2 à 8 LCD⁴⁶³.

III. LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL

Pour les actions civiles, le principe de la territorialité prévaut ; la LCD s'applique au territoire suisse⁴⁶⁴. En présence d'un élément d'extranéité, la LDIP prévoit toutefois, à son art. 136 al. 1, l'application du principe des effets : les prétentions fondées sur un acte de concurrence déloyale sont

⁴⁵⁸ ATF 126 III 198, c. 2 (fr) ; ATF 120 II 76, c. 3a, JdT 1994 I 365 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 21 N 96 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 33 et 104.

⁴⁵⁹ ATF 120 II 76, c. 3a, JdT 1994 I 365. Cf. aussi MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 9 et réf. Sur ces questions, cf. aussi DAVID/JACOBS, *Wettbewerbsrecht*, N 23 s. Il faut toutefois que le comportement de l'association à but idéal puisse être qualifié d'acte de concurrence.

⁴⁶⁰ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Wirtschaftsrecht*, § 21 N 96 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 9 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 33 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, *UWG*, N 4.79.

⁴⁶¹ MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 10.

⁴⁶² ATF 120 II 76 cassé par la CEDH in : arrêt du 26 août 1998 N 59/1997/843/1049 ; arrêt en révision ATF 125 III 185, JdT 2000 I 232. En doctrine, p. ex. DAVID/JACOBS, *Wettbewerbsrecht*, N 23 s. On retient aujourd'hui que la LCD s'applique dans une certaine mesure ; l'interdiction de la publication de tests portant préjudice aux intérêts protégés par la LCD est possible si elle est nécessaire et proportionnée. Lors de la publication, l'opinion divergente doit être clairement indiquée.

⁴⁶³ Est déloyal tout comportement ou toute pratique commerciale qui contrevient aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre concurrents et clients, cf. ATF 120 II 76, c. 3a, JdT 1994 I 365.

⁴⁶⁴ BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 119 ss ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 31 s. ; Dike Komm UWG-HEIZMANN, Art. 1, N 53.

régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel le résultat se ou s'est produit⁴⁶⁵. Le marché est le lieu où l'agent économique offre ses produits, en général en concurrence avec d'autres. Ainsi, sauf exception prévue par la LDIP, la LCD s'applique aux actions qui ont un effet en Suisse, peu importe la nationalité ou le siège de la personne qui ouvre action ou de la personne contre qui l'action est ouverte⁴⁶⁶.

En droit pénal, le principe de la territorialité s'applique selon l'art. 3 CP (le droit suisse s'applique à l'acte commis en Suisse). L'art. 8 CP prévoit quant à lui le principe de l'ubiquité : le droit suisse s'applique si l'acte touche (uniquement) quelqu'un à l'étranger, mais qu'il a été commis en Suisse⁴⁶⁷ ou s'il a été commis à l'étranger, mais que le résultat s'est produit en Suisse⁴⁶⁸.

IV. LE CHAMP D'APPLICATION TEMPOREL

Il n'existe aucune disposition spécifique définissant les limites temporelles de l'application de la LCD. Les principes généraux de droit transitoire s'appliquent selon le domaine visé. En droit civil, le principe de non-rétroactivité est la règle ; des exceptions sont possibles, conformément au titre final du CC. La majorité de la doctrine retient d'ailleurs une application immédiate de l'art. 8 LCD, même pour les conditions générales édictées avant son entrée en vigueur. En droit pénal, l'art. 2 CP prévoit le principe de la non-rétroactivité, sous réserve de la *lex mitior*⁴⁶⁹.

V. UN APERÇU DES DISPOSITIONS PERTINENTES

Les dispositions matérielles de la LCD poursuivent divers buts. Certaines relèvent plutôt du droit de la concurrence et d'autres plutôt du droit de la

⁴⁶⁵ ATF 87 II 113 (n.t.) ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 108 ss ; HEIZMANN, UWG ad Art. 1, N 19 ; DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 25 ss ; SHK UWG-GROLIMUND, Einleitung, N 107 ss ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 31 s. ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 122 ss ; BSK IPRG-DASSER, Art. 136, N 4 ss ; ZK IPRG-VISCHER, Art. 137, N 1 ss.

⁴⁶⁶ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 108 ss ; SHK UWG-GROLIMUND, Einleitung, N 107 ss ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 31 s. ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 130.

⁴⁶⁷ WILD, Lauterkeitsrecht, N 1151 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 1, N 19 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 132 ; Dike Komm UWG-HEIZMANN, Art. 1, N 54.

⁴⁶⁸ BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 132 ; Dike Komm UWG-HEIZMANN, Art. 1, N 54.

⁴⁶⁹ Dike Komm UWG-HEIZMANN, Art. 1, N 55.

consommation. Celles qui relèvent (plutôt ou aussi) du droit de la concurrence ont pour vocation de fixer les règles du jeu minimales de la concurrence dans l'idée que celle-ci reste loyale⁴⁷⁰. Il s'agit principalement, outre la clause générale, des premières lettres de l'art. 3 ainsi que de l'art. 7 et 8 LCD. Nous abordons uniquement les dispositions qui peuvent trouver à s'appliquer dans le cadre de notre étude et qui relèvent du droit de la concurrence. Celles-ci restreignent parfois le champ d'application personnel ou matériel tel que nous l'avons décrit. C'est sur ces éléments que nous nous attardons ; nous ne présentons dès lors pas toutes les spécificités de ces dispositions spéciales. Nous restons également volontairement sur un plan théorique ; des exemples seront proposés dans notre partie spéciale et en lien avec nos thématiques.

A. La clause générale (art. 2 LCD)

La clause générale de l'art. 2 LCD⁴⁷¹ prévoit que tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients est illicite. Elle s'applique directement, pour autant que les conditions soient remplies⁴⁷² et que le comportement en cause ne soit pas spécialement prévu par les art. 3 ss LCD. Ces dispositions doivent donc être examinées en premier lieu⁴⁷³.

⁴⁷⁰ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 19, 20 et 22.

⁴⁷¹ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 2, N 7 ; BSK UWG-HILTY, Art. 2, N 1 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N. 1.32, 2.01 et 4.01 ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 13 N 148. Sur le choix d'un tel système, cf. Mess-aLCD-1943, p. 538 s. ; MARTIN-ACHARD, LCD, p. 37 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 2, N 1 ; SHK UWG-JUNG, Art. 2, N 1 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 1.

⁴⁷² Sur les éléments constitutifs (à savoir un comportement ou une pratique commerciale, une influence sur le fonctionnement du marché et une tromperie ou une contravention aux règles de la bonne foi), CR LCD-PICHONNAZ, Art. 2, N 34 ss ; SHK UWG-JUNG, Art. 2, N 9 ss ; BSK UWG-HILTY, Art. 2, N 17 ss.

⁴⁷³ Mess-LCD, p. 1092 ou 1073 ; ATF 132 III 414, c. 3.1 (fr) ; ATF 131 III 384, c. 3, JdT 2005 I 434 ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 13 N 148 ; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 2, N 12 ; SHK UWG-JUNG, Art. 2, N 3 ss ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 54 ss ; Dike Komm UWG-FERRARI HOFER, Art. 2, N 19.

B. Les comportements visés par l'art. 3 LCD

L'art. 3 LCD arrête le catalogue des méthodes déloyales de publicité et de vente et des autres comportements illicites et est le cœur du volet civil, mais aussi pénal au vu de l'art. 23 LCD⁴⁷⁴. Les premières lettres (let. a - h) de cet article relèvent – en tout cas en partie – du droit de la concurrence. Les let. i à u sont, quant à elles, plutôt rattachées au droit de la consommation⁴⁷⁵.

a. Le dénigrement

L'art. 3 al. 1 let. a LCD vise le dénigrement et relève du droit de la concurrence⁴⁷⁶. L'auteur du comportement déloyal peut être n'importe qui, il n'est pas nécessaire que ce soit un concurrent ou un client de la victime⁴⁷⁷. L'image négative (à savoir le dénigrement) doit être dirigée contre le jeu normal de la concurrence et propre à influencer le marché⁴⁷⁸. Elle doit donc viser un participant au marché⁴⁷⁹. Les propos doivent concerner la rivalité dans le domaine économique, entre personnes qui proposent des prestations et qui veulent par là accroître leurs parts de marché⁴⁸⁰. En général, si les propos se limitent à un ou plusieurs domaines de la vie non-

⁴⁷⁴ Au contraire de l'art. 2 LCD qui n'a pas de portée pénale. Cf. art. 23 LCD.

⁴⁷⁵ Sont visés, la création d'illusion sur les prestations (let. i), l'envoi de publicité de masse par des moyens de télécommunication (let. o), les arnaques à l'annuaire (let. p et q), le système de la boule de neige (let. r), le commerce électronique (let. s), les concours dont le gain doit être validé par une contre-prestation (let. t), le non-respect de la mention inscrite dans l'annuaire (let. u). Les let. k-n sont en lien avec les crédits à la consommation.

⁴⁷⁶ MARTENET/HEINEMANN, *Concurrence*, p. 222 ss ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, *Introduction générale*, N 22. En ce sens, Dike Komm UWG-BLATMANN, Art. 3 Abs. 1 lit. a, N 7.

⁴⁷⁷ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. a, N 10 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, *UWG*, N 5.07 ; BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. a, N 8 et 13 ; MARTIN-ACHARD, *LCD*, p. 43 ; BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. a, N 13 s. Cf. SHK UWG-SPITZ, Art. 3 Abs. 1 lit. a, N 1 et 50 ss qui aborde l'application de la disposition aux médias.

⁴⁷⁸ ATF 131 III 384, c. 3, JdT 2005 I 434 ; TF, arrêt 4C.224/2005 du 12 décembre 2005, c. 2.2.2 ; CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. a, N 1 ; SHK UWG-SPITZ, Art. 3 Abs. 1 lit. a, N 1 ; STREULI-YOUSSEF, Art. 3 UWG, p. 119 ; BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. a, N 5 et 23 ; Dike Komm UWG-BLATMANN, Art. 3 Abs. 1 lit. a, N 19.

⁴⁷⁹ Cf. Handelsgericht St. Gallen, arrêt HG.2009.213-HGP du 28 janvier 2010, sic ! 2011, 123. En doctrine, p. ex. BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. a, N 5.

⁴⁸⁰ ATF 126 III 198, c. 2c (fr) ; BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. a, N 23.

économique, on ne retient pas de rapport de concurrence⁴⁸¹. Le dénigrement doit pouvoir atteindre – dans le sens d’être entendu par – un client – notion à comprendre de manière large – actuel ou potentiel⁴⁸².

b. La tromperie et l’induction en erreur

Les let. b et c de l’art. 3 LCD traitent de la tromperie par des indications inexactes ou fallacieuses, ou par l’usage de titres ou dénominations professionnelles inexacts. Ces éléments relèvent également du droit de la concurrence⁴⁸³.

Quant à la let. b, tout auteur des allégations décrites est concerné, qu’il s’agisse d’un concurrent ou d’un tiers (par exemple, qui vante sans fondement les prestations d’un offrant dans une publicité ou par le biais d’un média)⁴⁸⁴. Un organisme public peut être l’auteur de telles allégations⁴⁸⁵. Ces dernières doivent être en lien avec la concurrence, du moins de manière partielle⁴⁸⁶, et doivent pouvoir influencer le client dans sa décision d’acquisition⁴⁸⁷. Un des paramètres qui peut être visé est la qualité des

⁴⁸¹ Ce sera le cas lors d’une communication de résultats scientifiques dans un cadre académique, sauf s’ils sont aptes à influencer les clients. ATF 120 II 76, c. 3, JdT 1994 I 365 ; BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. a, N 23.

⁴⁸² CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. a, N 12. En ce sens, SHK UWG-SPITZ, Art. 3 Abs. 1 lit. a, N 31 s.

⁴⁸³ MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 222 ss. En ce sens, SHK UWG-JUNG, Art. 3 Abs. 1 lit. b, N 1 ; SHK UWG-JUNG, Art. 3 Abs. 1 lit. c, N 1. A propos de l’influence sur la concurrence, SHK UWG-JUNG, Art. 3 Abs. 1 lit. b, N 84.

⁴⁸⁴ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. b, N 25 ; MARTIN-ACHARD, LCD, p. 46 ; SHK UWG-JUNG, Art. 3 Abs. 1 lit. b, N 25 ; BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. b, N 3 et 28 s. ; Dike Komm UWG-BLATMANN, Art. 3 Abs. 1 lit. a, N 3.

⁴⁸⁵ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. b, N 25 ; BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. b, N 28 ; Dike Komm UWG-BLATMANN, Art. 3 Abs. 1 lit. a, N 34. BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. b, N 28 précise que cela vise aussi les institutions publiques, à moins qu’elles agissent exclusivement dans un domaine qui relève de la puissance publique, notion comprise dans un sens restrictif. Sur les tests financés menés par certaines associations et financés par la Confédération, cf. art. 5 ss LIC.

⁴⁸⁶ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. b, N 25 ; SHK UWG-JUNG, Art. 3 Abs. 1 lit. b, N 29 et 84.

⁴⁸⁷ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 6.07.

prestations. Une application dans un domaine où des intérêts liés à la santé sont en jeu est envisageable⁴⁸⁸.

La let. c vise une induction en erreur spécifique⁴⁸⁹, à savoir le cas où la compétence d'un concurrent est sur-appréciée par des dénominations professionnelles ou titres inexacts. Le champ d'application personnel est restreint. L'auteur du comportement visé est le concurrent lui-même ; il induit en erreur sur ses propres capacités ou distinctions⁴⁹⁰. Le titre ou la dénomination professionnelle doit être utilisé dans l'exercice d'activités commerciales. Il est à nouveau déterminant que l'usage puisse affecter le fonctionnement de la concurrence⁴⁹¹. Du fait de cet usage, la personne concernée obtient ou peut obtenir un avantage sur le concurrent⁴⁹². En effet, les titres ou dénominations professionnelles peuvent jouer un rôle important dans la concurrence et révèlent même un potentiel de dangerosité important quand les indications sont aptes à affecter des domaines sensibles comme la santé : on pense aux professions médicales et paramédicales ou aux professions dans les domaines techniques⁴⁹³.

Un titre a généralement une composante officielle. Il est décerné par une institution de droit public ou privé, autorisée à le faire par une réglementation de droit public, lorsqu'une certaine procédure est respectée⁴⁹⁴. On vise en particulier les titres liés à une formation, comme les titres de *bachelor*, *master* ou licence⁴⁹⁵, ou comme celui de docteur⁴⁹⁶. Les dénominations

⁴⁸⁸ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 6.17. Cf. Quatrième Partie, chap. 7.II.A. ; Cinquième Partie, Chap. 5.II.A. ; Sixième Partie, Chap. 4.II.A.

⁴⁸⁹ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. c, N 1 s. ; SHK UWG-JUNG, Art. 3 Abs. 1 lit. b, N 1.

⁴⁹⁰ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. c, N 1 s. et 10. Cf. aussi BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. c, N 2.

⁴⁹¹ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. c, N 1 s. et 26 ; Dike Komm UWG-TOGNI, Art. 3 Abs. 1 lit. c, N 24 ss.

⁴⁹² BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. c, N 2.

⁴⁹³ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 6.45.

⁴⁹⁴ Cf. p. ex. les lois cantonales sur les Universités. Cf. ég. art. 95 Cst. ; art. 4 LMI. CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. c, N 1 s. et 10 ; BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. c, N 6 ; SHK UWG-JUNG, Art. 3 Abs. 1 lit. b, N 4 ; MARTIN-ACHARD, LCD, p. 51 ; Dike Komm UWG-TOGNI, Art. 3 Abs. 1 lit. c, N 6.

⁴⁹⁵ HEIZMANN, UWG ad Art. 3 let. c, N 3 ; SHK UWG-JUNG, Art. 3 Abs. 1 lit. c, N 3.

⁴⁹⁶ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 6 ; MARTIN-ACHARD, LCD, p. 51 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 3 let. c, N 3 ; SHK UWG-JUNG, Art. 3 Abs. 1 lit. c, N 3.

tions professionnelles sont liées à l'obtention d'une autorisation. Elles visent plutôt l'exercice d'une activité lucrative⁴⁹⁷. C'est le cas des « médecins », « dentistes » ou « avocats »⁴⁹⁸. Les dénominations professionnelles comprenant une affiliation à une institution, même privée, qui requiert certains titres ou diplômes (p. ex. « architecte SIA »)⁴⁹⁹ sont aussi concernées. La distinction exacte entre titre et dénomination professionnelle n'est pas parfaitement unanime dans la doctrine⁵⁰⁰. Elle n'est toutefois pas primordiale dans la mesure où les deux sont couverts.

Les cantons peuvent édicter des règles de droit public pour protéger les titres et dénominations professionnelles et peuvent imposer un registre⁵⁰¹.

c. Le risque de confusion

Le risque de confusion avec les prestations d'autrui, ou l'imitation, est couvert par la let. d et relève du droit de la concurrence⁵⁰². Le risque de confusion peut émaner d'un concurrent, mais les campagnes de publicité, par exemple, sont aussi couvertes⁵⁰³. Cette disposition protège directement les acteurs du marché qui ont des signes distinctifs permettant de différencier le prestataire des tiers et la prestation de celle des tiers : marque, raison sociale, nom, enseigne, logo, emballage produit, forme, couleur,

⁴⁹⁷ SHK UWG-JUNG, Art. 3 Abs. 1 lit. c, N 5. En ce sens aussi BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. c, N 17 qui parle de « capacité de gain d'une personne ».

⁴⁹⁸ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. c, N 1 s., 16 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 3 let. c, N 3.

⁴⁹⁹ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. c, N 1 s. et 16.

⁵⁰⁰ MARTIN-ACHARD, LCD, p. 51 ; BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. c, N 6.

⁵⁰¹ Mess-LCD, p. 1096.

⁵⁰² MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 222 ss ; SHK UWG-SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, Art. 3 Abs. 1 lit. d, N 1. En lien avec la notion de protection de la concurrence, on notera que l'objectif visé ici est celui d'assurer la loyauté de la concurrence. Toutefois, l'art. 3 al. 1 let. d LCD peut *in fine* desservir son bon fonctionnement. En effet, la protection de l'originalité de prestations d'un acteur va souvent de pair avec une forme de « monopolisation », qui peut aboutir à une suppression de la concurrence. Cette protection peut alors devoir être écartée si la pesée des intérêts y conduit. CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. c, N 34 et 39. L'auteur évoque également plusieurs situations, qui ont en commun d'imposer l'imitation, de façon plus ou moins discutable, à savoir les contraintes techniques, esthétiques ou économiques (cf. N 35 ss). Voir aussi UWG-SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, Art. 3 Abs. 1 lit. d, N 1.

⁵⁰³ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. d, N 70.

etc.⁵⁰⁴. La confusion peut également atteindre les clients, dans la mesure où ils peuvent être induits en erreur⁵⁰⁵.

d. Les comparaisons et la publicité comparative

La let. e traite de la comparaison ou plus spécialement de la publicité comparative et superlative, ce qui relève aussi du droit de la concurrence⁵⁰⁶. De telles publicités sont sur le principe permises, sous réserve du respect des conditions prévues à la let. d (not. la comparaison ne doit pas être inexacte, fallacieuse, inutilement blessante ou parasitaire). L'auteur de la comparaison (déloyale) peut être un concurrent ou un tiers qui avantage une entité par rapport à ses concurrents⁵⁰⁷. La comparaison peut donc être émise par un média ou par une association de consommateurs⁵⁰⁸. L'objet de la comparaison doit toutefois être en lien avec un participant au marché, même de manière indirecte et doit potentiellement avoir un impact sur les choix du consommateur⁵⁰⁹. Une communication qui émane de l'Etat n'est pas visée si elle est motivée par des motifs de police ; en revanche, une commune peut être concernée si sa communication n'est pas liée à un acte de puissance publique⁵¹⁰. Outre ces exigences, une publicité doit également respecter les autres conditions de la LCD (art. 3 al. 1 let. a, b ou d LCD).

Quant au fond, la comparaison de ses prix avec ceux des concurrents constitue une catégorie de comparaison des prestations⁵¹¹. On peut donc

⁵⁰⁴ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. d, N 14 ss ; UWG-SPITZ/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, Art. 3 Abs. 1 lit. d, N 11 et 46 ss.

⁵⁰⁵ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 5.60 ; BSK UWG-ARPAGAUS, Art. 3 al. 1 lit. d, N 6 s.

⁵⁰⁶ MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 222 ss ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 22 ; SHK UWG-OETIKER, Art. 3 Abs. 1 lit. e, N 1.

⁵⁰⁷ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. e, N 44 ss ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 5.36 ; STREULI-YOUSSEF, Art. 3 UWG, p. 131 ; Dike Komm UWG-STAUER/ISKIC, Art. 3 Abs. 1 lit. d, N 14.

⁵⁰⁸ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 5.52 ; Ainsi, STREULI-YOUSSEF, Art. 3 UWG, p. 131.

⁵⁰⁹ PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 5.36 et 5.52 ; SHK UWG-OETIKER, Art. 3 Abs. 1 lit. e, N 43 ss ; BSK UWG-SCHMID, Art. 3 Abs. 1 lit. e, N 32 s.

⁵¹⁰ Ainsi, STREULI-YOUSSEF, Art. 3 UWG, p. 131.

⁵¹¹ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. e, N 11 et 23 ss ; BSK UWG-SCHMID, Art. 3 Abs. 1 lit. e, N 42.

imaginer que des fournisseurs de soins soient concernés. Rappelons ensuite que les tests comparatifs ont fait l'objet de jurisprudences. Ils tendent à ne pas être visés par cette disposition lorsqu'ils sont publiés par des organisations de consommateurs ou des instituts de tests sans intention publicitaire⁵¹², ce qui est critiqué en doctrine⁵¹³. Le Tribunal fédéral reconnaît toutefois l'application par analogie des exigences de loyauté aux tests comparatifs non publicitaires qui sont de nature à influencer la concurrence⁵¹⁴. Finalement, des dispositions de droit public contiennent parfois également des dispositions en lien avec la publicité⁵¹⁵. La question de l'application de la LCD se pose quand ces dispositions de droit public sont violées, et ce d'une manière déloyale au sens de cette première⁵¹⁶. Nous y reviendrons dans notre partie spéciale.

e. La sous-enchère et l'offre de primes trompeuses

La let. f traite de la sous-enchère et fait partie du droit de la concurrence⁵¹⁷. La vente au-dessous du prix coûtant est pratiquée par une entreprise active sur un marché. Est sanctionnée la tromperie qui en découle et dont la clientèle pourrait être victime. Cette disposition peut s'appliquer conjointement avec l'art. 7 al. 2 let. d LCart, si les concurrents sont écartés du marché suite à la sous-enchère pratiquée par une entreprise en position dominante⁵¹⁸. En outre, on retient un certain lien de complémentarité avec la LSPr qui vise principalement à empêcher les prix abusifs⁵¹⁹.

⁵¹² TF, arrêt 4C.170/2006 du 28 août 2006, c. 3.1.

⁵¹³ Cf. not. CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. e, N 46 ; SHK UWG-OETIKER, Art. 3 Abs. 1 lit. e, N 54 et 60.

⁵¹⁴ TF, arrêt 4C.170/2006 du 28 août 2006, c. 3.1. Voir aussi ATF 124 III 72, c. 2b/bb, rés. in : JdT 1998 I 329 ; CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. e, N 47.

⁵¹⁵ Cf. p. ex. art. 5 al. 5 OPMéd, s'agissant des médicaments. CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. e, N 47.

⁵¹⁶ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. e, N 47 ; BSK UWG-SCHMID, Art. 3 Abs. 1 lit. e, N 126.

⁵¹⁷ MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 222 ss. Cf. de manière sous-entendue, VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 13 N 151.

⁵¹⁸ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 73 ss ; CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. f, N 13 ; SHK UWG-SPITZ, Art. 3 Abs. 1 lit. f, N 20 ss ; Dike Komm UWG-SUTTER G., Art. 3 Abs. 1 lit. f, N 76.

⁵¹⁹ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. f, N 12 ; SHK UWG-OETIKER, Art. 3 Abs. 1 lit. f, N 24 ; BSK UWG-WICKIHALDER, Art. 3 Abs. 1 lit. f, N 48 ; Dike Komm UWG-SUTTER G., Art. 3 Abs. 1 lit. f, N 77.

L'art. 3 al. 1 let. g LCD⁵²⁰ traite de l'offre de primes trompeuses et a pour vocation de prévoir également le cas où une entreprise utiliserait des primes pour contourner l'art. 3 al. 1 let. f LCD⁵²¹.

f. Les méthodes de vente particulièrement agressives

Celui qui entrave la liberté de décision de la clientèle en usant de méthodes de vente particulièrement agressives viole l'art. 3 al. 1 let. h LCD⁵²². L'atteinte à la liberté de décision peut n'être qu'abstraite⁵²³. Un certain lien avec le droit de la concurrence peut encore être trouvé avec cette disposition. Un exemple est la vente par téléphone. On peut imaginer les cas de vente de produits d'assurance, par exemple⁵²⁴.

C. L'inobservation des conditions de travail (art. 7 LCD)

L'art. 7 LCD traite de l'inobservation des conditions de travail et fait également partie des dispositions de la LCD qui relèvent du droit de la concurrence⁵²⁵. Il tend à assurer les conditions d'une concurrence équilibrée⁵²⁶. On vise la violation du droit du travail et plus précisément des conditions de travail qui s'appliquent de manière contraignante tant pour le demandeur (concurrent) que pour le défendeur, par exemple en vertu d'une loi ou d'un contrat⁵²⁷. Le non-respect des conditions de travail doit présenter une influence sensible (avantage) sur les capacités concurrentielles⁵²⁸. Cette disposition ne s'applique pas lorsque le non-respect des conditions est dû à d'autres motifs que ceux relevant de la

⁵²⁰ Une application conjointe de la LCart est possible si l'entreprise est en position dominante. Cf. CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. g, N 5.

⁵²¹ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. g, N 1 et 3.

⁵²² CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. h, N 15 ss ; STREULI-YOUSSEF, Art. 3 UWG, p. 101 s. ; SHK UWG-OETIKER, Art. 3 Abs. 1 lit. h, N 1 ss.

⁵²³ CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. g, N 15.

⁵²⁴ BSK UWG-WICKIHALDER, Art. 3 Abs. 1 lit. f, N 14.

⁵²⁵ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 22.

⁵²⁶ CR LCD-WYLER, Art. 7, N 2 ; GUYET, Art. 4-8 UWG, p. 231.

⁵²⁷ CR LCD-WYLER, Art. 7, N 2 ; SHK UWG-JUNG, Art. 7, N 3 ss.

⁵²⁸ CR LCD-WYLER, Art. 7, N 2 ; HEIZMANN, Art. 7 UWG, N 5 ; BSK UWG-WICKIHALDER, Art. 7, N 1.

concurrence (insolvabilité, perturbations techniques, grèves, p. ex.)⁵²⁹. Notons que le travailleur n'a pas la légitimation active⁵³⁰.

D. Les conditions générales abusives (art. 8 LCD)

L'art. 8 LCD traite des conditions commerciales abusives. Cette disposition a été modifiée en 2011. L'ancienne version prévoyait des conditions strictes et n'était en pratique pas appliquée. Suite à de longues discussions, un compromis sur une nouvelle formulation a été trouvé⁵³¹. L'art. 8 LCD a une double nature ; il vise à protéger les consommateurs, mais contribue aussi au bon fonctionnement de la concurrence⁵³². Il fixe des règles du jeu minimales de la concurrence⁵³³. L'utilisation de conditions commerciales abusives par une entreprise en position dominante peut aussi être illicite au regard de la LCart (art. 7 al. 2 let. c LCart), pour autant que ces conditions aient été « imposées » par l'entreprise en position dominante⁵³⁴.

On retient plusieurs conditions d'application : l'utilisation de conditions commerciales (ou générales) ; au détriment du consommateur ; une disproportion entre droits et obligations découlant du contrat (déséquilibre,

⁵²⁹ CR LCD-WYLER, Art. 7, N 2 ; SHK UWG-JUNG, Art. 7, N 8.

⁵³⁰ SHK UWG-JUNG, Art. 7, N 1 ; GUYET, Art. 4-8 UWG, p. 231.

⁵³¹ Sur la version du Projet, cf. FF 2009 5579 et Mess-rév.LCD-2011, p. 5550 et 5565. SHK UWG-PROBST, Art. 8, N 211 ss ; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 102 ss pour un historique de l'art. 8 LCD.

⁵³² MARTENET/PICHONNAZ, Intro. gén., N 22 et 24 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 23 N 29. Sur le second élément, cf. aussi CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 25 et 27 ss. Cf. aussi HAEFELIN, Rapporteur, BO CE 1943 18 ; STAMPFLI, Conseiller fédéral, BO CE 1943 28 ; COTTI, Rapporteur, BO CN 1985 814.

⁵³³ L'art. 8 LCD doit notamment garantir le fonctionnement du marché en permettant une concurrence loyale. Un concurrent ne devrait pas pouvoir tirer des avantages indus, en offrant les mêmes biens ou services qu'un concurrent à un prix inférieur en raison d'un déséquilibre entre droits et obligations prévues par les conditions contractuelles, mais dont les parties n'ont pas conscience. Cf. CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 27 ss.

⁵³⁴ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 22 et 24. Sur ce dernier point, cf. ATF 137 II 199, c. 3-5, JdT 2012 I 115. Notons aussi que les conditions générales peuvent être utilisées par des entreprises d'une même branche économique afin de réduire la concurrence entre elles. Cela pose des questions sur les limites en lien avec la loi sur les cartels. Cf. CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 16 et réf. Sur les différences avec la LCart, CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 160 s.

absence de compensation, caractère notable) ; l'absence de justification ; la contradiction avec les règles de la bonne foi⁵³⁵. L'interprétation de ces différentes notions est discutée en doctrine.

Nous nous sommes demandé dans quelle mesure l'art. 8 LCD peut s'appliquer dans les domaines que nous étudions. Certaines des conditions – ou parties de conditions – sont particulièrement problématiques. Le premier groupe d'entre elles est lié, d'une part, à la notion de conditions générales et, d'autre part, à la notion de contrat. La seconde condition sur laquelle nous nous arrêtons est liée à la notion de consommateur. Un examen abstrait est, dans ces deux cas, possible. En outre, il faut examiner s'il est envisageable de retenir une disproportion entre droits et obligations en défaveur du consommateur, dans la mesure où les conditions générales d'assurance-maladie font l'objet d'un examen par l'OFSP ou la FINMA. Les autres conditions, à savoir l'absence de justification, ainsi que la contradiction avec les règles de la bonne foi nécessitent, quant à elles, un examen dans un cas d'espèce. On ne peut y préjuger de manière abstraite. Nous renvoyons sur ces points à la doctrine et la jurisprudence y relative⁵³⁶.

a. L'existence de conditions générales et d'un contrat

Le droit suisse ne définit pas les conditions générales. La doctrine retient que ce sont des clauses contractuelles pré-formulées qui décrivent de manière générale tout ou partie du contenu d'éventuels contrats⁵³⁷. Elles sont donc toujours liées à une relation contractuelle⁵³⁸.

L'auteur des conditions générales peut être une entité privée ou publique⁵³⁹. En revanche, la doctrine est divisée sur le point de savoir si un

⁵³⁵ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 118 ss ; SHK UWG-PROBST, Art. 8, N 233 ss ; KUONEN, Contrôle, p. 4 ss ; PICHONNAZ, Nouvel art. 8 LCD, p. 141.

⁵³⁶ Cf. p. ex. CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 118 ss ; KUONEN, Contrôle, p. 4 ; TERRIER/PICHONNAZ, Obligations, N 860.

⁵³⁷ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 121, cf. aussi N 204 ; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8, N 1 ; PICHONNAZ, Nouvel art. 8 LCD, p. 142 ; Dike Komm UWG-HEISS, Art. 8, N 71 s. ; MORIN, Clause, p. 497 ss.

⁵³⁸ En effet, l'art. 8 LCD prévoit que la disproportion entre droits et obligation doit découler du « contrat ». Cf. aussi WILD, Lauterkeitsrecht, N 1286 ; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8, N 1. Implicitement, cf. CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 2, 4, 18 et 89 ; Dike Komm UWG-HEISS, Art. 8, N 72.

⁵³⁹ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 22.

consommateur peut être l'auteur de conditions générales⁵⁴⁰. Les domaines concernés sont en outre très variés⁵⁴¹.

Au vu de ces deux éléments, faut-il nécessairement que l'on soit dans une relation contractuelle de droit privé pour que l'art. 8 LCD s'applique ? La doctrine le sous-entend souvent, dans la mesure où elle ne considère que ce cas⁵⁴². Nous y reviendrons puisque cela a des conséquences en lien avec les domaines que nous étudions⁵⁴³.

b. Le consommateur

La définition du consommateur est, pour nous, particulièrement importante. Nous nous demandons si un patient peut entrer dans la définition. Il est discuté de savoir si un patient peut – éthiquement – être qualifié de consommateur⁵⁴⁴. En revanche, cette thématique n'a, en Suisse, pas réellement été abordée en lien avec le droit de la concurrence déloyale⁵⁴⁵.

La conception de consommateur est vague et n'est pas spécialement définie dans la loi⁵⁴⁶. En revanche, elle l'est dans le droit européen dont

⁵⁴⁰ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 142.

⁵⁴¹ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 21 s. ; BSK UWG-PROBST, Art. 8, N 286.

⁵⁴² Cf. p. ex. DESSEMONTET, Conditions générales, p. 57 ; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 2 ss et 38 ss ; MARTIN-ACHARD, LCD, p. 87.

⁵⁴³ Cf. en particulier Partie 4, chap. 7.I.

⁵⁴⁴ Voir p. ex. DREYFUSS, Patients ; FELLER, Santé ; BOLLIER, Patient.

⁵⁴⁵ En France en revanche, cette question a donné lieu à de vifs débats. Le patient avait été considéré comme un consommateur, cf. Cass. crim, 15 mai 1984, n° 84-90252 et CE, 27 avril 1998, n° 184473. La jurisprudence a changé. La Cour d'appel de Paris a finalement refusé d'appliquer le code de consommation (L111-1) au patient d'un chirurgien dentiste. Le code de la santé publique s'applique seul. Le patient n'est pas un consommateur. Cf. CA Paris, 21.3.13, n012/01892. Cette solution n'est pas transposable telle quelle en Suisse, le code de consommation français régit exclusivement les rapports consommateurs-professionnels. En revanche, dans l'Union européenne, la situation n'est pas si claire. Cf. Décision de la Commission du 20 juin 2008 modifiant la décision 2004/858/CE aux fins de transformer l'Agence exécutive pour le programme de santé publique » en « Agence exécutive pour la santé et les consommateurs ». Dans la littérature française, les avis sont aussi nuancés, cf. p. ex. CULTRU, Patient, p. 35 ; LE PEN, Patient ; FRANCK, Responsabilité ; ROUSSET, Nommer ; BATIFOULIER, Marché ; PATURET, Patient, p. 20 s.

⁵⁴⁶ SHK UWG-JUNG, Art. 1, N 34 ss ; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 124 ; KUONEN, Contrôle, p. 8 ; PICHONNAZ, Nouvel art. 8 LCD, p. 141 ; Dike Komm UWG-HEISS, Art. 8, N 99.

s'inspire la Suisse⁵⁴⁷ ainsi que dans d'autres lois ou ordonnances fédérales⁵⁴⁸. Il existe des désaccords en doctrine sur ce qu'est un consommateur au sens de l'art. 8 LCD et ce spécialement, car ces différentes définitions ne sont pas parfaitement identiques. Il faut interpréter la notion telle qu'elle doit être comprise dans la LCD.

On ne trouve pas de définition ou de développement dans les messages du Conseil fédéral ayant accompagné le projet de la première LCD ainsi que les révisions successives, puisque cette notion a été ajoutée par le Parlement⁵⁴⁹. Dans les débats parlementaires, on ne trouve pas non plus de définition⁵⁵⁰. Ensuite, on ne peut pas réellement tirer d'argument du but même de la LCD (garantir une concurrence loyale et non faussée)⁵⁵¹. L'interprétation historique conduit à deux constats généraux. D'une part, la révision de l'art. 8 LCD a pour but d'élargir l'application de cette disposition. A l'inverse, l'idée de l'art. 8 LCD est tout de même de se limiter au contrôle des conditions générales utilisées auprès des consommateurs, et non de tout acteur de la chaîne économique⁵⁵².

On retient, à la lecture de la doctrine, plusieurs éléments de définition et les réponses varient. Notamment, certains auteurs plaident pour l'application de la définition européenne⁵⁵³, d'autres soutiennent qu'il n'y a pas de reprise autonome du droit européen⁵⁵⁴. Nous proposons un état des lieux.

Premier élément, le consommateur est un consommateur final⁵⁵⁵. Une grande partie de la doctrine précise que, à l'instar du droit européen, seule

⁵⁴⁷ L'art. 2 let. b de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 qualifie de « consommateur » toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. Sur cette question et les rapprochements avec le droit suisse, SHK UWG-PROBST, Art. 8, N 285 ss ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.70.

⁵⁴⁸ Cf. art. 2 OIP, 3 LCC, ou encore 32 CPC. Cf. CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 125 ; PICHONNAZ, Nouvel art. 8 LCD, p. 141.

⁵⁴⁹ Mess-rév.LCD-2011, p. 5561.

⁵⁵⁰ KUONEN, Contrôle, p. 8.

⁵⁵¹ KUONEN, Contrôle, p. 8. ; PICHONNAZ, Nouvel art. 8 LCD, p. 141.

⁵⁵² Sur ce dernier point, SHK UWG-PROBST, Art. 8, N 287.

⁵⁵³ SHK UWG-PROBST, Art. 8, N 285 ss ; Dike Komm UWG-HEIZMANN, Art. 1, N 42.

⁵⁵⁴ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 126 ss ; KUONEN, Contrôle, p. 3.

⁵⁵⁵ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 126 s.

une personne physique est visée⁵⁵⁶. Les travaux préparatoires ne disent rien sur ce point, mais il est explicité que l'art. 8 LCD ne s'applique pas aux PME⁵⁵⁷. Les personnes morales qui agissent à des fins commerciales ne sont pas des consommateurs⁵⁵⁸. Certains auteurs retiennent toutefois que si la société ne poursuit pas de but commercial, on ne peut exclure qu'elle entre dans la définition⁵⁵⁹. Dans la mesure où il y a une volonté d'appliquer l'art. 8 LCD de manière plutôt large, cette interprétation nous semble convaincante. En deuxième lieu, la prestation visée ne doit pas forcément être une prestation de consommation courante⁵⁶⁰. Bien que la doctrine soit encore divisée sur ce point, rien ne permet de retenir une telle restriction⁵⁶¹. La prestation doit-elle être, troisième critère, destinée à un usage personnel ou familial⁵⁶² ? La question est controversée⁵⁶³. On admet en revanche, quatrième point, qu'elle ne doit pas être en rapport avec l'activité commerciale ou professionnelle du consommateur⁵⁶⁴. En cas d'activité à double nature, le critère de la prédominance pourrait permettre de trancher⁵⁶⁵. En cinquième et dernier lieu, la prestation offerte l'est vraisemblablement dans le cadre d'une activité professionnelle ou

⁵⁵⁶ BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8, N 82, SHK UWG-PROBST, Art. 8, N 286 s. ; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 128 ; Dike Komm UWG-HEISS, Art. 8, N 119.

⁵⁵⁷ En ce sens, SOMMARUGA, Rapporteur, BO CN 2011 800 ; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8, N 79 ; SHK UWG-PROBST, Art. 8, N 286 ; DUPONT, Art. 8 LCD, p. 111 ; Dike Komm UWG-HEISS, Art. 8, N 100.

⁵⁵⁸ BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8, N 82. En ce sens, BRULHART, Assurances privées, N 400 ; DUPONT, Art. 8 LCD, p. 111.

⁵⁵⁹ KUONEN, Contrôle, p. 8 ; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 130 ; PICHONNAZ, Nouvel art. 8 LCD, p. 141.

⁵⁶⁰ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 126, 130 ; SHK UWG-PROBST, Art. 8, N 285 ; Dike Komm UWG-HEISS, Art. 8, N 141 ss.

⁵⁶¹ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 126 et 130 ; SHK UWG-PROBST, Art. 8, N 286 ; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8, N 79. Le droit suisse se rapproche ici du droit européen.

⁵⁶² CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 126 et 131 ; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8, N 84.

⁵⁶³ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 132. Cf. aussi Dike Komm UWG-HEISS, Art. 8, N 119.

⁵⁶⁴ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 126 et 132 ; KUONEN, Contrôle, p. 9.

⁵⁶⁵ KUONEN, Contrôle, p. 9.

commerciale⁵⁶⁶, mais, selon certains, rien n'exclut une application – à tout le moins théorique – aux contrats conclus entre consommateurs⁵⁶⁷.

La notion de consommateur au sens de l'art. 8 LCD doit, en conclusion, être interprétée largement, à savoir comme toute personne qui achète une marchandise ou une prestation de services à des fins qui ne sont pas – en tout cas de manière prépondérante – en rapport avec son activité commerciale ou professionnelle. Cela correspond à la définition de l'art. 2 al. 2 OIP⁵⁶⁸. Les personnes physiques sont principalement visées, mais l'on peut admettre qu'une personne morale, qui ne poursuit pas de but commercial, soit un consommateur⁵⁶⁹.

c. Une disproportion entre droits et obligations en défaveur du consommateur

L'art. 8 LCD exige que les droits et obligations délimités par les conditions générales soient dans un rapport disproportionné et ce, en défaveur du consommateur⁵⁷⁰. Nous nous demandons, dans le chapitre spécial concernant les assureurs, si l'examen des conditions générales auquel se livrent l'OFSP et la FINMA exclut la possibilité de retenir une disproportion.

VI. LES CONSÉQUENCES DE L'APPLICATION DE LA LCD

Comme nous l'avons évoqué, la LCD est avant tout une loi de droit privé. Celui qui est touché et qui a la capacité d'agir en justice peut ouvrir une action civile. Les possibilités d'action sont décrites dans la loi

⁵⁶⁶ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 126 et 135 s. ; SHK UWG-PROBST, Art. 8, N 288 ; PICHONNAZ, Nouvel art. 8 LCD, p. 141.

⁵⁶⁷ BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8, N 85 ; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 136.

⁵⁶⁸ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 137.

⁵⁶⁹ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 130.

⁵⁷⁰ Sur les critères en lien avec les assurances, BRULHART, Assurances privées, N 396 s. En général, Dike Komm UWG-HEISS, Art. 8, N 192 ss.

(art. 9 ss)⁵⁷¹. Pour cela, il faut que les exigences de la norme spéciale ou de la clause générale soient remplies. Le lésé peut également, dans certains cas, déposer une plainte pénale.

VII. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION D'INDIQUER LE PRIX

A. Les conditions d'application

Le volet administratif est compris aux art. 16 ss LCD⁵⁷². Il concerne l'obligation d'indication du prix des marchandises offertes aux consommateurs. La loi est précisée par l'ordonnance sur l'indication des prix (OIP)⁵⁷³ dont l'art. 1 prévoit que le but de l'ordonnance est « d'assurer une indication claire des prix, permettant de les comparer et d'éviter que l'acheteur ne soit induit en erreur ». On retient que cette obligation a principalement pour objectif la protection des consommateurs⁵⁷⁴. Ces dispositions sont, en outre, motivées par des raisons de police économique et de protection de la bonne foi dans les affaires⁵⁷⁵. Bien que cela ne corresponde pas au but premier de ces dispositions, on peut tout de même retenir un lien avec le droit de la concurrence dans la mesure où ces obligations permettent une certaine transparence sur le marché, ce qui favorise les possibilités de comparaison. Pour cette dernière raison, nous abordons brièvement cette partie de la loi.

Quant au champ d'application personnel, l'art. 20 OIP, prévoit que l'obligation d'indiquer les prix et de faire de la publicité conforme aux prescriptions de l'ordonnance incombe aux exploitants de fonds de com-

⁵⁷¹ Plusieurs actions sont possibles, selon les circonstances et l'entité qui ouvre action, p. ex. une action en interdiction, en cessation ou en constatation, une demande en rectification ou en publication du jugement, une action en dommages-intérêts et en réparation du tort moral ou encore une action en remise de gain. Cf. p. ex. Mess-LCD, p. 1045 ; Mess-aLCD-1943, p. 537.

⁵⁷² Sur le volet administratif, cf. PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 23.01 ss ; MARTIN-ACHARD, LCD, p. 105 ss ; HEIZMANN, UWG ad art. 16 ss ; SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor. Art. 16-20 ; SHK UWG-UHLMANN, Art. 16 ; CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16a ; GUYET, Art. 16-22 UWG, p. 287 ss.

⁵⁷³ Ordonnance du 11 décembre 1978 sur l'indication des prix (OIP), RS 942.211.

⁵⁷⁴ BSK UWG-SCHMID, Art. 16/16a, N 4.

⁵⁷⁵ CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16a, N 3.

merce de tout genre⁵⁷⁶. Cette définition est relativement large. Il faut en réalité retenir que celui qui propose des marchandises ou services concernés par la LCD ou l'OIP doit respecter les exigences prévues⁵⁷⁷. Cela englobe également les collectivités⁵⁷⁸ dans la mesure où elles fournissent des prestations concernées par la loi⁵⁷⁹. Nous renvoyons sur ce point aux informations développées dans le volet civil en lien avec l'activité de l'Etat.

D'un point de vue matériel, l'obligation d'indiquer le prix concerne, d'une part, les marchandises offertes aux consommateurs⁵⁸⁰. Les marchandises ne sont pas définies, mais la doctrine retient une définition qui s'apparente à celle d'un meuble au sens des droits réels⁵⁸¹. La notion de consommateur, telle qu'à comprendre dans le présent cas de figure, est en revanche précisée à l'art. 2 al. 2 OIP ; est visée toute personne qui achète une marchandise ou une prestation de service à des fins qui sont sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle⁵⁸².

L'obligation d'indiquer le prix concerne, d'autre part, certaines prestations de services désignées par le Conseil fédéral, à l'art. 10 OIP. Sans retranscrire la liste ici, nous relevons que le prix à payer effectivement, en francs suisses, doit être indiqué pour les prestations de services liées à la remise des médicaments et des dispositifs médicaux, ainsi que pour les prestations de services des vétérinaires et des médecins-dentistes (art. 10 al.1 let. t OIP)⁵⁸³. La loi ne précise pas que seules sont visées les prestations de services offertes au consommateur. En revanche, cela ressort de l'art. 2 al. 2 OIP⁵⁸⁴. On peut donc retenir que le patient peut être considéré

⁵⁷⁶ BSK UWG-SCHMID, Art. 16/16a, N 33 ss ; CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16b, N 61.

⁵⁷⁷ SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 18.

⁵⁷⁸ Cf. not. BSK UWG-SCHMID, Art. 16/16a, N 37 ; SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 17.

⁵⁷⁹ SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 18.

⁵⁸⁰ CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16b, N 37 ss.

⁵⁸¹ CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16b, N 39 ss et 45.

⁵⁸² Cf. aussi CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16b, N 46.

⁵⁸³ Cf. p. ex. CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16b, N 56 ; GUYET, Art. 16-22 UWG, p. 294.

⁵⁸⁴ Cette règle prévue dans l'ordonnance doit être considérée comme étant conforme à la loi et n'outrepasse pas le cadre de la délégation légale. La loi prévoit que le Conseil fédéral définit les prestations de services soumises à l'obligation d'indiquer le prix, on peut admettre que le fait que le service doive être « offert aux consommateurs » entre dans la définition. Cf. CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16b, N 56.

comme un consommateur, à tout le moins quand il se voit remettre des médicaments ou dispositifs médicaux ainsi que lorsqu'il consulte un médecin-dentiste. La liste de l'art. 10 OIP étant exhaustive, l'obligation d'indiquer le prix ne s'étend par exemple pas aux prestations fournies par les hôpitaux⁵⁸⁵.

L'obligation d'indiquer le prix concerne aussi les prix qui sont mentionnés dans la publicité (art. 17 LCD)⁵⁸⁶.

D'un point de vue territorial, l'obligation d'indiquer le prix s'applique, en principe, pour les biens ou services proposés en Suisse⁵⁸⁷.

Il n'existe aucune disposition spécifique définissant les limites temporelles de l'application de la LCD. Les principes généraux de droit transitoire s'appliquent. En droit administratif, on retient en général le principe de la non-rétroactivité, sous réserve d'une base légale contraire. Dans la LCD, rien de tel n'est prévu. Les dispositions sont entrées en vigueur pour l'avenir⁵⁸⁸.

B. Les conséquences de l'application de la LCD

Les art. 16 ss constituent le volet administratif. La mise en œuvre incombe aux cantons (art. 20 LCD). Il est important de souligner que le caractère contraignant des art. 16 ss LCD et de l'OIP n'est qu'indirect⁵⁸⁹. En revanche, sur le plan pénal, l'art. 24 LCD punit, d'office⁵⁹⁰, la violation des exigences concernant l'indication des prix.

⁵⁸⁵ SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 18.

⁵⁸⁶ GUYET, Art. 16-22 UWG, p. 294.

⁵⁸⁷ Cf. p. ex. art. 11c OIP qui étend l'obligation d'indiquer le prix de quiconque offre, y compris sur Internet, des tarifs aériens pour des services aériens au départ d'un aéroport situé en Suisse ou dans l'Union européenne.

⁵⁸⁸ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 102 ss. Sur l'art. 8 LCD, cf. SHK UWG-PROBST, Art. 8, N 224 ss ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 134 s.

⁵⁸⁹ La LCD ne prévoit, par exemple, pas un régime d'autorisation ou une possibilité pour les autorités cantonales de prononcer une interdiction. Un retrait d'autorisation peut éventuellement être prévu par une autre base légale. Cf. CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16a, N 5. En outre, aucune autorité administrative telle que la Comco ou le Surveillant des prix n'est compétente pour agir, bien que cette question soit parfois débattue, cf. SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 6.

⁵⁹⁰ Il n'est donc pas nécessaire qu'un consommateur porte plainte. Cf. CR LCD-MACALUSO/DUTOIT, Art. 24, N 6.

Chapitre 7 : L'ARTICULATION ENTRE LA LCD ET LA LCART OU LA LSPr

Nous avons mentionné que la LCD fait partie de ce que l'on appelle le droit de la concurrence. La question de la relation entre la LCD, d'une part, et la LCart voire la LSPr, d'autre part, peut se poser.

La LCart et la LCD visent à assurer le bon fonctionnement de la concurrence⁵⁹¹. La LCD met au premier plan les relations entre acteurs économiques (loyauté de la concurrence), alors que la LCart se concentre plutôt sur une analyse du marché (liberté et efficacité de la concurrence)⁵⁹². Ainsi, on retient souvent que la première concerne la qualité et la seconde la quantité de la concurrence⁵⁹³ ; ces deux lois sont complémentaires⁵⁹⁴. Ce propos doit toutefois être nuancé ; cette complémentarité concerne principalement les règles de la LCD qui visent le bon fonctionnement de la concurrence⁵⁹⁵. Dans certains cas, une application cumulative de la LCD et de la LCart est même envisageable (p. ex. en cas de prix d'appel ou de sous-enchère)⁵⁹⁶.

⁵⁹¹ Mess-LCD, p. 1070 ; SHK UWG-JUNG, Einleitung, N 20 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 138 ; Dike Komm UWG-HEIZMANN, Art. 1, N 64.

⁵⁹² Mess-LCD, p. 1069 ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 19 ; MARTIN-ACHARD, LCD, p. 34 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 33 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 138.

⁵⁹³ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 20 ; SCHOTT, Wettbewerb, N 839 ; ZÄCH, Kartellrecht, p. 159 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 1, N 14 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 33 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 138 ; VALLENDER, Wirtschaft, § 61 N 14.

⁵⁹⁴ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 19 ; BAUDENBACHER, Art. 1 UWG, N 67 ; HETTICH, Wettbewerb, p. 51 ; ZÄCH, Kartellrecht, p. 159 ; HEINEMANN/MARTENET, Concurrence, p. 213. Sur le lien avec la LCart : CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 73 ss pour le volet privé et N 93 pour le volet administratif.

⁵⁹⁵ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 19 et 20.

⁵⁹⁶ Mess-LCD, p. 1070 ss ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 73 ss ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 3.19 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 1, N 14 ; SHK UWG-JUNG, Einleitung, N 25 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 34. C'est par exemple possible en cas de sous-enchère pratiquée par une entreprise en position dominante.

La LSPr ayant également pour objectif la protection de la concurrence, on doit aussi parler de complémentarité entre ces lois. La LSPr combat plutôt les prix abusifs⁵⁹⁷.

En revanche, d'autres règles de la LCD concernent plus directement la protection des consommateurs et relèvent en général du droit de la consommation⁵⁹⁸ ou sont liées aux règles de la bonne foi et à l'absence de tromperie⁵⁹⁹. Il n'y a, dans ces cas, pas d'interaction – à tout le moins directe – entre ces trois lois.

⁵⁹⁷ La LSPr s'attache aux prix pratiqués sur des marchés caractérisés par l'absence de concurrence efficace (art. 1 et 12 LSPr) aux ordres de prix ou de marché de caractère étatique. Elle vise principalement à empêcher les prix abusifs (exagérément hauts). Les prix exagérément bas sont plutôt du ressort de la LCD. Cf. CR LCD-KUONEN, Art. 3 al. 1 let. f, N 12 ; SHK UWG-OETIKER, Art. 3 Abs. 1 lit. f, N 24 ; BSK UWG-WICKIHALDER, Art. 3 Abs. 1 lit. f, N 48.

⁵⁹⁸ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 24 : les règles visant une protection des consommateurs sont principalement les lettres de la fin de l'art. 3 al. 1 et l'art. 8 LCD.

⁵⁹⁹ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 23 : on pense principalement aux art. 4 à 6 LCD.

Chapitre 8 : LA RELATION ENTRE LA LCD ET D'AUTRES LOIS FÉDÉRALES OU CANTONALES

En droit public fédéral, cantonal ou communal⁶⁰⁰, on trouve plusieurs dispositions spécifiques qui règlent la publicité, les méthodes de ventes ou la commercialisation d'un bien ou service, l'indication des prix, l'utilisation de titres et dénominations professionnelles, ainsi que les autres modalités de la participation au marché, par exemple dans les lois ou ordonnances qui réglementent les denrées alimentaires, le tabac, les jeux d'argent, les médicaments, les médecins, l'ouverture des magasins, etc.⁶⁰¹. Elles sont pertinentes d'un point de vue du droit de la concurrence déloyale, bien qu'elles ne visent pas – en premier lieu en tout cas – la protection de la concurrence loyale et non faussée, mais poursuivent en général un autre but, par exemple, la protection de la santé, de la sécurité, ou la transparence⁶⁰². On parle d'une sorte de « publicisation » du droit de la concurrence déloyale ; ce corpus de règles de droit administratif prend place et grandit à côté de la LCD. Cette dernière reste une législation principalement de droit privé et dont l'exécution relève du droit privé⁶⁰³.

Dans un cas concret, il faut examiner l'articulation ou la relation entre les deux législations et s'assurer que l'on se trouve bien dans les champs d'application respectifs des dispositions. On note d'abord que la LCD et l'OIP ne prévoient pas de règles de conflit et ne réservent pas d'autres lois⁶⁰⁴. Si aucune règle spéciale n'est prévue par l'autre texte, il faut alors se rabattre sur les principes généraux du droit afin de déterminer si les règles s'appliquent conjointement ou si une exclut l'autre⁶⁰⁵. On pense aux principes de la hiérarchie des normes, de la primauté du droit fédéral, des principes applicables à la dérogation ou encore aux règles de concours en droit pénal.

⁶⁰⁰ SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor. Art. 16-20, N 5 ; CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16b, N 30.

⁶⁰¹ En ce sens, SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor. Art. 16-20, N 5, 10, 30 ; CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16b, N 30 s.

⁶⁰² SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor. Art. 16-20, N 5.

⁶⁰³ SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor. Art. 16-20, N 5.

⁶⁰⁴ CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16b, N 32.

⁶⁰⁵ En ce sens CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16b, N 33.

Deuxième partie :
Le secteur de la santé

INTRODUCTION

La deuxième partie de cette thèse nous permet de présenter les principales caractéristiques générales du secteur de la santé.

Dans le premier chapitre, nous esquissons les contours de la notion de « secteur de la santé » (I) et mettons en lumière les principaux enjeux qui le caractérisent (II).

Un angle d'approche doit ensuite être choisi pour appréhender le système dans son ensemble. Nous proposons une approche par acteurs. Ces derniers font l'objet du chapitre 2. Nous présentons ensuite les règles de financement des prestations de soins (chapitre 3 et 4). Le financement des soins mêle tous les acteurs du secteur de la santé et pose des questions intéressantes en lien avec le droit de la concurrence.

Les propos tenus dans le présent chapitre se focalisent sur une définition globale du secteur. Nous préciserons, dès la troisième partie de cette étude, qu'il est en réalité composé d'une multitude de marchés et que chacun d'eux doit être examiné séparément. C'est à ce stade que les liens seront faits avec le droit de la concurrence. Nous analyserons l'application des règles du droit de la concurrence au financement des prestations, d'une part, et aux différents acteurs, d'autre part.

Chapitre 1 : LA NOTION ET LES ENJEUX

I. LA NOTION

Notre étude se concentrant sur l'application du droit de la concurrence dans le secteur de la santé, il s'agit dans un premier temps de définir les contours que nous donnons à celui-ci⁶⁰⁶. Le principal problème auquel nous faisons face est lié à l'étendue du domaine. Plusieurs éléments sont liés, même enchevêtrés. Il est donc difficile de circonscrire le domaine d'une manière linéaire.

Pour présenter le système de santé de manière globale, on peut parler en premier lieu des fournisseurs de prestations⁶⁰⁷. Ils sont dans une relation de soins avec leurs patients⁶⁰⁸.

Les fournisseurs doivent, en deuxième lieu, être distingués des prestations fournies (soins prodigués en milieu hospitalier, soins ambulatoires⁶⁰⁹, vente de biens de santé⁶¹⁰).

Il faut ensuite envisager le système de financement des prestations, c'est-à-dire de la prise en charge des coûts par une assurance (sociale ou complémentaire), par l'Etat⁶¹¹, et/ou par le patient⁶¹². Celui-ci fait donc inter-

⁶⁰⁶ Le système de santé est défini comme « l'ensemble des moyens et activités dont la fonction est la production de la santé », BRIGNON/GALLOUJ, Santé publique, p. 109.

⁶⁰⁷ Les trois principaux prestataires par importance des dépenses sont les hôpitaux, les prestataires de services ambulatoires et les établissements médico-sociaux. Ces derniers regroupent les maisons de retraite, les homes médicalisés et les établissements pour personnes handicapées ou pour toxicomanes. CHRISTEN et al., Système de santé, p. 7 s. ; OGGIER, Coûts et financement, p. 140.

⁶⁰⁸ Sur l'importance de la santé pour les individus, SOMMER, Rationnement, p. 8.

⁶⁰⁹ Les soins stationnaires sont fournis par les hôpitaux et homes simples ou médicalisés, et par les institutions pour handicapés. Les prestations en ambulatoire sont fournies par les médecins, les pharmaciens et drogueries, les dentistes, les physio- et ergothérapeutes, les laboratoires médicaux, ou encore par les services d'aide et de soins à domicile (Spitex).

⁶¹⁰ OFSP, Le secteur suisse de la santé, p. 14.

⁶¹¹ OFSP, Le secteur suisse de la santé, p. 14 ; OGGIER, Coûts et financement, p. 138 ; DUMOULIN, Assurance-maladie, p. 149. Cf. aussi OFS, <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/14/05/blank/key/ueberblick.html>>. Cf. aussi SPRUMONT, Santé, p. 100 s.

⁶¹² Prise en charge par le patient de manière directe, ou indirecte par les primes et quotes-parts.

venir d'autres acteurs. L'assurance sociale est financée en majeure partie par les particuliers, potentiels patients. Ces derniers paient des primes, qu'ils bénéficient effectivement d'une prestation ou non. Lorsqu'ils en bénéficient, ils participent à son coût par le biais de la franchise et de la quote-part. S'agissant du financement par l'Etat, il peut être assumé par les cantons, par la Confédération ou par les deux conjointement, selon les domaines. Finalement, la prise en charge peut être le fait d'assurances privées, contractées par certains particuliers⁶¹³.

Il faut, en dernier lieu, envisager le rôle pluriel de l'Etat. Celui-ci revêt plusieurs casquettes et la répartition des compétences entre les différents niveaux étatiques est complexe et enchevêtrée⁶¹⁴.

II. LES ENJEUX

A. L'importance économique croissante du secteur de la santé

Les dépenses de santé annuelles représentent 11,9% du produit intérieur brut (PIB) et s'élèvent au total à presque 78 milliards de francs en 2015⁶¹⁵. Le secteur représente une des branches les plus importantes de l'économie suisse⁶¹⁶.

La demande en service de santé ne cesse de croître. On attribue cette augmentation à plusieurs paramètres comme la croissance démographique, le vieillissement de la population et les progrès technologiques. On attribue aussi une partie de l'augmentation au phénomène de « la demande induite par l'offre » et à l'organisation de notre système de financement, selon lequel le patient ne paie directement qu'une petite partie des coûts de son traitement⁶¹⁷. En parallèle, l'offre en service de santé est

⁶¹³ OGGIER, Coûts et financement, p. 138 ; DUMOULIN, Assurance-maladie, p. 149.

⁶¹⁴ Cf. Section II.C. ci-dessous.

⁶¹⁵ OFS, Santé, p. 38. Pour une comparaison avec les pays membres de l'OCDE, cf. OCDE, Systèmes, p. 8 ; OCDE, Priorités, p. 4 ss.

⁶¹⁶ SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 704 ; CHRISTEN et al., Système de santé, p. 7 ; WILS/BAUMANN-HÖLZLE, Sinn, p. 6 s. Pour des comparaisons entre pays, cf. SOMMER, Rationnement, p. 9 s. et OCDE, Efficacité/Politiques, p. 34. Cf. aussi KIESER/POLEDNA, Gesundheitsrecht, N 14.11.

⁶¹⁷ Voir à ce propos, CHRISTEN et al., Système de santé, p. 8 s. Pour la France, BRIGNON/GALLOUJ, Santé publique, p. 223 ss.

proposée tant par des acteurs publics que privés⁶¹⁸. Elle croît également de manière importante⁶¹⁹, ce qui s'explique notamment par l'évolution médico-technique⁶²⁰.

Finalement, les dépenses globales sont en hausse constante⁶²¹ ; cette tendance devrait se poursuivre à l'avenir⁶²². Les causes invoquées sont nombreuses et se recourent en grande partie avec les facteurs d'augmentation de la demande : le vieillissement de la population, les progrès technologiques, le fait que l'on considère aujourd'hui comme pathologiques des symptômes qui ne l'étaient pas auparavant, ou encore le constat selon lequel une personne consacre une part plus que proportionnelle de l'augmentation de ses revenus aux prestations de santé⁶²³. Certains auteurs soutiennent également que cette augmentation est liée au nombre croissant de médecins et à la plus grande disponibilité des équipements hospitaliers⁶²⁴.

⁶¹⁸ ACHTERMANN/BERSET, Politiques-vol. 1, p. 39 ; SPRUMONT, Santé, p. 97.

⁶¹⁹ CHRISTEN et al., Système de santé, p. 10 ; SOMMER, Rationnement, p. 8 ss.

⁶²⁰ L'évolution médico-technique élargit les possibilités d'intervention. De nouvelles techniques existent et s'ajoutent à celles connues. Elles exigent un personnel spécial. SOMMER, Rationnement, p. 8 ss. Pour la France, BRIGNON/GALLOUJ, Santé publique, p. 224 ss.

⁶²¹ Les dépenses s'élevaient à 36 milliards en 1995, à 65 en 2011, et à 68 en 2012. CHRISTEN et al., Système de santé, p. 7 ; OFS, Communiqué de presse du 13.05.2014, Coûts et financement du système de santé en 2012 : chiffres provisoires ; OGGIER, Coûts et financement, p. 139. Cf. pour une approche globale, OCDE, Systèmes, p. 8 ; DEISS/GUGLER, Politique, p. 237 ; KIESER/POLEDNA, Gesundheitsrecht, N 14.12 ; KOCHER, Kostenexplosion, p. 1466 ss.

⁶²² CHRISTEN et al., Système de santé, p. 7 ; OGGIER, Coûts et financement, p. 139. Pour des prévisions détaillées, voir VUILLEUMIER/PELLEGRINI/JEANRENAUD, Coûts, p. 36 ss ; DEISS/GUGLER, Politique, p. 244.

⁶²³ Pour plus de détails, voir VUILLEUMIER/PELLEGRINI/JEANRENAUD, Coûts, p. 2 ss ; SOMMER, Rationnement, p. 8 s. ; OGGIER, Coûts et financement, p. 139 ; KIESER/POLEDNA, Gesundheitsrecht, N 14.12 ; KOCHER, Kostenexplosion, p. 1468 ss. Spécialement sur le secteur ambulatoire, ROSSINI ET AL., Allocation, p. 204 s. Pour la France, MOUGEOT/NAEGELEN, Hôpitaux, p. 19 ss ; BRIGNON/GALLOUJ, Santé publique, p. 221 s.

⁶²⁴ Cela s'explique par le fait que le médecin influence fortement la demande de soin de son patient et que celui-ci est payé à l'acte sans assumer la « responsabilité fiscale de ces décisions ». L'offre crée alors sa propre demande, inversant quelque peu le système traditionnel du schéma offre-demande. Concernant les hôpitaux, ceux-ci ont ten-

B. Les spécificités du marché global de la santé

Dans le langage courant, on parle régulièrement « du marché de la santé ». En réalité, il s'agit de plusieurs marchés distincts⁶²⁵. Il faut, par exemple, distinguer le marché des prestations hospitalières, le marché des prestations fournies en ambulatoire ou par des cabinets privés, le marché de l'assurance-maladie, ou encore le marché de l'assurance-maladie complémentaire privée. Les remarques qui suivent se veulent toutefois générales.

Selon l'OCDE, « les principaux objectifs (...) dans le domaine de la politique de santé [sont] : des soins de santé accessibles et de haute qualité, des systèmes de santé qui répondent aux attentes et aux besoins des patients, qui sont abordables et efficaces »⁶²⁶. Selon l'OFSP, « la politique nationale de la santé vise à offrir à tous les habitants de Suisse un système de santé performant et durable à des coûts supportables »⁶²⁷.

Le marché est ainsi caractérisé par une double exigence. La santé est un bien existentiel de chacun et les services proposés ont une incidence importante sur la vie de la population⁶²⁸. La première exigence concerne, dans cette lignée, la sécurité de l'approvisionnement en soins. L'accès de toute personne, peu importe ses moyens, à des soins médicaux appropriés et adaptés doit être garanti, ce qui nécessite une structure de soins performante⁶²⁹. Dans un Etat social – ou dans une conception sociale de l'Etat –, la santé est d'intérêt général ; elle doit reposer sur des exigences d'équité, de solidarité et de justice (re)distributive⁶³⁰. La seconde exigence est liée au fait que les soins doivent être adaptés à la demande, appropriés

dance à créer des surcapacités pour acquérir un certain prestige régional. Cf. à ce propos, DEISS/GUGLER, Politique, p. 244 et réf. ; SOMMER, Rationnement, p. 8 s. ; ROSSINI ET AL., Allocation, p. 204 s.

⁶²⁵ DEISS/GUGLER, Politiques, p. 241.

⁶²⁶ OCDE, Systèmes, p. 5.

⁶²⁷ OFSP <<http://www.bag.admin.ch/themen/gesundheitspolitik/index.html?lang=fr>>.

⁶²⁸ DOMENIGHETTI, Défis, p. 43 ; SOMMER, Rationnement, p. 8 ; SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 704 ; SPRUMONT, Santé, p. 97 ss.

⁶²⁹ SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 704 ; DOMENIGHETTI, Défis, p. 43 ; HERMANN et al., Survol, p. 1722 ; SOMMER, Rationnement, p. 8 ; ACHTERMANN/BERSET, Politiques-vol. 1, p. 40 ; KIESER, Tarif, p. 20 ss.

⁶³⁰ DEISS/GUGLER, Systèmes, p. 237 et 242 et réf. ; SAINT-PAUL, Rapport, p. 11.

et efficaces⁶³¹. Une gestion économique la plus efficace possible est nécessaire⁶³². On constate que certains mécanismes économiques sont applicables : la santé est considérée comme un bien économique, et même comme un bien supérieur⁶³³, et il existe une « offre » et une « demande » de santé⁶³⁴ sur le « marché de la santé »⁶³⁵. ACHTERMANN/BERSET précisent qu'une des caractéristiques de notre système de santé est son caractère essentiellement libéral : il intègre des éléments de l'économie de marché, s'inspire des principes de la concurrence et de la gestion d'entreprise et encourage le profit, ce qui ne permet qu'un engagement modéré de l'Etat – c'est-à-dire là où les problèmes de santé publique ont une importance majeure. Pour le reste, il accorde une large place au secteur non étatique (secteur privé)⁶³⁶.

Dans un système aussi complexe, ces paradigmes peuvent parfois entrer en tension⁶³⁷. Bien que certains principes économiques s'appliquent, les exigences d'équité et de solidarité viennent tempérer ce constat, ou vice versa. Le fonctionnement global du marché de la santé n'est pas le même que celui d'un marché qui connaît une concurrence parfaite⁶³⁸. Lorsqu'une

⁶³¹ SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 704 ; HERMANN et al., *Survol*, p. 1722.

⁶³² DEISS/GUGLER, *Systèmes*, p. 237 ; HERMANN et al., *Survol*, p. 1722 ; SAINT-PAUL, *Rapport*, p. 11. Cf. aussi KIESER, *Tarif*, p. 20 ss qui parle de deux éléments, la haute qualité et le prix le plus bas.

⁶³³ DEISS/GUGLER, *Politique*, p. 237 s. et réf. Pour l'individu, la santé est un élément du bien-être, tandis que pour la collectivité, elle est un élément du capital humain.

⁶³⁴ Pour des détails économiques, cf. DEISS/GUGLER, *Politique*, p. 238 s. ; BRIGNON/GALLOUJ, *Santé publique*, p. 209 ss.

⁶³⁵ BRIGNON/GALLOUJ, *Santé publique*, p. 209 ; DEISS/GUGLER, *Politique*, p. 242. Rappelons que « le marché de la santé » doit en réalité être décomposé. De nombreux acteurs sont actifs sur ces marchés distincts, mais interdépendants. Comme il y existe de multiples marchés de la santé, les fonctionnements, réglementations et intérêts peuvent parfois diverger fortement.

⁶³⁶ ACHTERMANN/BERSET, *Politiques-vol. 1*, p. 37. Cf. également KOCHER, *Partage*, p. 124.

⁶³⁷ DEISS/GUGLER, *Politiques*, p. 242 ; SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 704 ; DOMENIGHETTI, *Défis*, p. 43.

⁶³⁸ DEISS/GUGLER, *Politiques*, p. 242 ; DOMENIGHETTI, *Défis*, p. 43. Sur ces questions, OGGIER, *Bildung*, p. 88.

vie en dépend, la demande ne connaît presque pas de limites⁶³⁹. Le malade ne peut être considéré comme un client ordinaire et la santé comme un banal bien de consommation⁶⁴⁰. De plus, le marché connaît des « lacunes » liées à l'asymétrie de l'information et à plusieurs facteurs d'externalité⁶⁴¹. En outre, ce n'est en général pas directement le patient qui supporte les coûts de son traitement⁶⁴² et le montant des honoraires des fournisseurs de prestations est arrêté par convention tarifaire⁶⁴³.

La santé n'est ainsi pas un bien comme les autres – argument utilisé comme justification à la régulation publique du marché ; à l'inverse, les exigences d'efficacité et d'efficacités justifient, pour certains, un système de concurrence⁶⁴⁴. Il est nécessaire de concilier les différents objectifs⁶⁴⁵ et de déterminer si, et dans quelle mesure, une intervention légale et une régulation publique sont nécessaires et adéquates ou s'il faut maintenir un régime de libre concurrence⁶⁴⁶. Ce choix ne peut se faire de manière absolue.

C. Le contexte juridique particulier

Le domaine de la santé est caractérisé par un contexte juridique particulier. Il s'agit d'un domaine hautement politisé, objet de nombreux débats puisque « tout système de santé est caractérisé par des intérêts et des objectifs souvent opposés et contradictoires parmi les acteurs impliqués »⁶⁴⁷.

⁶³⁹ CHRISTEN et al., *Système de santé*, p. 5 ; SAINT-PAUL, *Rapport*, p. 9 s. Selon DOMENIGHETTI, *Défis*, p. 43, les outils des sciences économiques sont ainsi mal adaptés à la résolution des problèmes propre au secteur sanitaire.

⁶⁴⁰ SAINT-PAUL, *Rapport*, p. 9 s.

⁶⁴¹ P. ex., un vaccin profite au bénéficiaire, mais aussi à son entourage. Cf. DEISS/GUGLER, *Politiques*, p. 242 ; DOMENIGHETTI, *Défis*, p. 43.

⁶⁴² Cf. Chap. 2.I. de la présente Partie.

⁶⁴³ Cf. Chap. 3 de la présente Partie.

⁶⁴⁴ Sur cette affirmation, voir l'analyse économique et éthique et les critiques proposées par SAINT-PAUL, *Rapport*, p. 9 s.

⁶⁴⁵ SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 70 ; DEISS/GUGLER, *Politiques*, p. 242 ; Selon DOMENIGHETTI, *Défis*, p. 43, « la question clé sera alors : comment gérer un tel système hyper complexe en garantissant l'équité d'accès aux prestations adéquates tout en évitant l'inflation économique ? ».

⁶⁴⁶ DOMENIGHETTI, *Défis*, p. 43 ; PORTER/TEISBERG, *Redefining*, p. 5 ; DEISS/GUGLER, *Politique*, p. 242.

⁶⁴⁷ DOMENIGHETTI, *Défis*, p. 43.

Il faut également compter avec la forte influence des divers groupes d'intérêts⁶⁴⁸. De plus, il est caractérisé par une intervention étatique particulière. Comme nous l'avons développé, et tant pour des raisons économiques que sociales, le législateur a considéré que le secteur ne peut répondre uniquement aux mécanismes du marché et l'Etat a alors la charge d'intervenir⁶⁴⁹. Notons déjà que de nombreux domaines ont été soustraits à la concurrence, ce qui ne signifie en revanche pas que toute concurrence a été supprimée⁶⁵⁰. La diversité des rôles de l'Etat complexifie en outre le cadre juridique. Celui-là remplit des fonctions multiples et diverses, parfois difficilement conciliables de prime abord puisqu'il établit le cadre légal, mais agit également comme fournisseur de prestations et assume une grande partie du financement des coûts⁶⁵¹. Finalement, le principe du fédéralisme sous-tend l'organisation du système⁶⁵². Les bases légales sont tant fédérales, cantonales que communales. Un certain nombre de tâches doivent être exercées de concert. Il existe également un jeu de délégation de compétences de la Confédération aux cantons. Le législateur a parfois également prévu des compétences parallèles. La répartition des compétences est ainsi complexe. Le principe du fédéralisme et ses conséquences ont poussé à l'élaboration d'une certaine collaboration entre les niveaux étatiques⁶⁵³.

⁶⁴⁸ SAX, Struktur, p. 1. Pour le lobbyisme des assureurs, cf. Partie II, chap 2.III.A.

⁶⁴⁹ DEISS/GUGLER, Politique, p. 242 ; SAINT-PAUL, Rapport, p. 11.

⁶⁵⁰ DEISS/GUGLER, Politique, p. 242.

⁶⁵¹ Cf. *infra* Partie II, chap. 2.IV.

⁶⁵² KOCHER, Partage, p. 115 et réf. ; SPURMONT, Santé, p. 97.

⁶⁵³ A ce propos, cf. ACHTERMANN/BERSET, Politiques-vol. 1, p. 50 ss.

Chapitre 2 : LES ACTEURS

Nous avons choisi une présentation du système de la santé par acteurs. Quatre acteurs principaux interagissent, mais n'ont pas forcément des intérêts communs⁶⁵⁴ : les particuliers (I), les fournisseurs de prestations (II), les assureurs (III) et l'Etat (IV).

I. LES PARTICULIERS

L'individu est un acteur central : sa santé est une valeur en elle-même. Quand elle est menacée, il donnerait souvent beaucoup pour obtenir des prestations de soins⁶⁵⁵. Comme citoyen, il peut exercer son droit de vote et participe à la définition du système de santé⁶⁵⁶. Il est également assuré, dans la mesure où l'assurance-maladie de base est obligatoire⁶⁵⁷. Il est parfois patient⁶⁵⁸ et bénéficie de biens et services de la part de fournisseurs de prestations. De plus, il supporte presque l'essentiel de la charge de financement des coûts de la santé, tant par l'impôt, par le paiement des primes et la participation aux coûts⁶⁵⁹, que par son propre apport lorsque la prestation n'est pas remboursée⁶⁶⁰.

La relation patients-fournisseurs de prestations est souvent caractérisée par l'asymétrie de l'information. Récemment, on constate que cette tendance diminue, notamment parce que les patients se regroupent en organisations qui représentent les intérêts de leurs membres⁶⁶¹.

⁶⁵⁴ A ce propos, voir HERMANN et al., *Survola*, p. 1723.

⁶⁵⁵ SOMMER, *Rationnement*, p. 8 ; HERMANN et al., *Survola*, p. 1724.

⁶⁵⁶ HERMANN et al., *Survola*, p. 1724 ; SPRUMONT, *Santé*, p. 99.

⁶⁵⁷ Art. 3 ss LAMal ; HERMANN et al., *Survola*, p. 1724. En ce sens, SPRUMONT, *Santé*, p. 99.

⁶⁵⁸ HERMANN et al., *Survola*, p. 1724 ; SPRUMONT, *Santé*, p. 99.

⁶⁵⁹ Paiement des primes : art. 61 ss LAMal. Participation aux coûts par la franchise et la quote-part : art. 64 s. LAMal. Cf. HERMANN et al., *Survola*, p. 1724 ; DUMOULIN, *Assurance-maladie*, p. 149.

⁶⁶⁰ Pour une prise en charge par la LAMal, il faut que plusieurs conditions soient remplies : la prestation doit être remboursée (selon le catalogue prévu) et fournie par un fournisseur de la liste qui remplit les conditions légales relatives à son statut.

⁶⁶¹ Il peut s'agir d'associations de patients souffrant de la même maladie, d'associations de parents ou de proches, p. ex. Ces associations offrent des prestations (information, conseil, matériel). Cf. HERMANN et al., *Survola*, p. 1724.

II. LES FOURNISSEURS DE PRESTATIONS

A. Généralités

Les prestataires de services ou fournisseurs de prestations/de soins sont les personnes et institutions qui fournissent des prestations médicales, sous la forme de biens ou de services⁶⁶². En matière de coûts de la santé, il y a trois grands fournisseurs, les hôpitaux ou cliniques, les prestataires de services ambulatoires (médecins et autres prestataires ambulatoires)⁶⁶³ et les établissements médico-sociaux⁶⁶⁴. D'une manière générale, il existe une pluralité de professions et d'établissements qui peuvent être qualifiés comme tels.

Notre étude se limite aux prestations fournies dans le cadre de l'assurance-maladie (sociale et complémentaire)⁶⁶⁵. On distingue les fournisseurs de prestations admis à pratiquer à charge de l'assurance-maladie (LAMal) des autres fournisseurs de soins.

Le chapitre 4 de la LAMal est pertinent. Les fournisseurs de prestations sont les médecins, les pharmaciens, les chiropraticiens, les sages-femmes, les personnes prodiguant des soins sur prescription ou sur mandat médical⁶⁶⁶ ainsi que les organisations qui les emploient, les laboratoires, les centres de remise de moyens et d'appareils diagnostiques ou thérapeutiques, les hôpitaux, les maisons de naissance, les établissements médico-sociaux, les établissements de cure balnéaire, les entreprises de transport et de sauvetage et les institutions de soins ambulatoires dispensés par des médecins (art. 35 al. 2 LAMal).

⁶⁶² OFSP, Le secteur suisse de la santé, p. 14.

⁶⁶³ Le traitement est dit « ambulatoire », par opposition à « hospitalier ou stationnaire », si la personne est hospitalisée moins de 24 heures.

⁶⁶⁴ Ils représentent 85% des coûts de la santé, selon l'OFS, <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/themen/14/05/blank/key/ueberblick.html>>. Cf. également, OFSP, Secteur suisse de la santé, p. 14.

⁶⁶⁵ Sur la notion de maladie, cf. art. 25 al. 1 LAMal et art. 3 al. 1 LPGa.

⁶⁶⁶ L'art. 46 OAMal prévoit que sont des personnes prodiguant des soins sur prescription médicale, les physiothérapeutes, les ergothérapeutes, les infirmiers, les logopédistes et orthophonistes ainsi que les diététiciens, dans la mesure où ils sont admis en vertu du droit cantonal et qu'ils remplissent les conditions posées aux art. 47 ss OAMal.

Pour que l'assurance prenne en charge les coûts, il faut, d'une part, fournir des prestations qui sont prises en charge⁶⁶⁷ et, d'autre part, figurer sur cette liste et respecter les conditions particulières, imposées pour chaque prestataire⁶⁶⁸. Des lois spéciales s'appliquent pour régir plus spécialement l'exercice des différentes professions⁶⁶⁹. Les honoraires facturés dans ce cadre se fondent sur des tarifs ou prix, qui sont établis selon les règles de la LAMal⁶⁷⁰.

Si un fournisseur ne remplit pas les conditions fixées ou qu'il ne figure pas sur la liste, les coûts sont à la charge du patient-usager. Il s'agit par exemple des physiothérapeutes, ergothérapeutes ou diététiciens qui n'agissent pas sur prescription médicale ou des opticiens. Les honoraires sont souvent aussi arrêtés par conventions tarifaires entre professionnels de la branche et leurs prestations peuvent être prises en charge par des assurances complémentaires, souvent selon des tarifs fixés par convention tarifaire avec les assureurs pratiquant l'assurance-maladie complémentaire⁶⁷¹.

On notera donc que la prise en charge par l'assurance obligatoire des soins dépend, d'une part, de la profession du fournisseur de soins et, d'autre part, de la prestation qu'il fournit.

⁶⁶⁷ En principe, les prestations fournies par les prestataires de la liste sont prises en charge. Certaines conditions peuvent être ajoutées pour chaque profession (listes à caractère positif ou négatif, figurer sur la planification hospitalière, être admis, etc.) Cf. p. ex. art. 25^{bis}, 26, 29, 31, 33 al. 1 et 52 al. 1 LAMal. KIESER, Tarif, p. 20 ; LONGCHAMP, Prestations, p. 263 ss ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 12 s.

⁶⁶⁸ Art. 35 al. 1 LAMal. Les conditions relatives à chaque membre de la liste se trouvent aux art. 36 à 40 LAMal. L'art. 41 LAMal précise la mesure de la prise en charge des coûts. Cf. brièvement, DUMOULIN, Assurance-maladie, p. 147, en détail LONGCHAMP, Prestations, p. 277 ss ; KIESER/POLEDNA, Gesundheitsrecht, N 14.24.

⁶⁶⁹ Cf. p. ex. LPMéd, LPSy.

⁶⁷⁰ Les fournisseurs de prestations doivent, dans le cadre de la LAMal, limiter leurs prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement, et veiller ainsi au caractère économique des actes qu'ils facturent (art. 56 LAMal), tout en garantissant la qualité des prestations (art. 58 LAMal). Les honoraires sont établis sur la base des tarifs ou de prix (art. 43 LAMal). En principe, le patient est débiteur (tiers garant), mais le système du tiers payant peut être prévu (art. 42 LAMal). Cf. Commentaire LPMéd-DUMOULIN, Art. 36, N 71.

⁶⁷¹ Sur cette question, BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 51.

Les fournisseurs se regroupent en associations, jouant des rôles différents comme la défense des intérêts des membres, la définition de politiques professionnelles ou encore le développement de la formation continue⁶⁷².

Ne pouvant présenter tous les acteurs du secteur de la santé⁶⁷³, nous avons limité notre étude à l'examen de deux d'entre eux : les établissements hospitaliers (C) et les médecins (D). Cet examen est particulièrement ardu, car, ici encore, leur activité et les règles qui la régissent ne peuvent être présentées de manière linéaire. En effet, l'hôpital est un fournisseur de prestation en tant que tel (même si d'autres prestataires, p. ex. des médecins et infirmiers fournissent en réalité les soins). Il fournit tant des prestations stationnaires qu'ambulatoires. Ensuite, le médecin peut non seulement travailler en hôpital, mais aussi exercer seul ou en cabinet. Il fournit, selon son activité, des soins ambulatoires ou stationnaires. Avant de présenter plus avant les deux fournisseurs de soins choisis, des précisions sur la distinction entre secteur ambulatoire et stationnaire sont dès lors nécessaires.

B. Le secteur ambulatoire et le secteur stationnaire

La distinction entre le secteur ambulatoire et le secteur stationnaire nous renvoie à une difficulté, la distinction entre le fournisseur de soins et les soins qu'il fournit. Elle concerne aussi les conditions de prise en charge par les assurances-maladie.

Ces notions sont définies dans l'ordonnance du 3 juillet 2002 sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux, les maisons de naissance et les établissements médico-sociaux (OCP)⁶⁷⁴. Sont principalement réputés traitements hospitaliers (au sens de l'art. 49 al. 1 LAMal), les séjours d'au moins 24 heures et les séjours de moins de 24 heures avec occupation d'un lit durant une nuit (art. 3 OCP). C'est ce que l'on appelle les traitements stationnaires. Sont des traitements ambulatoires, selon

⁶⁷² A ce propos et pour des exemples, voir HERMANN ET AL., *Survoll*, p. 1724 ; BRUMANN, *Tarif- und Tarifstrukturverträge*, p. 7.

⁶⁷³ Pour une brève présentation des autres professions, KIESER/POLEDNA, *Ge-sundheitsrecht*, N 14.29 ss.

⁶⁷⁴ RS 832.104.

l'art. 5 OCP, les traitements qui ne sont pas hospitaliers⁶⁷⁵. Ces distinctions sont intimement liées à la question du financement et de la rémunération des prestations⁶⁷⁶. Les tarifs applicables à ces différents traitements ne sont pas les mêmes. Ainsi, lorsque l'on parle des hôpitaux, on vise en particulier les « traitements hospitaliers » (stationnaires) et lorsque l'on parle de médecin, les « traitements ambulatoires ». Nous tenterons toujours d'être précise lorsque nous abordons ces questions dans la suite de ce travail.

C. Les établissements hospitaliers

Nous évoquons à présent brièvement la réglementation cantonale qui régit l'exploitation des établissements sanitaires (a). Nous présentons, dans un deuxième temps, les règles de la LAMal qui prévoient les conditions pour qu'un hôpital puisse être un fournisseur dont les prestations sont prises en charge par l'assurance-maladie de base (b). Nous nous concentrons à cet égard sur le régime de la planification hospitalière (c). Nous présentons finalement les autres règles liées aux établissements hospitaliers (d-f), notamment la planification des équipements médico-techniques coûteux (g).

a. L'exploitation d'un établissement hospitalier

Les conditions pour exploiter un hôpital dépendent du droit cantonal⁶⁷⁷. Les exigences sont fixées par les lois cantonales sur la santé (publique) ou sur les établissements hospitaliers et par les règlements d'application ainsi que par des directives spéciales. Dans le canton de Vaud par exemple, il faut obtenir une autorisation d'exploiter du Département de la santé et de l'action sociale. Le respect des exigences légales en la matière est vérifié : normes architecturales et de sécurité, exigences concernant les responsables de l'établissement ou le personnel soignant, conclusion d'une assurance responsabilité, etc.⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ Sur les caractéristiques en suisse du secteur ambulatoire : ROSSINI ET AL., Allocation, p. 205 s.

⁶⁷⁶ BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 13, 15-26 ; ROSSINI ET AL., Allocation, p. 206 s.

⁶⁷⁷ Sur cette question, Cf. KIESER/POLEDNA, Gesundheitsrecht, N 14.38.

⁶⁷⁸ Art. 144 ss de la loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (LSP VD), RS VD 800.01 ; Règlement du 26 janvier 2011 sur les établissements sanitaires et les établis-

L'autorisation⁶⁷⁹ doit être obtenue par tout établissement sanitaire qui prodigue des soins aigus. En revanche, pour que les soins soient pris en charge par la LAMal, il faut que les conditions de la LAMal soient remplies (art. 39 et 49 LAMal).

La surveillance des établissements hospitaliers est du ressort des cantons⁶⁸⁰.

Les hôpitaux publics et privés, les cliniques et les institutions de soins sont regroupés au sein de « H+ Les hôpitaux de Suisse ». H+ est l'association qui a pour objectif la défense, la promotion et la représentation des intérêts politiques, économiques et juridiques des membres et la participation à l'élaboration des conditions générales relevant des domaines médicaux, soignants, économiques, sanitaires, sociaux et éducatifs du secteur suisse de la santé⁶⁸¹.

b. La prise en charge par l'assurance-maladie obligatoire des soins hospitaliers

(i) Généralités

La LAMal prévoit certaines conditions pour que les établissements sanitaires qui servent au traitement hospitalier de maladies aiguës, aux traitements psychiatriques et à la réadaptation soient admis à prodiguer des soins stationnaires à charge de la LAMal (art. 39 LAMal) ; ils doivent notamment figurer sur la planification hospitalière du canton. La loi prévoit ensuite des exigences sur la fixation des tarifs (art. 49 LAMal). Ce sont donc les établissements – et non les médecins qui y travaillent – qui sont admis à fournir des prestations⁶⁸². Les soins prodigués par un hôpital, mais en ambulatoire, sont en revanche traités comme des soins « médicaux » (par opposition à « hospitaliers ») ; il ne sont pas soumis à la plani-

sements apparentés de droit privé dans le Canton de VAUD (RES VD), RS VD 810.01.1. Cf. ssP VD, Hôpitaux – Note à l'intention des personnes souhaitant ouvrir ou reprendre un hôpital, une clinique de soins aigus (somatiques ou psychiatriques) ou un CTR.

⁶⁷⁹ Sur la notion, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 44 N 1 ss.

⁶⁸⁰ RÜTSCHKE, Aufsicht, N 24. S. ; GERBER, Surveillance, p. 223.

⁶⁸¹ Statut de H+ Les Hôpitaux de Suisse du 6 novembre 2014 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 7 s. ; ROSSINI ET AL., Allocation, p. 212.

⁶⁸² TAF, arrêt C-426/2012 et C-452/2012 du 5 juillet 2013, c. 1.4.3.

fication hospitalière et le tarif y relatif (Tarmed) est employé pour la facturation.

Le système de la planification et du financement hospitalier, tel que prévu aujourd'hui, est issu de la 3^{ème} révision de la LAMal de 2007⁶⁸³. Nous n'entrons pas dans les détails de ces modifications, qui ont fait couler beaucoup d'encre⁶⁸⁴. Nous relevons seulement les principaux changements : le financement était globalement un financement de l'établissement, selon les frais d'exploitation⁶⁸⁵, à savoir un financement de l'objet⁶⁸⁶. Il se fait désormais, en tout cas pour les soins somatiques aigus, au moyen de forfaits liés aux prestations fournies par l'hôpital, basés sur des structures tarifaires uniformes. La répartition du financement entre assureurs et cantons est fixée dans la loi. La distinction entre hôpitaux subventionnés et non subventionnés est abolie et la notion de traitement « semi-hospitalier » est abandonnée. Le libre choix de l'hôpital est introduit. En outre, des critères uniformes de planification hospitalière sont développés par le Conseil fédéral⁶⁸⁷. La LAMal a été modifiée, car l'ancien système posait certains problèmes. Notamment⁶⁸⁸, les objectifs de maîtrise des coûts fixés n'étaient pas atteints, le calcul des coûts d'exploitation était difficile et la distinction entre personnes au bénéfice d'une assurance privée ou semi-privée posait des difficultés⁶⁸⁹.

⁶⁸³ Sur le contenu de la 3^{ème} révision LAMal, RO 2008 2049.

⁶⁸⁴ Sur l'ancienne loi et l'ancien système, FF 1994 II 239 ; Mess-LAMal, p. 148 ; Mess-rév.LAMal-2007, p. 5223 ; RÜTSCHKE, Spitalfinanzierung, p. 13 ; ROSSINI, Gouvernance, p. 35 ss ; BRUNNSCHWEILER, Tarifgestaltung, p. 47 ss ; MÜLLER, Spital, p. 79 ss ; OGGIER, Spitalfinanzierung, p. 91 ss.

⁶⁸⁵ Art. 49 al. 1 aLAMal-1994 et 39 al. 1 aLAMal-1994 ; Mess-LAMal, p. 166 ; Mess-rév.LAMal-2007, p. 5233 s. ; FRAGA DE OLIVEIRA, Planification, p. 126.

⁶⁸⁶ EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 49 N 2 ; RÜTSCHKE, Spitalfinanzierung, p. 27 ; STRÜWE, Spitalfinanzierung, p. 27 ; TREMP, Spitaltarife, N 2. Avec un « financement de l'objet », l'hôpital est financé (et non les prestations).

⁶⁸⁷ Cf. CF, Rapport planification 2013, p. 13 ; OFSP, Evaluation, p. 2 ; ERLANGER, Spitalfinanzierung, p. 5. A propos des principaux changements, Cf. Curia vista, note de synthèse. Loi sur l'assurance-maladie. Révision partielle. Financement hospitalier <http://www.parlament.ch/f/suche/pages/legislaturrueckblick.aspx?rb_id=20040061>. Cf. égaleme OFSP, Financement des hôpitaux <<http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/00305/04104/06668/index.html?lang=fr>>.

⁶⁸⁸ Pour d'autres critiques, voir p. ex. TREMP, Spitaltarife, N 3 et réf.

⁶⁸⁹ Cf. Mess-rév.LAMal-2007, p. 5234 ; CF, Rapport planification 2013, p. 13.

(ii) Les conditions d'admission

L'art. 39 al. 1 LAMal arrête spécialement les conditions pour que les établissements sanitaires⁶⁹⁰ qui servent au traitement hospitalier de maladies aiguës et à la réadaptation⁶⁹¹ puissent prester à charge de l'AOS. On vise les soins stationnaires (soins somatiques aigus, réadaptation, et psychiatrie) et non le domaine (hospitalier) ambulatoire⁶⁹². Selon cet article, les hôpitaux sont admis s'ils garantissent une assistance médicale suffisante (let. a), s'ils disposent du personnel qualifié nécessaire et d'équipements adéquats (let. b), s'ils garantissent la fourniture adéquate de médicaments (let. c), s'ils correspondent à la planification établie par un canton, ou conjointement par plusieurs cantons (let. d) et, finalement, s'ils figurent dans la liste cantonale fixant les catégories d'hôpitaux en fonction de leurs mandats (let. e). Les let. a-c sont en général reprises par les cantons comme exigences pour obtenir l'autorisation d'exploiter l'établissement⁶⁹³. Nous revenons spécialement sur la question de la planification hospitalière.

c. La planification hospitalière

(i) Le contexte

La LAMal, précisée par l'OAMal⁶⁹⁴, fait obligation⁶⁹⁵ aux cantons d'établir une planification hospitalière afin de couvrir les besoins en soins de sa population et de fixer une liste comprenant les catégories d'hôpitaux en fonction de leurs mandats (art. 39 al. 1 let. d et e LAMal et art. 58a ss OAMal)⁶⁹⁶. La planification concerne les soins stationnaires (maladies somatiques aiguës, réhabilitation et psychiatrie)⁶⁹⁷. En outre, ce qui sort de

⁶⁹⁰ Selon l'art. 39 al. 3 LAMal, ces critères valent par analogie pour les maisons de naissance et les établissements médico-sociaux.

⁶⁹¹ DUMOULIN, Hôpitaux, p. 206.

⁶⁹² DUMOULIN, Hôpitaux, p. 206.

⁶⁹³ KIESER/POLEDNA, Gesundheitsrecht, N 14.38.

⁶⁹⁴ Ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal), du 27 juin 1995, RS 832.102.

⁶⁹⁵ RÜTSCHKE, Spitalfinanzierung, p. 13. Cf. en outre Mess-LAMal, p. 148 ; Mess-rév.LAMal-2007, p. 5223.

⁶⁹⁶ Pour les hôpitaux, la condition découle directement de l'art. 39 al. 1 let. d et e LAMal. Cette disposition s'applique par analogie pour les maisons de naissance et les établissements médico-sociaux (art. 39 al. 3 LAMal).

⁶⁹⁷ DUMOULIN, Hôpitaux, p. 206.

l'éventail des prestations de l'AOS est soumis aux lois du marché⁶⁹⁸ et ne devrait pas faire l'objet d'une planification⁶⁹⁹.

(ii) Le but

Selon l'art. 39 al. 1 let. d LAMal, la planification doit être établie en vue de couvrir les besoins en soins hospitaliers. L'art. 58a al. 1 OAMal réaffirme ce principe et le précise puisqu'il prévoit que la planification en vue de couvrir les besoins a pour but de garantir aux habitants des cantons qui l'établissent le traitement hospitalier à l'hôpital. Plus précisément, le système vise une meilleure coordination des fournisseurs de prestations, une utilisation optimale des ressources et une maîtrise des coûts⁷⁰⁰. En lien avec cela, la révision de 2007 a spécialement pour but de « favoriser l'économicité de la fourniture des prestations ainsi que la concurrence en matière de qualité »⁷⁰¹. Nous constatons déjà que l'idée de concentrer l'offre et celle de favoriser la concurrence apparaissent de prime abord contradictoires⁷⁰².

(iii) La répartition des compétences

Le droit fédéral pose quelques règles de principe. Pour le reste, la mise en œuvre de la planification incombe aux cantons⁷⁰³. Ces derniers doivent

⁶⁹⁸ Mess-rév.LAMal-2007, p. 5223 ; OFSP, Commentaire OAMal-2009, p. 7. La planification ne concerne pas l'assurance-maladie complémentaire. Cf. RÜTSCHKE, Cliniques, p. 76.

⁶⁹⁹ RÜTSCHKE, Cliniques, p. 77 s. La jurisprudence a sur ce point rendu des décisions contradictoires, cf. ATF 132 V 1, c. 2.4 (n.t.) et ATF 138 II 398, c. 5.4, RDAF 2013 I 54.

⁷⁰⁰ Mess-LAMal, p. 149 ; ATF 125 V 448, c. 3b (fr) ; ROSSINI, Gouvernance, p. 82 ; ERLANGER, Spitalfinanzierung, p. 3 ; LONGCHAMP, Planification, p. 86 et 88. Cf. aussi, STRÜWE, Spitalfinanzierung, p. 27 : les coûts devraient être limités par l'incitation des hôpitaux à fournir des traitements plus économiques. Sur l'ancien système, RÜTSCHKE, Spitalfinanzierung, p. 13 s. ; DUC, Interventions, p. 663.

⁷⁰¹ CF, Rapport planification 2013, p. 13.

⁷⁰² Pour l'analyse des choix du législateur en lien avec les hôpitaux, cf. Quatrième partie, chap. 8.

⁷⁰³ Mess-rév.LAMal-2007, p. 5223 ; OFSP, Commentaire OAMal-2009, p. 3 ; ATF 125 V 448, c. 3b ss (fr), ATF 126 V 172, c. 4a, RDAF 2001 I 624 ; ATF 138 II 398, c. 3.3, RDAF 2013 I 549. Selon ce dernier arrêt, les cantons peuvent aller jusqu'à établir, dans le mandat de prestations, un volume maximal de prestations. En doctrine, ROSSINI, Gouvernance, p. 31 ; CF, Rapport planification 2013, p. 6 ; LONGCHAMP, Planification, p. 90 ; RICHLI, Spitalliste, p. 409.

agir dans le cadre posé par le droit fédéral, qui leur laisse cependant une marge de manœuvre et un certain pouvoir d'appréciation. Le droit fédéral laisse également la possibilité aux cantons d'établir leur planification seuls ou conjointement avec d'autres (art. 39 al. 1 let. d LAMal)⁷⁰⁴. Il exige, en revanche, qu'ils coordonnent leurs planifications (art. 39 al. 2 LAMal et 58d OAMal)⁷⁰⁵.

(iv) Le déroulement et les critères

L'art. 39 al. 2^{ter} LAMal, introduit en 2007, charge le Conseil fédéral d'édicter des critères de planification prenant en considération la qualité et le caractère économique⁷⁰⁶. Ceux-ci sont désormais fixés, au niveau fédéral et de manière uniforme, par les art. 58a ss OAMal, avec la volonté de réduire les différences entre les conceptions cantonales de planification et d'encourager l'utilisation efficiente des ressources⁷⁰⁷.

Les critères et références constituant le cœur de la planification⁷⁰⁸ se trouvent aux art. 58b et 58e OAMal⁷⁰⁹. La planification de la couverture des besoins en soins somatiques en milieu hospitalier est liée aux prestations (art. 58c let. a). Ceci est confirmé par le fait qu'au terme de la planification hospitalière, les cantons fixent des mandats « de prestations »⁷¹⁰. De plus, cette volonté correspond, du point de vue du financement, à l'introduction des forfaits liés aux prestations⁷¹¹. En revanche, pour la couverture des besoins en soins pour la réadaptation ou le traitement psychiatrique à l'hôpital, la planification est liée aux prestations ou aux capa-

⁷⁰⁴ Mess-rév.LAMal-2007, p. 5223 ; CF, Rapport planification 2013, p. 13 ; OFSP, Commentaire OAMal-2009, p. 7. Cf. aussi RICHLI, Spitalliste, p. 409.

⁷⁰⁵ Les cantons collaborent tous concernant la médecine hautement spécialisée. Des collaborations plus locales existent, notamment lors de la création d'hôpitaux intercantonaux. Cf. ROSSINI, Gouvernance, p. 72.

⁷⁰⁶ Ces critères reprennent l'exigence générale des prestations « efficaces, appropriées et économiques » (art. 32 LAMal). ERLANGER, Spitalfinanzierung, p. 15 s.

⁷⁰⁷ RÜTSCHKE, Spitalfinanzierung, p. 29 ; CF, Rapport planification 2013, p. 13 ; OFSP, Commentaire OAMal-2009, p. 4.

⁷⁰⁸ ROSSINI, Gouvernance, p. 33 et 67.

⁷⁰⁹ Ces critères valent pour toutes les planifications, dont la planification hospitalière.

⁷¹⁰ TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 4.

⁷¹¹ SwissDRG, cf. RÜTSCHKE, Spitalfinanzierung, p. 31. Voir également TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 4.

cités (art. 58c let. c OAMal). Notons que le financement de ces types de prestations se fait selon d'autres tarifs⁷¹².

L'OAMal, à la formulation sibylline, est difficile d'accès ; nous proposons quelques éclaircissements⁷¹³. L'idée générale est de déterminer les besoins, de fixer l'offre à même de couvrir ces besoins, d'établir une liste d'établissements pouvant pratiquer à charge de l'AOS et d'y inscrire les mandats de prestations correspondants.

La détermination des besoins

Dans un premier temps, les cantons doivent déterminer les besoins selon une démarche vérifiable⁷¹⁴, en se fondant notamment sur des données statistiquement justifiées et sur des comparaisons (art. 58b al. 1 OAMal)⁷¹⁵. Cette évaluation vise les besoins de l'ensemble des habitants⁷¹⁶ du territoire cantonal⁷¹⁷, y compris ceux au bénéfice d'une assurance complémentaire⁷¹⁸, et doit tenir compte de leur évolution en intégrant les facteurs techniques, démographiques et épidémiologiques ainsi que le flux des patients⁷¹⁹.

La fixation et l'évaluation de l'offre

Il s'agit ensuite de déterminer l'offre nécessaire pour couvrir ces besoins. Le canton examine l'offre en prestations de soins hospitaliers en tenant compte de toutes les institutions, publiques et privées. Il détermine quelle partie des besoins doit être couverte par des hôpitaux LAMal et laquelle

⁷¹² Cf. Chap. 3 de la présente Partie, spécialement Section X.A.a.ii.

⁷¹³ A ce propos, la Conférence suisse des directeurs cantonaux de la santé (CDS) a édicté le 14 mai 2009 des Recommandations sur la planification hospitalière.

⁷¹⁴ Si l'évaluation n'est pas vérifiable, le canton risque, en cas de recours, de voir sa planification annulée. Cf. not. LONGCHAMP, Planification, p. 98.

⁷¹⁵ L'Obsan publie étudie et publie des chiffres concernant le recours aux soins hospitaliers dans les cantons, cf. FÜGLISTER/WIDEMER, Soins hospitaliers.

⁷¹⁶ On vise également les besoins de patients qui préféreront une clinique privée n'ayant pas conclu de mandat de prestations et qui ne propose pas de prestation remboursée.

⁷¹⁷ Cf. art. 58a al. 1 OAMal. Conseil d'Etat vaudois, Planification hospitalière vaudoise 2012, p. 3 ; CF, Rapport planification 2013, p. 14.

⁷¹⁸ RÜTSCHÉ, Cliniques, p. 76.

⁷¹⁹ Cf. Conseil d'Etat vaudois, Planification hospitalière vaudoise 2012, p. 7. Cf. partiellement, ROSSINI, Gouvernance, p. 67.

ne le doit pas (art. 58*b* al. 2 et 3 OAMal). Seule cette première fait l'objet de la planification cantonale.

Cette offre peut être garantie tant par des établissements cantonaux qu'extra-cantonaux⁷²⁰. Ces derniers doivent être pris en considération pour autant qu'ils garantissent les soins à la population du canton⁷²¹. En outre, les cantons doivent tenir compte des hôpitaux publics, mais également – et ce de manière adéquate – des établissements privés (39 al. 1 let. d LAMal)⁷²². Ceux-ci doivent désormais être mis sur un pied d'égalité⁷²³.

Lorsque les cantons procèdent à l'évaluation et au choix de l'offre qui doit être garantie par la liste (soit lorsqu'ils adaptent l'offre aux besoins)⁷²⁴, ils doivent notamment prendre en compte le caractère économique et la quantité de la fourniture de prestations⁷²⁵ – pour cela, les cantons considèrent notamment l'efficacité de la fourniture de prestations⁷²⁶, la justification de la qualité nécessaire⁷²⁷ et le nombre minimum de cas et l'exploitation des synergies⁷²⁸ –, l'accès des patients au traitement dans un délai utile⁷²⁹ ainsi que la disponibilité et la capacité de l'établissement à remplir le mandat de prestation⁷³⁰. La planification peut considérer un établissement dans son ensemble ou seulement un ou certains services⁷³¹.

⁷²⁰ Art. 58*b* al. 3 OAMal. L'art. 58*e* al. 1 OAMal répète ce devoir, sans prévoir d'exception. Cf. OFSP, Commentaire OAMal-2009, p. 8.

⁷²¹ TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 3. Pour plus de détails, RÜTSCHKE, Spitalfinanzierung, p. 30.

⁷²² ATF 138 II 398, c. 3.9.1, RDAF 2013 I 549 ; TAF, arrêt C-401/2012 du 28 janvier 2014, c. 10.2-10.3.

⁷²³ TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 3 ; ERLANGER, Spitalfinanzierung, p. 9, 15 et 33 ; RÜTSCHKE, Cliniques, p. 71.

⁷²⁴ OFSP, Commentaire OAMal-2009, p. 8 ; RÜTSCHKE, Spitalfinanzierung, p. 30.

⁷²⁵ Art. 39 al. 2^{ter} LAMal et 58*b* al. 4 let. a OAMal. Cette exigence met en œuvre la règle générale de l'art. 32 LAMal. Cf. ERLANGER, Spitalfinanzierung, p. 9 et 15 s. ; LONG-CHAMP, Planification, p. 99.

⁷²⁶ Art. 58*b* al. 5 let. a OAMal.

⁷²⁷ Art. 58*b* al. 5 let. b OAMal.

⁷²⁸ Art. 58*b* al. 5 let. c OAMal. Ce point ne vaut que pour la planification hospitalière. Pour un exemple, TAF, arrêt C-5603/2017 du 14 septembre 2018.

⁷²⁹ Art. 58*b* al. 4 let. b OAMal.

⁷³⁰ Art. 58*b* al. 4 let. c OAMal.

⁷³¹ DUMOULIN, Hôpitaux, p. 206.

L'établissement de la liste et l'inscription des mandats de prestations

Finalement, le choix des établissements doit être confirmé par l'élaboration d'une liste – résultat de la planification⁷³² – où sont inscrits les établissements nécessaires à la garantie de l'offre en prestations hospitalières stationnaires prises en charge par l'AOS (art. 39 al. 1 let. e LAMal ; art. 58*b* al. 3 et 58*e* OAMal)⁷³³. On parle à cet égard de « Liste LAMal ». Lorsque la planification est liée aux prestations, il faut attribuer un mandat de prestations⁷³⁴ pour chaque établissement de la liste et mentionner l'éventail des prestations qui correspond au mandat (art. 39 al. 1 let. e LAMal, art. 58*e* al. 2 et 3 et 58*c* let. a OAMal).

(v) Le recours et le réexamen

Une fois adoptée par le canton, la planification est sujette à recours⁷³⁵. Finalement, les cantons doivent réexaminer périodiquement leur planification (art. 58*a* al. 2 OAMal), dans le but de permettre une couverture en soins adaptée aux besoins.

(vi) La médecine hautement spécialisée

L'art. 39 al. 2^{bis} prévoit une règle spécifique pour la médecine hautement spécialisée. Dans ce cadre, les cantons doivent établir une planification conjointe pour toute la Suisse. Cette règle a été adoptée, car des lacunes avaient été constatées en matière de planification et de répartition des tâches⁷³⁶. Les cantons ont conclu la Convention intercantonale relative à la

⁷³² TAF, arrêt C-426/2012 et C-452/2012 du 5 juillet 2013, c. 3.3.1 ; LONGCHAMP, Planification, p. 104.

⁷³³ Cf. OFSP, Commentaire OAMal-2009, p. 9. Le canton doit prendre en compte le fait que certains assurés recourent à l'offre d'hôpitaux conventionnés ou d'institutions qui figurent exclusivement sur la liste d'autres cantons.

⁷³⁴ Cela confirme que l'on finance désormais des prestations et non plus des institutions. TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 4 ; LONGCHAMP, Planification, p. 104 ss. Sur la notion de mandat de prestations, BELLANGER, Contrats de prestations, p. 141 ss ; BELLANGER, Contentieux, p. 33 ss.

⁷³⁵ Sur cette question, JOSEPH, Planification, p. 266 ; LONGCHAMP, Planification, p. 95 ; OFSP, Commentaire OAMal-2009, p. 7. Cf. ATAF 2010/15, c. 4.2 ; TAF, arrêt C-401/2012 du 28 janvier 2014, c. 5.1.

⁷³⁶ Mess-rév.LAMal-2007, p. 5224 ; HAUSER, Medizin, N 138 ; SUTER, MHS, p. 71 s.

médecine hautement spécialisée (CIMHS)⁷³⁷. Selon son art. 1^{er}, « les cantons conviennent, dans l'intérêt d'une prise en charge médicale adaptée aux besoins, de haute qualité et économique, d'assurer la coordination de la concentration de la médecine hautement spécialisée. Celle-ci comprend les domaines et prestations de la médecine se caractérisant par la rareté de l'intervention, par leur haut potentiel d'innovation, par un investissement humain ou technique élevé ou par des méthodes de traitement complexes. Au minimum trois des critères mentionnés doivent être remplis, celui de la rareté de l'intervention devant toutefois toujours l'être ». La compétence de définir et de planifier le domaine de la médecine hautement spécialisée a été déléguée à une instance intercantonale (organe de décision MHS)⁷³⁸.

Ont par exemple été attribués au domaine de la médecine hautement spécialisée : la pédiatrie et la chirurgie pédiatrique hautement spécialisée, la neurochirurgie, le traitement des brûlures graves et la transplantation d'organes solides⁷³⁹.

Notons que les principes de la planification sont les mêmes (évaluation de ce qui est de la MHS, puis attribution à un hôpital, établissement de la liste, recours, réexamen périodique, etc.)⁷⁴⁰.

d. Le financement hospitalier : aperçu

Le financement des hôpitaux et la planification hospitalière forment presque un ensemble, puisqu'un hôpital qui figure dans la planification cantonale pourra prétendre au financement de ses prestations⁷⁴¹.

Le financement des prestations hospitalières est régi par l'art. 49 LA-Mal. Il doit être lié aux prestations et se fonder sur une structure tarifaire uniforme pour toute la Suisse. En pratique, trois tarifs distincts sont adop-

⁷³⁷ HAUSER, *Medizin*, N 160 ss ; SUTER, *MHS*, p. 72. V. p. ex. la loi valaisanne d'adhésion à la Convention intercantonale relative à la médecine hautement spécialisée (CIMHS) du 8 octobre 2008 RS VS 800.9, à laquelle la convention est annexée.

⁷³⁸ Art. 2 CIMHS. Cf. HAUSER, *Medizin*, N 164 ss ; SUTER, *MHS*, p. 73.

⁷³⁹ DUMOULIN, *Hôpitaux*, p. 207 ; SUTER, *MHS*, p. 74 ss.

⁷⁴⁰ CF, *Planification de la médecine hautement spécialisée : mise en œuvre par les cantons et compétence subsidiaire du Conseil fédéral*, Rapport du 25 mai 2016. Pour les détails, HAUSER, *Medizin*, N 141 ss. Sur les recours, SUTER, *MHS*, p. 80 s.

⁷⁴¹ Cf. STRÜWE, *Spitalfinanzierung*, p. 27.

tés ou en cours d'adoption : SwissDRG pour les soins somatiques aigus, TARPSY pour la psychiatrie et ST Reha pour la réadaptation.

En revanche, si le traitement ne s'inscrit pas dans un mandat de prestations octroyé par le canton ou que l'hôpital n'est pas inscrit sur la liste, une assurance complémentaire hospitalière peut couvrir les coûts. C'est également le cas lorsque la prestation fournie n'est pas prise en charge en vertu de la LAMal.

Nous reviendrons sur ces questions dans le chapitre dédié aux tarifs⁷⁴².

e. L'obligation d'admission et libre choix de l'hôpital

Selon l'art. 41 al. 1^{bis} LAMal, les assurés disposent, dans toute la Suisse, du libre choix entre les hôpitaux⁷⁴³ dans la mesure où ils sont aptes à traiter leur maladie et qu'ils figurent sur la liste d'un canton (soit celle du canton de résidence, soit celle du canton où se trouve l'hôpital). On parle d'hôpital répertorié. Parallèlement à cela et dans les limites de leurs mandats de prestations et de leurs capacités, les hôpitaux listés ont une obligation d'admission envers les assurés résidant dans le canton où se situe l'hôpital (art. 41a al. 1 LAMal). Pour les assurés résidant hors du canton où se situe l'hôpital, l'obligation d'admission ne s'applique que si elle se fonde sur un mandat de prestations ou dans les cas d'urgence (art. 41a al. 2 LAMal). En outre, l'obligation d'admission et le libre choix de l'hôpital sont en pratique limités par les règles de financement⁷⁴⁴.

f. Les soins ambulatoires en hôpital

La planification hospitalière ne comprend pas les soins ambulatoires prodigués dans un hôpital. De plus, l'art. 49 al. 6 LAMal prévoit que les parties à une convention conviennent de la rémunération des traitements ambulatoires en hôpital. En pratique, ces prestations sont rémunérées selon le tarif Tarmed.

⁷⁴² Cf. chap. 3 de la présente Partie.

⁷⁴³ A propos de la situation sous l'ancien et le nouveau droit BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 27 ss et 32 ss. En outre, la possibilité de choisir librement son établissement hospitalier n'existe pas si une mesure de PLAFAs, selon les art. 426 ss CC, est ordonnée. Cf. DUMOULIN, Hôpitaux, p. 210. Notons aussi que le libre choix est toutefois limité par des règles sur le remboursement des soins.

⁷⁴⁴ Cf. art. 41 et 49a LAMal.

g. La planification des équipements médico-techniques coûteux

Plusieurs cantons ont instauré une clause du besoin cantonale soumettant à autorisation l'acquisition d'équipements médicaux lourds dans le domaine hospitalier ou ambulatoire. Ce domaine est donc à cheval entre le système ambulatoire et le système stationnaire. Nous le présentons toutefois ici.

(i) Le système

Le système prévu par plusieurs cantons suisses provient des Etats-Unis où les « *Certificates of Need* » ont été introduits dans le secteur hospitalier dès la fin des années soixante. L'idée est de contrôler l'augmentation des coûts en ne permettant pas la multiplication inutile des installations médicales. Pour acheter une machine, il faut obtenir un certificat de nécessité qui démontre un besoin sanitaire non encore pris en charge⁷⁴⁵.

En Suisse, le canton de Neuchâtel a été pionnier et a adopté une réglementation en 1998 déjà⁷⁴⁶. Une telle réglementation existe aussi au Tessin⁷⁴⁷ et dans le canton du Jura⁷⁴⁸. Le TF a rendu un arrêt après une décision de refus d'autorisation dans le canton de Neuchâtel⁷⁴⁹ et a validé la clause du besoin. A la suite de cet arrêt, les cantons de Vaud⁷⁵⁰ et de Fri-

⁷⁴⁵ BOLGIANI/CRIVELLI, Equipements, p. 112.

⁷⁴⁶ Arrêté neuchâtelois du 1^{er} avril 1998 concernant la mise en service d'équipements techniques lourds et d'autres équipements de médecine de pointe, RSNE 800.100.02 (ci-après : Arrêté neuchâtelois sur les équipements techniques lourds).

⁷⁴⁷ Decreto legislativo del 26 marzo 2001 concernente l'autorizzazione delle attrezzature medico-tecniche di diagnosi o di cura a tecnologia avanzata o particolarmente costosa (clausola del bisogno), RL 6.1.1.1.6 (ci-après : Decreto concernente l'autorizzazione delle attrezzature medico-tecniche).

⁷⁴⁸ Loi jurassienne du 17 novembre 2004 sur l'acquisition, la mise en service, l'utilisation et le renouvellement de certains équipements médicaux (ci-après : Loi jurassienne sur les équipements médicaux)

⁷⁴⁹ ATF 140 I 218 (fr).

⁷⁵⁰ Décret du 29 septembre 2015 sur la régulation des équipements médico-techniques lourds (DREMTL), RSVD 800.032 (ci-après : DREMTL).

bourg⁷⁵¹ ont également introduit un régime d'autorisation. D'autres suivront sans doute.

(ii) Les fondements

Le canton de Neuchâtel a adopté l'arrêté concernant la mise en service d'équipements techniques lourds et d'autres équipements de médecine de pointe⁷⁵². Celui-ci se fonde sur l'art. 83*b* de la loi du 6 février 1995 de santé cantonale⁷⁵³ qui prévoit que la mise en service d'équipements techniques lourds ou d'autres équipements de médecine de pointe, dans le domaine hospitalier ou ambulatoire, public ou privé, est soumise à autorisation. Le canton du Tessin a également utilisé la forme de l'arrêté⁷⁵⁴. Dans le canton du Jura, la réglementation de l'achat d'équipements hospitaliers lourds découle d'une loi. Dans le canton de Vaud, elle repose sur un arrêté et dans le canton de Fribourg, sur une ordonnance fondée sur l'art. 20*a* de la loi du 16 novembre 1999 sur la santé. La validité des diverses réglementations est généralement limitée dans le temps⁷⁵⁵.

Le TF, amené à se questionner sur ce système, a admis que les cantons sont compétents pour adopter une telle réglementation⁷⁵⁶.

(iii) Le fonctionnement

Toutes ces réglementations cantonales sont globalement similaires. Quelques points divergent selon les cantons ; nous présentons ici les grandes lignes.

Le régime prévoit que la mise en service⁷⁵⁷ d'équipements techniques lourds ou de médecine de pointe est soumise à autorisation.

⁷⁵¹ Ordonnance du 14 mars 2016 concernant la mise en service d'équipements lourds et d'autres équipements de médecine de pointe, ROF 2016_40 (ci-après : ordonnance fribourgeoise sur les équipements lourds).

⁷⁵² Arrêté du 1^{er} avril 1998 concernant la mise en service d'équipements techniques lourds et d'autres équipements de médecine de pointe, RSNE 800.100.02.

⁷⁵³ LS/NE, RSN 800.1.

⁷⁵⁴ Le decreto concernante l'autorizzazione delle attrezzature medico-tecniche prévoit cependant qu'une loi devrait être promulguée (cf. art. 11 al. 2).

⁷⁵⁵ Concernant le Tessin, cf. BOLGIANI/CRIVELLI, Equipements, p. 117 ss et art. 11 du decreto concernante l'autorizzazione delle attrezzature medico-tecniche.

⁷⁵⁶ ATF 140 I 218, c. 5 (fr).

⁷⁵⁷ Le canton du Jura est plus précis est traite aussi de l'acquisition et de l'utilisation. Cf. art. 2 al. 1 de la loi jurassienne sur les équipements médicaux.

Sont visés les appareils et équipements particulièrement coûteux, qui ne font pas partie des équipements ordinaires ou dont l'utilisation requiert un personnel particulièrement qualifié⁷⁵⁸. Les cantons prévoient une liste qui contient notamment l'IRM, le scanner à rayon X, l'appareil pour angiographie digitalisée, le PET, etc. Certains prévoient que les autres équipements qui dépassent un certain seuil (fixé en francs) sont également soumis à autorisation⁷⁵⁹. Le régime du canton de Fribourg est cependant plus restreint et ne vise que les IRM et les scanners à rayon⁷⁶⁰.

L'établissement qui veut acquérir un tel équipement doit faire une demande au canton. L'autorité compétente varie⁷⁶¹. Le demandeur doit en général démontrer que l'appareil ou l'équipement qu'il entend mettre en service répond à un besoin⁷⁶² de santé publique qui n'est pas couvert. Il doit justifier des qualifications et du personnel nécessaires pour en assurer le fonctionnement. En outre, aucun impératif de police sanitaire ne doit s'opposer à l'octroi de l'autorisation et les coûts ne doivent pas être disproportionnés par rapport au bénéfice sanitaire attendu. Dans le cas contraire, l'autorisation est refusée⁷⁶³.

⁷⁵⁸ Cf. par exemple art. 1 de l'arrêté neuchâtelois sur les équipements techniques lourds ; art. 1 du decreto concernente l'autorizzazione delle attrezzature medico-tecniche ; art. 2 DREMTL.

⁷⁵⁹ Art. 2 de la loi jurassienne sur les équipements médicaux ; art. 2 al. 3 du decreto concernente l'autorizzazione delle attrezzature medico-tecniche ; art. 3 DREMTL.

⁷⁶⁰ Art. 2 de l'ordonnance fribourgeoise sur les équipements lourds.

⁷⁶¹ A Neuchâtel et au Tessin, il s'agit d'une autorisation du Conseil d'Etat (art. 1 de l'arrêté neuchâtelois sur les équipements techniques lourds ; art. 1 du decreto concernente l'autorizzazione delle attrezzature medico-tecniche), du Département de la Santé et des Affaires sociales dans le canton du Jura (art. 1 al. 2 et 4 de la loi jurassienne sur les équipements médicaux) de la direction de la santé et des affaires sociales à Fribourg (art. 2 de l'ordonnance fribourgeoise sur les équipements lourds) et du Département de la santé et de l'action sociale dans le canton de Vaud (art. 9 DREMTL).

⁷⁶² Le décret tessinois précise comment déterminer si un besoin existe. Des critères sont arrêtés (art. 3 al. 6 du decreto concernente l'autorizzazione delle attrezzature medico-tecniche).

⁷⁶³ Art. 3 et 5 de l'arrêté neuchâtelois sur les équipements techniques lourds (autorisation délivrée sauf si les critères ne sont pas remplis) ; art. 6 de la loi jurassienne sur les équipements médicaux, art. 9 DREMTL, art. 3 du decreto concernente l'autorizzazione delle attrezzature medico-tecniche (autorisation délivrée si les conditions sont cumulativement remplies).

Dans le canton du Jura, l'autorisation est accordée pour une certaine durée fixée selon la durée d'amortissement⁷⁶⁴. Le canton de Fribourg introduit, quant à lui, un moratoire⁷⁶⁵.

Dans le canton de Neuchâtel, de Fribourg et du Tessin, la réglementation s'applique aux équipements du domaine hospitalier ou ambulatoire, public ou privé⁷⁶⁶. Dans le canton de Vaud, on ne vise que les équipements qui génèrent des prestations facturées à charge de l'assurance obligatoire des soins⁷⁶⁷. Dans le canton du Jura, on spécifie que la réglementation ne s'applique qu'aux fournisseurs de prestations au sens des art. 35 ss LA-Mal⁷⁶⁸.

(iv) Le but

Dans le secteur de la santé, la loi du marché ne se déploie pas pleinement. Au moment de sa « consommation », le prix d'une prestation est quasi nul⁷⁶⁹. De plus, il n'y a pas de concurrence entre hôpitaux concernant le prix qui est établi selon le système SwissDRG, que nous présenterons⁷⁷⁰. Il faut cependant admettre que les établissements hospitaliers sont, en principe, en concurrence sur les autres paramètres tels que la technologie ou la qualité de l'équipement⁷⁷¹. Les hôpitaux vont alors tenter d'attirer des patients et du personnel soignant qualifié en se démarquant des concurrents par l'achat de nouvelle technologie. Celles-ci sont très coûteuses, ce qui cause une augmentation continue des coûts⁷⁷².

Les raisons invoquées par les cantons pour justifier un tel régime sont globalement similaires. On retient principalement :

⁷⁶⁴ Art. 3 de la loi jurassienne sur les équipements médicaux.

⁷⁶⁵ Des exceptions sont prévues pour le remplacement d'un appareil de même genre ou si un nouvel appareil est indispensable à la prise en charge de la population.

⁷⁶⁶ Art. 83 a LS/NE, art. 1 al. 2 de l'ordonnance fribourgeoise sur les équipements lourds, art. 1 al. 2 du decreto concernante l'autorizzazione delle attrezzature medico-tecniche. Le TF a admis que le canton peut également intervenir dans le secteur privé en vue de mieux maîtriser les coûts, ATF 140 I 218, c. 5.7 (fr).

⁷⁶⁷ Art. 1 al. 1 et 2 al. 2 DREMTL.

⁷⁶⁸ Art. 3 de la loi jurassienne sur les équipements médicaux.

⁷⁶⁹ Le patient paie uniquement la franchise et 10% du coût total, ou 0% si la facture dépasse les 7000.-.

⁷⁷⁰ Cf. partie II, chapitre X.

⁷⁷¹ BOLGIANI/CRIVELLI, Equipements, p. 108 s.

⁷⁷² BOLGIANI/CRIVELLI, Equipements, p. 109 s.

1. une volonté d'empêcher l'acquisition d'appareils médicaux qui ne répondrait pas à des besoins sanitaires cantonaux (protection de la santé publique)⁷⁷³ ;
2. une volonté de respecter des impératifs de police sanitaire, comme la protection de l'intégrité des patients⁷⁷⁴. On parle aussi de garantie de la qualité des soins et de l'adéquation de certaines mesures diagnostiques ou thérapeutiques particulièrement coûteuses ou difficiles⁷⁷⁵ ;
3. une volonté de maîtriser et de garantir la proportionnalité des coûts des soins (soit, notamment, éviter des surcapacités pouvant déboucher sur une plus haute consommation médicale et l'augmentation des primes de l'assurance-maladie obligatoire)⁷⁷⁶.

h. Synthèse

L'exploitation d'un hôpital est soumise à une autorisation qui peut être obtenue moyennant le respect de conditions fixées par le canton. En outre, la LAMal prévoit que chaque canton doit élaborer une planification hospitalière en vue de couvrir les besoins en soins stationnaires de sa population et établir une liste contenant les hôpitaux sélectionnés pour fournir des prestations stationnaires à charge de l'AOS. Les critères principaux sont fixés au niveau fédéral, laissant une certaine marge de manœuvre – quoique relative – aux cantons. Les prestations (soins et séjour) fournies par les hôpitaux listés dans le cadre de leurs mandats sont prises en charge par les cantons et par les assureurs-maladie, sur la base de forfaits. Les prestations hospitalières ambulatoires sont rémunérées selon le tarif Tarmed. Dans certains cantons, une clause du besoin cantonale soumet à autorisation l'acquisition d'équipements médicaux lourds dans le domaine hospitalier ou ambulatoire.

Une assurance-complémentaire hospitalière peut couvrir les coûts des prestations qui ne sont pas prises en charge en vertu de la LAMal.

⁷⁷³ Pour Neuchâtel, ATF 140 I 218, c. 5.3 (fr). Art. 1 TI ; BOLGIANI/CRIVELLI, Equipements, p. 115.

⁷⁷⁴ Pour Neuchâtel, ATF 140 I 218, c. 5.3 (fr).

⁷⁷⁵ Art. 1 de la loi jurassienne sur les équipements médicaux.

⁷⁷⁶ Pour Neuchâtel, ATF 140 I 218, c. 5.3 (fr). Art. 1 de la loi jurassienne sur les équipements médicaux, art. 1 du decreto concernente l'autorizzazione delle attrezzature medico-tecnico ; BOLGIANI/CRIVELLI, Equipements, p. 115.

D. Les médecins

Nous présentons les réglementations qui s'appliquent à l'exercice de la profession de médecin (a) et qui fixent les conditions pour que le traitement soit pris en charge par l'assurance-maladie de base (b) ou complémentaire (c).

a. La réglementation de l'exercice de la profession de médecin

(i) La LPMéd

L'exercice de la profession de médecin est régi par la loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (LPMéd)⁷⁷⁷. Celle-ci a été modifiée en 2015⁷⁷⁸. Cette loi traite plus généralement des professions médicales universitaires (médecins, médecins-dentistes, chiropraticiens, pharmaciens et vétérinaires)⁷⁷⁹. Elle vise, dans ce cadre, des soins de grande qualité ainsi que le bon fonctionnement de la santé publique. La pratique professionnelle doit être axée sur les exigences de la santé individuelle et collective et sur la protection de la santé⁷⁸⁰. Elle poursuit ainsi principalement des buts de police économique et des intérêts de police sanitaire⁷⁸¹. La loi encourage la qualité de la formation ainsi que de l'exercice des professions concernées⁷⁸².

⁷⁷⁷ Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (LPMéd), RS 811.11. La loi est entrée en vigueur en 2007 pour la grande majorité des dispositions. Les autres sont entrées en vigueur en 2008.

⁷⁷⁸ RO 2015 5081.

⁷⁷⁹ Art. 2 LPMéd. Cf. Commentaire LPMéd-KIESER, Art. 2 ; AYER, Surveillance, p. 89. Loi fédérale du 18 mars 2011 sur les professions relevant du domaine de la psychologie (Loi sur les professions de la psychologie, LPsy), RS 925.81. Elle répond au même concept que la LPMéd puisqu'elle règle les diplômes, la formation postgrade, la reconnaissance des diplômes, l'exercice de la profession, etc. Cf. not. AYER, Surveillance, p. 89. Cf. Commentaire LPMéd-KIESER, Art. 2, N 3.

⁷⁸⁰ Mess-LPMéd, p. 160.

⁷⁸¹ Commentaire LPMéd-UHLMANN, Verfassungsrechtliche Grundlage, N 6 ss.

⁷⁸² La loi utilise le terme général de « l'exercice ».

Les exigences s'appliquant aux médecins

La loi exige de passer et de réussir un examen fédéral (art. 12 et 14 LPMéd)⁷⁸³. Pour les médecins, les connaissances à acquérir⁷⁸⁴ et les conditions d'admissions à l'examen fédéral sont fixées par la loi⁷⁸⁵. Une formation postgrade est ensuite prévue (art. 17 ss LPMéd) ; elle permet au médecin d'exercer sous sa propre responsabilité (art. 17 al. 1 LPMéd). La LPMéd fixe également les conditions de reconnaissances des diplômes étrangers (cf. art. 15 LPMéd).

Elle prévoit en outre que toute personne qui exerce une profession médicale universitaire doit être inscrite au registre et disposer des connaissances linguistiques nécessaires à l'exercice de sa profession (art. 33a LPMéd).

La réglementation de l'exercice à titre d'activité économique privée, sous sa propre responsabilité professionnelle

L'art. 34 LPMéd prévoit la nécessité d'obtenir une autorisation (administrative). L'autorisation est nécessaire, selon la nouvelle terminologie, pour exercer la profession de médecin à titre d'activité économique privée sous sa propre responsabilité⁷⁸⁶. La loi régissait initialement l'exercice « à titre indépendant », ce qui a été modifié en 2015⁷⁸⁷. Contrairement au précédent système, la forme économique de l'exercice de la profession n'est plus pertinente⁷⁸⁸. Le Conseil fédéral précise que pour interpréter

⁷⁸³ Mess-LPMéd, p. 196 s ; Commentaire LPMéd-NOVIER, Art. 14, N 8 ss ; DUMOULIN, Profession, p. 187.

⁷⁸⁴ Art. 6 et 7, en général, et 8, pour les médecins, dentistes et chiropraticiens. Cf. Mess-LPMéd, p. 191 ss.

⁷⁸⁵ Il faut avoir un des diplômes prérequis et avoir fini une filière d'étude accréditée, art. 12 al. 1 let. a et b LPMéd. A ce propos, Mess-LPMéd, p. 195 s. ; Commentaire LPMéd-CEREGHETTI/NOVIER Art. 12, N 15 ss.

⁷⁸⁶ Sur cette notion, Mess-rév.LPMéd-2015, p. 5587 s. et 5591 ss. Sur la notion d'indépendant selon l'ancien droit, Mess-LPMéd, p. 208 ; Commentaire LPMéd-DUMOULIN, Art. 34, N 45.

⁷⁸⁷ Cf. Mess-rév.LPMéd-2015, p. 5584 ss ; Conseil fédéral, Rapport LPMéd.

⁷⁸⁸ Mess-rév.LPMéd-2015, p. 5587 s. et 5591. La nouvelle notion est plus large. Notamment, le médecin travaillant dans un cabinet constitué en société anonyme sera soumis à la LPMéd, à condition qu'il ne se trouve pas dans un rapport de subordination avec un collègue.

cette nouvelle formulation, il faut, par exemple, se référer au droit du travail : l'activité ne fait pas l'objet de directives ou d'instructions, contrairement aux rapports de travail (art. 321*d* CO)⁷⁸⁹.

Les conditions (personnelles et professionnelles) requises pour l'octroi de l'autorisation de pratiquer sont arrêtées de manière exhaustive à l'art. 36 LPMéd⁷⁹⁰. La compétence de délivrer l'autorisation est déléguée au canton sur le territoire duquel la profession médicale est exercée (art. 36 ss LPMéd)⁷⁹¹.

La personne qui exerce une profession médicale universitaire à titre d'activité économique privée sous sa propre responsabilité doit observer la liste des devoirs professionnels listés à l'art. 40 LPMéd (not. exercer son activité avec soin et conscience professionnelle et respecter les limites des compétences acquises lors la formation universitaire, postgrade et continue ; suivre des formations continues ; garantir les droits des patients ; défendre les intérêts des patients indépendamment des avantages financiers ; observer le secret professionnel ; ou encore conclure une assurance professionnelle). Elle est soumise à surveillance (exercée par les cantons) et risque des mesures disciplinaires en cas de violation des devoirs professionnels ou des dispositions de la loi⁷⁹².

(ii) L'exercice de la profession dans le service public ou sous la surveillance professionnelle d'autrui : le droit cantonal

La LPMéd impose l'inscription au registre et des connaissances linguistiques suffisantes pour tout médecin qui exerce sa profession. Pour la personne travaillant dans le service public ou sous surveillance professionnelle, l'employeur le vérifie (art. 33*a* al. 3 LPMéd). En revanche, les autres exigences, et notamment les devoirs professionnels, ne sont pas régies par la LPMéd ; les cantons sont exclusivement compétents. Les exigences sont arrêtées dans les lois cantonales sur la santé (publique).

⁷⁸⁹ Mess-rév.LPMéd-2015, p. 5591.

⁷⁹⁰ Pour des détails, cf. Mess-LPMéd, p. 209 ; Commentaire LPMéd-DUMOULIN, Art. 36, N 8 ss. Les conditions sont cumulatives et les cantons ne peuvent ajouter d'autres conditions.

⁷⁹¹ Art. 34 LPMéd ; Mess-LPMéd, p. 207 ; Commentaire LPMéd-DUMOULIN, Art. 34, N 4 et 36 ; Commentaire LPMéd-FLEINER, Historische Entwicklung, N 42 ; AYER, Surveillance, p. 93 ; DUMOULIN, Profession, p. 189.

⁷⁹² Art. 41 et 43 ss LPMéd.

b. La pratique de la profession de médecin à charge de l'assurance-maladie obligatoire

Un point peut tout d'abord être précisé, à savoir la relation entre la LAMal et la LPMéd. La LPMéd règle en particulier la formation ainsi que l'exercice de la profession à titre d'activité économique privée sous sa propre responsabilité⁷⁹³. En revanche, si l'on se questionne sur l'exercice de la profession à charge de l'assurance obligatoire des soins, on applique en outre la LAMal⁷⁹⁴. Il faut maintenant préciser les conditions de la prise en charge des soins prodigués par un médecin par l'assurance obligatoire des soins. Notons que dans le cas d'une prise en charge des soins par une autre assurance sociale, il faut respecter les exigences fixées par la loi qui la régit⁷⁹⁵.

(i) Les prestations

Les prestations fournies par les médecins sont prises en charge (art. 25 al. 2 let. a et b LAMal). Pour qu'une prestation soit prise en charge par la LAMal, elle doit, d'une part, être efficace, appropriée et économique (art. 32 al. 1 LAMal)⁷⁹⁶. D'autre part, la prise en charge ne doit pas être exclue ou limitée par le Conseil fédéral, selon ce que permet l'art. 33 al. 1 LAMal⁷⁹⁷.

(ii) Le fournisseur de prestations

D'une manière générale, la personne ou entité qui fournit la prestation figurer sur la liste de l'art. 35 al. 2 LAMal et doit, en outre, remplir les conditions spéciales prévues.

Les médecins

Les médecins sont listés à l'art. 35 al. 2 let. a LAMal. L'art. 36 LAMal précise les conditions qui leur sont applicables. Les médecins peuvent

⁷⁹³ Commentaire LPMéd-KIESER, Bezüge, N 3.

⁷⁹⁴ En ce sens, Commentaire LPMéd-AYER, Aspects internationaux, N 17 et 19 ss.

⁷⁹⁵ En ce sens, Commentaire LPMéd-AYER, Aspects internationaux, N 17 et 19 ss.

⁷⁹⁶ Sur ces critères, RÜTSCHKE, Leistungen, N 20 ss ; PERRENOUD, Assurance-maladie, N 324 ss.

⁷⁹⁷ Pour les médecins, le CF a délégué sa compétence au DFI, art. 33 OAMal. Il a adopté l'OPAS qui recense les prestations qui ne sont pas prises en charge, mais aussi celles qui le sont ou à certaines conditions. RÜTSCHKE, Leistungen, N 7 ss ; PERRENOUD, Assurance-maladie, N 336 ss.

exercer à charge de l'AOS s'ils sont titulaires d'un diplôme fédéral de médecin et s'ils ont suivi une formation postgrade reconnue⁷⁹⁸. La LAMal renvoie donc tacitement à la LPMéd. L'OAMal précise cela et exige une formation postgrade (art. 39 OAMal). Cela signifie donc que ces exigences liées à la formation, instaurées par la LPMéd, s'appliquent à tous les médecins désirant facturer à charge de la LAMal.

Aucune procédure administrative distincte (de celle de la LPMéd) n'est prévue pour obtenir l'autorisation de pratiquer à charge de l'AOS, mais le médecin autorisé doit s'adresser à SASIS AG pour obtenir un code d'identification (« code créancier »)⁷⁹⁹. Il doit en outre obtenir l'autorisation cantonale conformément à l'art. 55a LAMal (cf. ci-dessous).

Notons que les médecins sont regroupés au sein de la FMH (*Foederatio Medicorum Helveticorum*), association de branche les représentant.

Les institutions de soins ambulatoires

Les institutions de soins ambulatoires qui offrent des soins ambulatoires dispensés par des médecins font partie de la liste des fournisseurs de prestations qui peuvent être admis. Pour cela, il faut que les médecins remplissent les conditions qui viennent d'être énumérées⁸⁰⁰.

Les médecins travaillant en hôpital

En principe, si le médecin travaille au sein d'un hôpital et qu'il n'exerce pas sous sa propre responsabilité, c'est l'hôpital qui est considéré comme l'établissement fournissant les soins à prendre en charge (art. 35 al. 2 let. f LAMal). Dès lors, les conditions de l'art. 39 LAMal doivent être remplies⁸⁰¹. Nous renvoyons à la section précédente sur les hôpitaux et rappelons que la planification hospitalière ne vise pas les soins ambulatoires. Le même raisonnement prévaut si le médecin exerce dans un établisse-

⁷⁹⁸ Commentaire LPMéd-DUMOULIN, Art. 36, N 66 ; SPOERRI, *Medizinalberufe*, p. 111 s.

⁷⁹⁹ <<https://www.sasis.ch>>.

⁸⁰⁰ Art. 35 al. 2 let. N et 36a LAMal. Pour une présentation de l'influence des centres de soins en Allemagne, AMELUNG/CORNELIUS, *Versorgungszentren*, p. 23 s.

⁸⁰¹ Cf. *supra* Section II.C.c. du présent Chapitre.

ment médico-social (art. 35 al. 2 let. k LAMal) ou dans une entreprise de transport et de sauvetages (art. 35 al. 2 let. m et 39 LAMal⁸⁰²).

(iii) La clause du besoin

La LAMal permet de limiter le nombre de médecins pouvant exercer à charge de l'assurance-maladie obligatoire. Il s'agit *in fine* d'une condition de remboursement pour les médecins. Cette possibilité s'apparente également, en quelque sorte, à une mesure de planification. La terminologie pour qualifier le système varie ; on parle de clause du besoin, de moratoire sur l'ouverture de cabinets médicaux ou encore du gel des cabinets médicaux⁸⁰³.

L'adoption de la clause du besoin

La Confédération a limité une première fois – de 2001 à 2011 – l'accès à l'exercice des professions de la santé pratiquées à charge de l'assurance-maladie obligatoire⁸⁰⁴. Cette mesure de régulation a été introduite en raison de l'entrée en vigueur prévue, en juin 2002, des accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE qui ont permis la libre-circulation des personnes. Le Conseil fédéral a alors craint une pléthore de médecins étrangers, ce qui conduirait à une augmentation de l'offre et du volume des prestations fournies, engendrant une hausse des coûts et des primes⁸⁰⁵. Cela causerait

⁸⁰² Selon l'art. 39 al. 3 LAMal, les mêmes conditions que celles valant pour les hôpitaux s'appliquent aux EMS.

⁸⁰³ ROSSINI ET AL., Allocation, p. 203, n. 49. Pour une présentation des origines de ce système, BAILLY/BERNHARDT, Clause du besoin, p. 24 ss.

⁸⁰⁴ L'Assemblée fédérale a voté, le 24 mars 2000, l'adoption de l'art. 55a LAMal (RO 1995 1328) qui prévoyait que le Conseil fédéral peut, pour une durée de trois ans, faire dépendre de la preuve d'un besoin l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à charge de l'assurance-maladie (RO 2000 2305). L'art. 55a LAMal est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001. Le Conseil fédéral a adopté une ordonnance de mise en œuvre (l'ordonnance sur la limitation de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins, OLAF, RO 2002 2549, RO 2000 2305). A trois reprises, la réglementation a été prolongée. L'OLAF a également été mise à jour.

⁸⁰⁵ ROSSINI, Admission, p. 80 s. ; SPYCHER, Prévisions, p. 5, 11 s. ; ROSSINI ET AL., Allocation, p. 203 ss, 216 ss et 220 ; GÄCHTER/BURCH, Zulassungsstopp, N 1 ; VUILLEUMIER/PELLEGRINI/JEANRENAUD, Coûts, p. 30. Sur le fait que la surdotation en médecins n'est pas souhaitable, voir TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 92 ; GÄCHTER/VOLLENWEIDER, Gesundheitsrecht, § 8 ch. 790 et renvois. Pour une étude

de la « demande induite par l'offre ». En effet, si le nombre de médecins augmente, la concurrence également. En revanche, le nombre de patients étant stable, les fournisseurs pourraient avoir tendance à augmenter le nombre de prestations fournies, payées par un forfait à l'acte, pour compenser la diminution du nombre de patients. Cette possibilité existe du fait de l'asymétrie de l'information⁸⁰⁶. En résulterait finalement une augmentation des coûts⁸⁰⁷.

Pour l'éviter, le législateur a introduit plus précisément une clause du besoin – instrument qui permet de réguler l'offre des fournisseurs de prestations (dont principalement les médecins) pratiquant dans le secteur ambulatoire⁸⁰⁸. L'Assemblée fédérale a adopté, le 24 mars 2000, l'art. 55a LAMal⁸⁰⁹ selon lequel le Conseil fédéral peut, pour une durée de trois ans, faire dépendre de la preuve d'un besoin l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à charge de l'assurance-maladie⁸¹⁰. Cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001⁸¹¹. Le système devait être limité dans le temps et visait à protéger la situation d'ici à ce qu'une solution soit trouvée⁸¹². Le Conseil fédéral a ensuite adopté l'ordonnance du 3 juillet 2002 sur la limitation de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins (OLAF)⁸¹³. Elle est entrée en vigueur le lendemain et pour trois ans⁸¹⁴. Ce régime a toutefois été prolongé à trois reprises, aucune autre solution n'étant trou-

chiffrée datant de 2007, BÉTRISEY/JACCARD RUEDIN, *Evolution 1998-2004*, p. 13 ; JEANRENAUD, *Rémunération*, p. 1.

⁸⁰⁶ ROSSINI, *Admission*, p. 80 s. ; ROSSINI ET AL., *Allocation*, p. 203 ss, 216 ss ; VUILLEUMIER/PELLEGRINI/JEANRENAUD, *Coûts*, p. 30. Pour une étude chiffrée datant de 2007, BÉTRISEY/JACCARD RUEDIN, *Evolution 1998-2004* ; JEANRENAUD, *Rémunération*, p. 2 et 4 ss.

⁸⁰⁷ GÄCHTER/BURCH, *Zulassungsstopp*, N 2.

⁸⁰⁸ ROSSINI ET AL., *Allocation*, p. 203 et 216 s. Cf. aussi *Commentaire LPMéd-DUMOULIN*, Art. 36, N 73 ss. En ce sens voir ATF 130 I 26, c. 6.2, JdT 2005 I 143 ; ATF 140 V 574, c. 5.2.2 et 5.2.3 (fr).

⁸⁰⁹ RO 1995 1328.

⁸¹⁰ RO 2000 2305.

⁸¹¹ RO 832.10.

⁸¹² ROSSINI ET AL., *Allocation*, p. 203 et 216 s. ; VOKINGER ET AL., *Zulassungsregulierung*, p. 4 s.

⁸¹³ RO 2002 2549, RO 2000 2305.

⁸¹⁴ RO 2002 2549.

vée⁸¹⁵ ; l'abolition de la liberté de contracter prônée par certains n'aboutit pas⁸¹⁶. Le peuple refusera ensuite une révision constitutionnelle (qualité et efficacité économique dans l'assurance-maladie)⁸¹⁷.

La clause du besoin est abandonnée le 31 décembre 2011⁸¹⁸. Le débat sur des alternatives est relancé. La réponse principale est le projet de révision de la LAMal « *Managed care* », également refusé par le peuple⁸¹⁹. Dès l'abandon de la clause, une augmentation du nombre de demandes d'inscription – très forte dans certains cantons⁸²⁰ – a été constatée. En 2013, l'Assemblée fédérale a approuvé en urgence la réintroduction temporaire de l'art. 55a LAMal⁸²¹ et le Conseil fédéral celle de l'OLAF, et ce jusqu'en 2016⁸²².

A la fin du délai, la clause devait être abolie. Des discussions pour sa réintroduction (cette fois-ci définitive) ont été menées, mais le Parlement a voté son abandon à une courte majorité⁸²³. Cette décision a fait grand bruit et a été vivement remise en cause. Le Parlement est alors revenu sur son choix et a prolongé la clause jusqu'au 30 juin 2019⁸²⁴ ; l'OLAF est réintroduite jusqu'à cette date également.

⁸¹⁵ ROSSINI ET AL., Allocation, p. 203 ; VOKINGER ET AL., Zulassungsregulierung, p. 4 s.

⁸¹⁶ Message du Conseil fédéral relatif à la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (Liberté de contracter) du 26 mai 2004, FF 2004 4055. Cf. aussi Motion de la CSSS-N, Suppression de l'obligation de contracter. Cf. aussi GÄCHTER/BURCH, Zulassungsstopp, N 2 ; MATTIG, Grenzen, p. 210 ss.

⁸¹⁷ Refusé le 1^{er} juin 2006. ROSSINI ET AL., Allocation, p. 203.

⁸¹⁸ ROSSINI ET AL., Allocation, p. 203 ; VOKINGER ET AL., Zulassungsregulierung, p. 5.

⁸¹⁹ Refusé le 17 juin 2012. Il ne s'agissait pas d'une réelle alternative, mais plutôt d'un autre axe d'action. Cf. Message du Conseil fédéral relatif à la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (*Managed Care*) du 15 septembre 2004, FF 2004 5257. Cf. ROSSINI, Admission, p. 85 s. ; GÄCHTER/BURCH, Zulassungsstopp, N 2.

⁸²⁰ La levée du moratoire n'est accompagnée d'aucune autre solution. S'en suit une explosion des demandes d'admission notamment dans les cantons de Genève et de Zurich. ROSSINI, Admission, p. 86. Cf. aussi Intervention du Conseiller fédéral BERSET, BO CN 2016 287.

⁸²¹ RO 2013 2065. Cf. Mess-55a LAMal, p. 8712.

⁸²² Cf. OFSP, Commentaire OLAF, p. 2.

⁸²³ Rejet au Conseil national en décembre 2015, 97 voix contre 96 et une abstention ; RO 2015, p. 2314.

⁸²⁴ Concernant l'art. 55a LAMal, RO 2016 2265, Initiative parlementaire CSSS-N Prolongation de la validité de l'art. 55a LAMal, BO CN 2016 1220 ss ; Initiative parle-

Le fonctionnement du système

Quels sont les fournisseurs de soins visés par le système de la clause du besoin ? Au départ, l'art. 55a LAMal visait tous les fournisseurs⁸²⁵. Les cantons avaient cependant limité la clause aux médecins⁸²⁶, voire aux pharmaciens. Depuis 2009, la LAMal ne vise plus que les médecins⁸²⁷. En théorie, l'OLAF concerne, sauf exception⁸²⁸, les médecins prodiguant des soins ambulatoires, et aussi ceux qui exercent au sein d'un hôpital si le canton le prévoit (art. 2 OLAF)⁸²⁹. En pratique toutefois, les cantons n'appliquent en général pas la clause aux médecins en hôpital⁸³⁰.

De plus, depuis 2013, les médecins qui ont exercé pendant au moins trois ans dans un établissement suisse reconnu de formation postgrade ne sont plus soumis à la preuve du besoin (art. 55a al. 2 LAMal)⁸³¹. Cette réserve a pour but de faciliter l'intégration des personnes dans le système de santé et d'assurer la qualité des soins et la sécurité des patients. On ne veut pas d'une limitation trop forte pour les jeunes médecins qui veulent poursuivre leur évolution professionnelle⁸³². Une liste des établissements visés (registre des établissements de formation postgraduée certifiés) est disponible sur internet⁸³³.

mentaire CSSS-N Prolongation de la validité de l'art. 55a LAMal, BO CE 2016 572 ; FF 2016 3349 3359. Concernant l'OLAF, RS 832.103 ; RO 2016 2267.

⁸²⁵ RO 2000 2305. Cf. GÄCHTER/BURCH, Zulassungsstopp, N 4.

⁸²⁶ ROSSINI ET AL., Allocation, p. 225 ss ; GÄCHTER/BURCH, Zulassungsstopp, N 4.

⁸²⁷ RO 2009 5265. GÄCHTER/BURCH, Zulassungsstopp, N 4.

⁸²⁸ Cf. art. 3 OLAF. Cf. aussi GÄCHTER/BURCH, Zulassungsstopp, N 6.

⁸²⁹ Les médecins exerçant dans les institutions peuvent, depuis 2009, également être soumis à la clause du besoin. ROSSINI, Admission, p. 81 ; ROSSINI ET AL., Allocation, p. 217 ; GÄCHTER/BURCH, Zulassungsstopp, N 4.

⁸³⁰ Cf. en partie ROSSINI ET AL., Allocation, p. 225 ss et 238 ; HOFMANN, Clause du besoin, p. 789, n. 7 et réf. Pour une étude des pratiques cantonales, RÜEFLI/HUEGLI/BERNER, Umsetzung, p. 19 s. Pour une appréciation de la législation vaudoise, Cour constitutionnelle vaudoise, CCST.2014.0003 du 16 février 2015.

⁸³¹ RO 2013 2065. Cela ne figurait pas dans le projet, mais a été ajouté par le Parlement. Cf. FF 2012 8723. Cette réserve a ensuite été maintenue en 2016. Cf. en doctrine GÄCHTER/BURCH, Zulassungsstopp, N 9 s.

⁸³² FF 2016 3349 ss, p. 3351, Initiative parlementaire – Prolongation de la validité de l'art. 55a LAMal – rapport de la commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 24 février 2016.

⁸³³ <<http://www.registre-isfm.ch/default.aspx>>

Quant au fonctionnement du système, l'Annexe 1 de l'OLAF prévoit, sous forme de tableau, un nombre maximum de fournisseurs de prestations admis par canton et par spécialisation. Dès lors, un canton peut restreindre l'installation de médecins ou l'ouverture de cabinets quand l'offre atteint certains seuils qui sont – en théorie – considérés comme la limite avant une offre trop abondante⁸³⁴. Des aménagements sont toutefois prévus. Le canton peut décider que les seuils fixés ne valent pas pour certaines spécialités (art. 3 let. a OLAF). Ils peuvent aussi ne délivrer aucune autorisation tant que la densité est supérieure à celle de la région ou de la Suisse (art. 3 let. b OLAF qui renvoie à l'annexe 2). L'admission d'un plus grand nombre de médecins est possible si la couverture sanitaire s'avère insuffisante pour une certaine catégorie (art. 4 OLAF)⁸³⁵.

L'autorité compétente pour la mise en œuvre dépend de l'organisation des cantons⁸³⁶. En pratique, tous les cantons n'ont pas dû user de la clause de sauvegarde⁸³⁷. Il existe, en effet, des situations d'approvisionnement en soins différentes (surabondance dans les zones urbaines, risque de pénurie ou pénurie dans les zones non urbaines, mauvaise répartition des spécialités ou encore risque de pénurie de médecins généralistes). La possibilité de refuser de nouvelles admissions n'est donnée que si, dans une région ou dans un canton, le nombre de médecins ou la densité prévue par l'ordonnance est dépassé⁸³⁸. De plus, cette limitation n'empêche pas les cantons de délivrer des autorisations qui excluent la pratique à charge de l'AOS⁸³⁹.

⁸³⁴ ROSSINI, Admission, p. 81 ; ROSSINI ET AL., Allocation, p. 216 s. En ce sens, ATF 140 V 574, c. 5.2.3 (fr).

⁸³⁵ Comme la mesure était limitée, le Conseil fédéral a arrêté un cadre légal plutôt explicite, mais laisse une marge de manœuvre au canton qui peut introduire des exceptions quand la couverture ne suffit pas dans une catégorie de médecins ou dans une certaine région. ROSSINI, Admission, p. 83. Cf. aussi ATF 140 V 574, c. 5.2.4 (fr).

⁸³⁶ ROSSINI ET AL., Allocation, p. 231 s.

⁸³⁷ La clause du besoin a été utilisée dans le canton de Genève qui a une offre excédentaire, et dans les cantons de Vaud, Berne et Neuchâtel où l'offre est, dans certaines régions, lacunaire. En revanche, elle n'a pas été appliquée dans les cantons du Valais, de Fribourg et du Jura. De plus, la mesure n'est pas apte à lutter contre les problèmes de répartition des médecins sur le territoire d'un canton. ROSSINI, Admission, p. 82.

⁸³⁸ ROSSINI, Admission, p. 81 et p. 235 s.

⁸³⁹ Commentaire LPMéd-DUMOULIN, Art. 36, N 74. Le canton de Genève l'a par exemple fait, notamment dans le domaine de la chirurgie esthétique où les prestations

(iv) La prise en charge selon un tarif

Pour que son activité soit prise en charge, le médecin doit encore respecter les autres spécificités prévues par la LAMal notamment et en règle générale la facturation conformément aux tarifs prévu en vertu de l'art. 41 al. 1 LAMal, à savoir Tarmed⁸⁴⁰. Nous revenons en détail sur ce point dans un prochain chapitre.

(v) Le libre choix du médecin

Selon l'art. 41 al. 1 LAMal, l'assuré a le libre choix, pour son traitement ambulatoire, entre les fournisseurs de prestations admis et aptes à traiter sa maladie⁸⁴¹. En revanche, un médecin n'a pas, sauf cas d'urgence, d'obligation d'accepter un nouveau patient.

c. La prise en charge par une assurance-maladie complémentaire

Dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire finalement, les conditions d'admission ou le droit au remboursement sont fixés par les contrats et conditions générales d'assurance⁸⁴². En revanche, les règles de la LPMéd s'appliquent. Un médecin dont les prestations sont remboursées par une assurance-maladie complémentaire doit respecter les devoirs prévus⁸⁴³.

Des conventions tarifaires sont parfois conclues pour rémunérer les prestations fournies en ambulatoire et qui ne sont pas prises en charge par l'assurance obligatoire des soins. Sur ce point, nous renvoyons au chapitre ci-dessous.

ne sont en règle générale pas prises en charge par l'AOS. On peut aussi l'admettre pour la psychiatre, domaine où le patient souhaite souvent payer lui-même son traitement pour des raisons de confidentialité, pour autant que le médecin informe bien le patient.

⁸⁴⁰ Commentaire LPMéd-KIESER, Bezüge, N 25 s. et 30 s.

⁸⁴¹ A propos de la situation sous l'ancien et le nouveau droit, BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 27 ss et 32 ss.

⁸⁴² Commentaire LPMéd-AYER, Aspects internationaux, N 56 ss.

⁸⁴³ Commentaire LPMéd-KIESER, Bezüge, N 57 ss.

d. Synthèse

La LPMéd fixe les exigences générales de formation des médecins. En outre, l'exercice de la profession de médecin à titre d'activité économique sous sa propre responsabilité est régi par cette loi. Le droit cantonal s'applique dans les autres cas.

La question de la prise en charge des soins fournis en ambulatoire par le médecin dépend des conditions imposées dans la LAMal. Quant au critère personnel, la LAMal renvoie toutefois aux exigences de formation fixées par la LPMéd. L'art. 55a LAMal prévoit enfin, par canton, une limitation du nombre de médecins pouvant exercer à charge de l'AOS. C'est le système de la « clause du besoin ». En revanche, le patient peut choisir librement son médecin. Les prestations sont facturées conformément au système Tarmed. Si les conditions de la LAMal ne sont pas remplies, les soins et prestations fournies sont à la charge du patient, voire de son assurance complémentaire.

III. LES ASSUREURS

Le prochain acteur du secteur sur lequel nous nous penchons est l'assureur. Il encaisse les primes de ses assurés. Avec ces sommes, il rembourse une partie des frais ou paie directement la rémunération du fournisseur de prestations⁸⁴⁴. Il s'agit d'une des principales particularités du système. Le patient ne supporte pas directement et entièrement les coûts des soins auxquels il recourt. Un tiers intervient : l'assureur.

Les assurances sociales (A) sont à distinguer des assurances privées (B). Au sein des assurances sociales, plusieurs sont liées, de près ou de loin, à la santé, comme l'assurance-maladie, l'assurance-accidents, l'assurance-invalidité, l'assurance-maternité ou l'assurance-militaire. Les assurances privées peuvent également proposer des prestations liées à la santé. Dans cette étude, nous nous sommes concentrée sur l'assurance-maladie, dans sa dimension « sociale » et dans sa dimension « privée ».

⁸⁴⁴ Dans l'assurance-maladie, l'assureur rembourse l'assuré qui est le débiteur direct de la rémunération (« tiers garant ») ou, dans certains cas, paie directement la rémunération (« tiers payant »). Art. 42 LAMal. Cf. DUMOULIN, Assurance-maladie, p. 148 ; HERMANN ET AL., Survol, p. 1725.

A. L'assurance-maladie et les assureurs-maladie pratiquant l'assurance-maladie sociale

a. Généralités

L'assurance-maladie sociale, régie par la LAMal⁸⁴⁵, comprend l'assurance obligatoire des soins, d'une part, et une assurance facultative d'indemnités journalières, d'autre part⁸⁴⁶. Son principal rôle est d'allouer des prestations en cas de maladie, d'accident, ou de maternité⁸⁴⁷.

Concernant l'assurance obligatoire des soins, toute personne domiciliée en Suisse, sauf exception, doit s'assurer de manière personnelle auprès d'une caisse-maladie ou d'une entreprise d'assurance privée soumise à la LSA pratiquant, en outre, l'assurance-maladie et ayant reçu, pour cela, une autorisation de pratiquer de l'OFSP⁸⁴⁸. Les assureurs-maladie peuvent être organisés sous la forme d'associations, de fondations, de sociétés coopératives ou de sociétés anonymes poursuivant un but qui n'est pas de nature économique⁸⁴⁹. Ils peuvent aussi prendre la forme d'une personne morale de droit public cantonal⁸⁵⁰. Ils doivent obtenir une autorisation⁸⁵¹ et leur activité est soumise à surveillance de l'OFSP en vertu de la LSA-Mal⁸⁵².

⁸⁴⁵ Une des caractéristiques de l'assurance sociale est que les droits et obligations découlent de la loi. La compétence de la Confédération découle de l'art. 117 Cst. Cf. StG Komm. BV, vol.2-POLEDNA, Art. 117, N 2 ss.

⁸⁴⁶ Art. 1a al. 1 LAMal.

⁸⁴⁷ Art. 3 al. 2 LAMal. Sur ces définitions, cf. p. ex. EUGSTER, *Krankenversicherung*, N 283 ss ; LONGCHAMP, *Prestations*, p. 104 ss.

⁸⁴⁸ Art. 3 LAMal, art. 2 ss, 56 LSAMal, art. 3 OSAMal. Cf. en doctrine avant l'entrée en vigueur de la LSAMal, SCARTAZZINI/HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, § 16 N 6 ss ; EUGSTER, *Krankenversicherung*, N 210 ss ; WIDMER, *Sozialversicherung*, p. 183 ; MURER/STAUFFER, *KVG ad art. 3, 11 et 12* ; DUMOULIN, *Assurance-maladie*, p. 144 ; LONGCHAMP, *Prestations*, p. 200 ss ; POLEDNA, *Organisation*, p. 18 ; LOCHER/GÄCHTER, *Sozialversicherungsrechts*, p. 195 s. ; GREBER ET AL., *Sécurité sociale*, p. 73 ss.

⁸⁴⁹ Art. 5 let. a LSAMal.

⁸⁵⁰ Cf. art. 2 al. 1 LSAMal. Avant l'entrée en vigueur de la LSAMal, KAUFMANN, *Assureurs-maladie*, p. 87 ; DUMOULIN, *Assurance-maladie*, p. 144.

⁸⁵¹ Une liste des assureurs reconnus est publiée. Cf. BAG, *Liste*.

⁸⁵² Art. 56 LSAMal. Sur la surveillance, RÜTSCHKE, *Aufsicht*, N 3 ss.

L'assureur prend en charge les prestations fournies à ses assurés, dans la mesure où toutes les conditions de prises en charge sont remplies⁸⁵³. Quant à lui, l'assuré paie une prime (b). Il peut conclure une assurance alternative où il restreint son accès aux fournisseurs de prestations, contre réduction de prime (c).

Une assurance d'indemnités journalières⁸⁵⁴, limitée⁸⁵⁵, peut être contractée par toute personne domiciliée ou exerçant une activité lucrative en Suisse et âgée de 15 à 64 ans⁸⁵⁶. Contrairement à l'assurance obligatoire, elle peut être conclue de manière collective⁸⁵⁷.

Les assureurs pratiquant l'assurance obligatoire des soins doivent admettre, dans les limites de leur cercle territorial d'activité, toute personne en droit de s'assurer⁸⁵⁸. En revanche, une caisse-maladie peut limiter son activité à l'assurance indemnités journalières en faveur des membres d'une entreprise ou association⁸⁵⁹.

Plusieurs autres tâches sont attribuées aux assureurs. Ils doivent, avec les cantons, soutenir la promotion de la santé⁸⁶⁰. Ils ont notamment la tâche de négocier des conventions tarifaires⁸⁶¹.

Finalement, quelques autres caractéristiques sont à relever. Les caisses-maladie ne peuvent poursuivre un but lucratif⁸⁶². Les assureurs se sont regroupés sous la forme d'une association faitière, santésuisse qui représente les intérêts de la majorité des assureurs-maladie. Elle peut notam-

⁸⁵³ Il doit s'agir d'une prestation prise en charge (art. 24 ss LAMal et 33 LAMal, OAMal, OPAS), fournies par un fournisseur de prestations reconnu (art. 35 ss LAMal, OAMal). Cf. à ce propos, SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 80 ss ; WIDMER, Sozialversicherung, p. 198 ss ; DUMOULIN, Assurance-maladie, p. 145 ss ; LONGCHAMP, Prestations, p. 200 ss ; RÜTSCHKE, Leistungen, N 1 ss.

⁸⁵⁴ Au sujet des indemnités journalières, cf. WIDMER, Sozialversicherung, p. 223 ss ; MURER/STAUFFER, KVG ad art. 67 ss ; EUGSTER, Krankenversicherung, N 1428 ss.

⁸⁵⁵ Le versement des indemnités est limité dans le temps (720j/900j), et à un certain montant. Art. 72 LAMal.

⁸⁵⁶ Art. 67 al. 1 LAMal.

⁸⁵⁷ Art. 67 al. 3 LAMal.

⁸⁵⁸ Art. 68 al. 1 LAMal. En doctrine, not. EUGSTER, Krankenversicherung, N 157 ss.

⁸⁵⁹ Art. 68 al. 2 LAMal.

⁸⁶⁰ Art. 19 s. LAMal.

⁸⁶¹ Art. 43 al. 4 ss, et 46 ss LAMal ; HERMANN et al., Survol, p. 1725.

⁸⁶² Art. 12 al. LAMal.

ment directement négocier et conclure des conventions tarifaires pour les membres⁸⁶³, ce qui renforce son pouvoir de négociation⁸⁶⁴. Ils exercent également une activité de lobbying importante⁸⁶⁵.

b. Les primes

L'assurance finance la majeure partie de ses coûts avec les primes des assurés⁸⁶⁶. Nous nous concentrons à présent sur la notion de prime, la fixation de son montant et la procédure d'approbation.

(i) Les fondements

Le législateur ne définit pas la notion de prime⁸⁶⁷. En revanche, plusieurs dispositions de la LAMal, précisées par l'OAMal, traitent du sujet⁸⁶⁸. En particulier, il est prévu que l'assureur-maladie fixe les primes (art. 61 al. 1 LAMal). Il doit respecter les règles posées par la LAMal et l'OAMal ainsi que par la LSAMal dont le but est de garantir la sécurité financière du marché⁸⁶⁹. On retient de ces dispositions que « par prime, il faut entendre la contribution par l'assuré au financement des dépenses de la caisse-maladie pour l'assurance obligatoire des soins, soit le montant, avant toutes espèces de réductions légales ou conventionnelles, fixé par l'assureur dans le tarif qu'il soumet à l'approbation »⁸⁷⁰.

Les primes permettent aux assureurs de financer leurs frais et, surtout, les prestations d'assurance (rémunération⁸⁷¹), à savoir la majeure partie de

⁸⁶³ Certaines conventions sont désormais négociées et conclues par Tarif Suisse SA, une société fille de santésuisse. Cf. BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 52 s.

⁸⁶⁴ HERMANN et al., Survol, p. 1725; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 10; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 1787.

⁸⁶⁵ HERMANN et al., Survol, p. 1725.

⁸⁶⁶ Art. 60 à 63, spécialement 61 LAMal. Cf. à ce propos, SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 240 ss; WIDMER, Sozialversicherung, p. 189 s. et 219 ss.

⁸⁶⁷ ATF 124 V 333, c. 2b (fr).

⁸⁶⁸ Cf. en particulier art. 61 LAMal (art. 89-92 OAMal), 64 LAMal (art. 103-105 OAMal), art. 65-66 LAMal (art. 106 OAMal).

⁸⁶⁹ BERSET, Conseiller fédéral, BO CE 2013 204. DUC, Assurance, p. 157. Cf. aussi ATF 135 V 39, c. 4 (fr); ATF 124 V 333, c. 2b (fr).

⁸⁷⁰ ATF 124 V 333, c. 2b (fr).

⁸⁷¹ Dans l'assurance-maladie, l'assureur rembourse l'assuré qui est le débiteur direct de la rémunération (« tiers garant ») ou, dans certains cas, paie directement la rémunération

leurs coûts⁸⁷² – les autres recettes étant les participations des assurés (franchises, quote-part)⁸⁷³, les subventions des autorités et les intérêts de la fortune. Les assureurs doivent donc fixer les primes de manière à couvrir les prestations dues pour une certaine période⁸⁷⁴. Dans son calcul, l'assureur doit également tenir compte du système de compensation des risques⁸⁷⁵. On retient que les assureurs-maladie fixent leurs primes pour l'année suivante sur la base des coûts prévisibles⁸⁷⁶. Si un assureur encaisse des primes en trop, il peut compenser les primes l'année suivante afin de rétablir l'équilibre entre primes et coûts⁸⁷⁷.

Les primes sont, en principe, prélevées par un assureur de manière égale auprès de ses assurés. Conformément au principe de solidarité, leur montant n'est pas proportionnel au risque couvert⁸⁷⁸. Aussi les prestations versées aux assurés ne dépendent-elles pas des cotisations acquittées ni des résultats financiers de l'assurance⁸⁷⁹.

Suite à une augmentation de primes, l'assuré peut résilier son contrat et changer d'assureur⁸⁸⁰. Le but est de concrétiser le principe du libre choix de l'assureur et le principe du libre passage. Cela vise aussi à favoriser une saine concurrence entre assureurs et à permettre à l'assuré de choisir l'offre la plus intéressante⁸⁸¹.

(« tiers payant »). Art. 42 LAMal. Cf. DUMOULIN, Assurance-maladie, p. 148 ; HERMANN ET AL., *Survoll*, p. 1725 ; HAMMER/PETER/TRAGESER, *Wettbewerb*, p. 48.

⁸⁷² Art. 60 à 63, spécialement 61 LAMal. Voir aussi art. 16 al. 3 LSAMal. Cf. à ce propos, ATF 135 V 39, c. 4.2 (fr) ; SCARTAZZINI/HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, § 16 N 240 ss ; WIDMER, *Sozialversicherung*, p. 189 s. et 219 ss ; DUC, *Assurance*, p. 152 et 156 ; EUGSTER, *Krankenversicherung*, N 1274.

⁸⁷³ Art. 64 LAMal.

⁸⁷⁴ ATF 135 V 39, c. 4.2 (fr) ; DUC, *Assurance*, p. 156 ; EUGSTER, *Krankenversicherung*, N 1280.

⁸⁷⁵ Art. 105 LAMal ; 16 al. 3 LSAMal. DUC, *Assurance*, p. 152.

⁸⁷⁶ OFSP, *Primes*, p. 1.

⁸⁷⁷ Art. 17 LSAMal. Cf. aussi art. 26 OSAMal qui précise que l'assureur peut réduire ses réserves – par le biais d'une compensation octroyée aux assurés – si elles risquent de devenir excessives.

⁸⁷⁸ A propos du principe de solidarité, DUC, *Assurance*, p. 38 ss ; GREBER ET AL., *Sécurité sociale*, p. 69 ss ; EUGSTER, *Krankenversicherung*, N 1282.

⁸⁷⁹ Art. 12 LAMal.

⁸⁸⁰ Art. 7 LAMal.

⁸⁸¹ ATF 135 V 39, c. 6.4 (fr) ; ATF 124 V 333, c. 2b (fr).

En Suisse, les primes sont variables d'un canton à l'autre. Les raisons sont les différences dans les dépenses de santé (disparités dans les facteurs qui déterminent le coût, à savoir le montant de la rémunération des prestataires, la densité de l'offre de services de santé, les coûts plus élevés supportés par les hôpitaux universitaires, notamment). Les primes sont également variables entre assureurs au sein des cantons⁸⁸². Ces derniers sont compétents pour établir les régimes de subventionnement⁸⁸³.

(ii) L'approbation des primes

Les tarifs des primes étaient, selon l'art. 61 al. 5 aLAMal⁸⁸⁴ aujourd'hui abrogé, approuvés par le Conseil fédéral qui avait délégué sa compétence de surveillance à l'OFSP⁸⁸⁵. En 2014, la loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (LSAMal)⁸⁸⁶ a été adoptée.

Chaque compagnie qui souhaite exercer l'assurance-maladie obligatoire doit désormais, selon l'art. 7 LSAMal, demander une autorisation à l'OFSP. Elle lui fournit son plan d'exploitation qui comprend une série d'informations, dont les tarifs des primes de l'AOS et de l'assurance d'indemnités journalières (art. 7 al. 2 let. m LSAMal). Ensuite, lors d'une modification du plan d'exploitation, plusieurs éléments, dont la modification des primes, doivent être approuvés par l'OFSP (art. 8 LSAMal).

L'art. 16 LSAMal⁸⁸⁷ précise la question de l'approbation⁸⁸⁸ : les tarifs de primes de l'assurance obligatoire des soins et de l'assurance individuelle facultative d'indemnités journalières sont soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance (al. 1), à savoir l'OFSP⁸⁸⁹. L'autorité vérifie que

⁸⁸² OCDE, Suisse 2011, p. 73 s. et réf.

⁸⁸³ Art. 65 s. LAMal. A ce propos, OCDE, Suisse 2011, p. 74 et réf.

⁸⁸⁴ Article abrogé suite à l'entrée en vigueur de la LSAMal, avec effet au 1^{er} janvier 2016, RO 2015 5137.

⁸⁸⁵ Art. 61 al. 5 aLAMal et 92 aOAMAL. Dans la jurisprudence, ATF 135 V 39, c. 3 et 4.2 (fr) ; ATF 130 V 196, c. 5.2 (fr). En doctrine, EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 61, N 34 ss.

⁸⁸⁶ Loi fédérale du 26 septembre 2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (Loi sur la surveillance de l'assurance-maladie, LSAMal), RS 832.12.

⁸⁸⁷ Sur ces éléments, cf. Mess-LSAMal, p. 1727. Cf. POLEDNA, KVAG, N 95 et 122 ss ; EUGSTER, Krankenversicherung, N 1306.

⁸⁸⁸ Cf. Mess-LSAMal, p. 1727. Les art. 25 et 26 OSAMal contiennent des précisions.

⁸⁸⁹ Art. 16 al. 1 en lien avec l'art. 56 LSAMal.

les tarifs garantissent la solvabilité⁸⁹⁰ de l'assureur et les intérêts des assurés au sens de la LAMal (al. 2)⁸⁹¹. Les primes de l'assureur couvrent les coûts spécifiques des cantons. Le lieu de résidence de l'assuré est déterminant. L'assureur tient compte notamment de la compensation des risques, des variations des provisions ainsi que de la taille et de l'évolution permanente de l'effectif des assurés dans le canton (al. 3). L'autorité de surveillance dispose d'instruments lui permettant de refuser d'approuver une prime lorsque elle ne respecte pas les dispositions légales, lorsqu'elles ne couvrent pas les coûts, lorsqu'elle dépasse de manière inappropriée les coûts⁸⁹² ou lorsqu'elle entraîne des réserves excessives (al. 4 let. a-d). Si elle ne l'approuve pas, l'autorité de surveillance ordonne les mesures à prendre (al. 5)⁸⁹³.

Notons que l'OFSP doit également apprécier les modifications destinées à compenser les primes encaissées en trop⁸⁹⁴. Quant aux primes trop basses, elles sont compensées par les réserves qui seront reconstituées par une augmentation de prime l'année d'après⁸⁹⁵.

Selon l'art. 38 al. 2 LSAMal, l'OFSP peut, en guise d'instrument des mesures conservatoires, ordonner des augmentations de primes (let. g) et ordonner la réalisation d'un plan de financement ou d'assainissement (let. h) et ce en dehors de l'approbation des tarifs de primes. Cette mesure conservatoire permet d'obliger la caisse-maladie à percevoir des primes plus élevées en cours d'année afin d'améliorer sa situation financière⁸⁹⁶.

⁸⁹⁰ Les recettes estimées de l'assureur doivent couvrir ses dépenses estimées pour l'exercice annuel, art. 25 al. 1 OSAMal. Il s'agit du système de la couverture des besoins. Cf. CF, Commentaire OSAMal, p. 17.

⁸⁹¹ POLEDNA, KVAG, N 122 s. ; EUGSTER, Krankenversicherung, N 1307. Sur l'ancien droit, EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 61, N 34. Cf. aussi ATF 135 V 39, c. 4 (fr).

⁸⁹² L'OFSP peut donc désormais intervenir si les primes sont exagérément hautes. Il demande leur abaissement pour éviter la constitution de réserves excessives. Cf. OFSP, Primes, p. 1.

⁸⁹³ En doctrine, EUGSTER, Krankenversicherung, N 1307.

⁸⁹⁴ Art. 17 al. 3 LSAMal.

⁸⁹⁵ Mess-LSAMal, p. 1727.

⁸⁹⁶ Mess-LSAMal, p. 1761 ss. Cf. POLEDNA, KVAG, p. 77.

c. Les formes particulières d'assurance : le *managed care*

L'art. 62 LAMal permet des formes particulières d'assurance (limitation du choix du prestataire, franchise plus élevée, assurance bonus). Nous nous concentrons sur le *managed care*.

(i) Les fondements

Le *managed care* (ou réseau de soins intégrés) – forme particulière et alternative d'assurance – émerge aux Etats-Unis dans les années 1930. Il se répand et se diversifie principalement depuis les années 1980 et y est aujourd'hui très développé⁸⁹⁷. En Suisse, la possibilité pour les assureurs de proposer des formes particulières d'assurance existait déjà sous l'empire de la LAMA et a été reprise dans la première LAMal⁸⁹⁸. Elles peuvent être proposées en plus de l'assurance ordinaire de base⁸⁹⁹.

Dans ce système, à son état le plus pur, un partenariat spécial est conclu entre l'assureur et le prestataire (contrat sélectif), d'une part. D'autre part, l'assuré accepte de se faire piloter par son assurance pour ses traitements et limite intentionnellement son choix à un ou certains fournisseurs de prestations⁹⁰⁰. Il s'agit en quelque sorte d'une possibilité donnée aux assureurs – en collaboration avec les patients – de réguler les soins de santé⁹⁰¹. L'idée est également de renforcer la responsabilité et la prise de conscience des assurés sur le plan des coûts⁹⁰². Le système doit aussi favoriser l'innovation et l'amélioration de la pratique des soins, l'ensemble des intéressés devant se préoccuper tant de la qualité que du caractère économique des prestations⁹⁰³. Le *managed care* devrait ainsi permettre une optimisation des ressources, grâce aux instruments de régulation incitatifs

⁸⁹⁷ SHMUELI ET AL., *Managed care*, p. 860 ; CHAMBARETAUD/LEQUET-SLAMA, *Managed care*, p. 15 et 19 ; RAETZO, *Réseaux*, p. 231.

⁸⁹⁸ Sur l'évolution du *managed care* en Suisse, BAUR, *Managed Care-Modèle*, p. 2. Cf. aussi Mess-rév.LAMal-Managed Care, p. 5260 ; SHMUELI ET AL., *Managed care*, p. 863.

⁸⁹⁹ BAUR, *Managed Care-Modèle*, p. 2 ; SHMUELI ET AL., *Managed care*, p. 864.

⁹⁰⁰ CHAMBARETAUD/LEQUET-SLAMA, *Managed care*, p. 15 ; OCDE, Suisse 2011, p. 89.

⁹⁰¹ En ce sens, HAMMER/PETER/TRAGESER, *Wettbewerb*, p. 54 et réf.

⁹⁰² Mess-LAMal, p. 99 et 152 ; CHAMBARETAUD/LEQUET-SLAMA, *Managed care*, p. 25 ss.

⁹⁰³ Mess-LAMal, p. 99 et 152.

tant du côté de la demande (par l'intéressement économique du patient) que de celui de l'offre (par la concurrence entre les fournisseurs de prestations)⁹⁰⁴. Puisque l'assureur ne peut pas recourir à tout fournisseur de prestations de manière libre, l'aléa moral (surconsommation) est réduit ; la demande induite par l'offre est également limitée⁹⁰⁵. Le système ne doit toutefois pas être utilisé pour procéder à une sélection des risques. La loi propose ainsi un cadre général aux formes particulières d'assurance⁹⁰⁶.

Cette possibilité est donc expressément régie par la loi. Selon l'art. 41 al. 4 LAMal, l'assuré peut, en accord avec l'assureur, limiter son choix aux fournisseurs de prestations que l'assureur désigne en fonction des prestations les plus avantageuses. L'assureur ne prend en charge que les coûts des prestations prodiguées ou ordonnées par ces fournisseurs. En cas d'urgence toutefois, si des soins sont fournis auprès d'un autre fournisseur, le tarif applicable à ce fournisseur sera pris en charge. De plus, les prestations que la loi rend obligatoires sont en tout cas garanties⁹⁰⁷. L'art. 62 al. 1 LAMal précise que l'assureur peut réduire les primes des assurances impliquant un choix limité du fournisseur de prestations, par rapport aux primes de l'assurance obligatoire des soins⁹⁰⁸. Notons également que le Conseil fédéral peut, selon l'art. 62 al. 2 LAMal, autoriser d'autres formes d'assurance, par exemple si l'assuré augmente sa participation aux coûts (franchise/quote-part) contre déduction de prime, ou si le montant de la prime dépend du fait que l'assuré bénéficie ou non pendant une certaine période de prestations.

Certains avaient proposé de rendre obligatoire de passer par un médecin de famille. Cette proposition n'a pas été retenue et le système n'est donc

⁹⁰⁴ Mess-LAMal, p. 146 et 152 ; CHAMBARETAUD/LEQUET-SLAMA, *Managed care*, p. 22.

⁹⁰⁵ CHAMBARETAUD/LEQUET-SLAMA, *Managed care*, p. 25.

⁹⁰⁶ Mess-LAMal, p. 99 et 152.

⁹⁰⁷ Voir en doctrine, MOSER, *Managed Care*, p. 9 ; BAUR, *Managed Care-Modelle*, p. 2 ; CHAMBARETAUD/LEQUET-SLAMA, *Managed care*, p. 26.

⁹⁰⁸ Voir aussi, MOSER, *Managed Care*, p. 9.

pas impératif, mais alternatif ; le libre choix des assurés est protégé⁹⁰⁹. Ces derniers peuvent toutefois décider de limiter leur accès aux fournisseurs de prestations⁹¹⁰. Cela signifie également que dans les systèmes de *managed care*, l'assureur peut ne pas collaborer avec tous les médecins ; la conclusion sélective de contrat (ou contrat sélectif) est permise⁹¹¹. Ainsi, un assureur peut, par exemple, ne pas intégrer un certain médecin sur la liste des « médecins de famille » qu'il propose à ses assurés. Cela entre en tension avec le principe de la liberté économique du médecin. Le TF n'a toutefois pas retenu de violation⁹¹².

Pour le reste, les dispositions de la LAMal sont applicables sans changement (p. ex. libre passage ou participation à la compensation des risques, contrôle des coûts et de la qualité, etc.)⁹¹³.

(ii) Les différentes formes de *managed care*

Sur la base de ce que prévoit la LAMal, tout un éventail de formes particulières d'assurance avec choix limité des fournisseurs de prestations est apparu en Suisse⁹¹⁴. Aux Etats-Unis, les modèles (*managed care organizations*, *MCO*) sont encore plus diversifiés et développés⁹¹⁵. Le critère de distinction est en général celui du rôle de l'assureur dans la gestion⁹¹⁶.

En Suisse, on connaît principalement deux formes. Les *HMO* (*health maintenance organization*) sont des cabinets de groupe ou cabinets médicaux, propriété d'un assureur-maladie ou d'un médecin, qui emploient en général directement des médecins⁹¹⁷. Selon l'art. 36a LAMal, les institu-

⁹⁰⁹ Sur la réforme avortée, loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) (Réseaux de soins), Modification du 30 septembre 2011, FF 2011 6849 ; Mess-rév.LAMal-Managed Care ; FF 2012 1341 (référéndum). Cf. aussi MOSER, *Managed Care*, p. 9 s. Certains éléments sur lesquels il y avait un consensus sont repris (modification des dispositions sur la compensation du risque prévue par la LAMal adoptée le 21 mars 2014, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017. RO 2015 3345 ; FF 2013 7021.

⁹¹⁰ Mess-LAMal, p. 146 et 152 ; RAETZO, *Réseaux*, p. 232.

⁹¹¹ Mess-LAMal, p. 146 et 152 ; CHAMBARETAUD/LEQUET-SLAMA, *Managed care*, p. 15.

⁹¹² Cf. Cinquième Partie, Chap. 1.I. et Sixième Partie, Chap. 1.I.A.

⁹¹³ MOSER, *Managed Care*, p. 9 ; Mess-LAMal, p. 152.

⁹¹⁴ MOSER, *Managed Care*, p. 9 ; BAUR, *Managed Care-Modelle*, p. 2 et 10.

⁹¹⁵ Sur ce point, cf. CHAMBARETAUD/LEQUET-SLAMA, *Managed care*, p. 22.

⁹¹⁶ CHAMBARETAUD/LEQUET-SLAMA, *Managed care*, p. 22.

⁹¹⁷ BAUR, *Managed Care-Modelle*, p. 10 ; OFSP, *Aperçu des primes 2017*, p. 17 ; Mess-rév.LAMal-Managed Care, p. 6260 ; HAMMER/PETER/TRAGESER, *Wettbewerb*,

tions qui offrent des soins ambulatoires dispensés par des médecins, à savoir les *HMO*, souvent organisées en Sàrl ou en SA, sont admises, lorsque ces médecins sont titulaires du diplôme fédéral et d'une formation postgraduée reconnue par le Conseil fédéral. Cet article s'applique également aux personnes morales qui emploient des médecins même si elles ne sont pas organisées sous la forme d'un centre *HMO*⁹¹⁸. La seconde hypothèse concerne les réseaux de médecins de famille ou médecins de premier recours (qui exercent en pratique libérale dans une certaine région), la liste étant établie par l'assureur. Dans les deux cas, l'assuré s'engage à commencer par consulter le *HMO* ou le médecin de premier recours choisi (*gatekeeper*)⁹¹⁹. Ces derniers peuvent ensuite envoyer le patient chez un autre fournisseur de prestations⁹²⁰. Les *HMO* et les réseaux de médecins de famille assument parfois aussi la responsabilité du budget⁹²¹. Ainsi, les médecins responsables sont généralement intéressés aux résultats⁹²², notamment par l'établissement d'un budget global (somme fixe par assuré)⁹²³.

La troisième forme particulière d'assurance, moins présente en Suisse, est le *PPO* (*preferred provider organization*)⁹²⁴. D'autres formes de limita-

p. 55 s. ; AMIR SHMUELI ET AL., *Managed care*, p. 866 ; OCDE, Suisse 2011, p. 89. Notons que des variantes sont possibles ; elles sont spécialement développées aux USA. Certains *HMO* n'emploient pas de médecins (comme pour le *Staff model*), mais concluent des contrats avec des groupes de médecins s'organisant en équipes, selon leur spécialité (*Group model*). Dans certains cas, les contrats sont conclus avec des médecins qui exercent dans leur propre cabinet (*Independant practice association, IPA* et *Network model*). CHAMBARETAUD/LEQUET-SLAMA, *Managed care*, p. 22.

⁹¹⁸ TF, arrêt 9C_701/2008 du 20 avril 2009, c. 4.3.

⁹¹⁹ Mess-rév.LAMal-Managed Care, p. 6260 ; MOSER, *Managed Care*, p. 9 ; BAUR, *Managed Care-Modelle*, p. 2 et 10 ; OFSP, *Aperçu des primes 2017*, p. 17 ; AMIR SHMUELI ET AL., *Managed care*, p. 866.

⁹²⁰ MOSER, *Managed Care*, p. 9 ; BAUR, *Managed Care-Modelle*, p. 10 ; OFSP, *Aperçu des primes 2017*, p. 17.

⁹²¹ MOSER, *Managed Care*, p. 9 ; OCDE, Suisse 2011, p. 89. Sur la responsabilité budgétaire, cf. CHAMBARETAUD/LEQUET-SLAMA, *Managed care*, p. 22 ; RAETZO, *Réseaux*, p. 235.

⁹²² Mess-rév.LAMal-Managed Care, p. 6260.

⁹²³ Selon l'organisation des soins, le réseau peut faire un bénéfice. Il est incité à fournir des soins efficaces. RAETZO, *Réseaux*, p. 235.

⁹²⁴ L'assureur conclut des contrats de manière sélective avec des prestataires de soins. L'assuré s'engage à limiter son choix à certains fournisseurs de prestations désignés

tion de l'accès à l'offre existent comme les pré-consultations téléphoniques⁹²⁵. La LAMal permet aussi de recourir à des assurances avec bonus et franchise à option (art. 62 al. 2 LAMal).

A cet égard, des débats existent quant aux critères applicables pour qualifier une assurance de vrai *managed care*. On le retient en général pour les *HMO* et les modèles médecin de famille. Certains précisent qu'il faut que la coresponsabilité budgétaire soit prévue⁹²⁶. Les autres modèles ne sont pas du « vrai » *managed care*, mais le Conseil fédéral, dans son message, les qualifie toutefois de formes alternatives d'assurance⁹²⁷.

On constate que les assureurs disposent d'une grande marge de manœuvre entrepreneuriale. Ils ne sont pas tenus de proposer des modèles alternatifs et ne le font d'ailleurs pas tous – l'offre n'est ainsi pas disponible dans tous les cantons de la même manière ; seuls certains la développent activement⁹²⁸. Aujourd'hui environ 60% de la population a souscrit à un contrat limité et 25% de la population a choisi un *HMO*. Les autres 40% ont soit le modèle usuel (environ 20%), soit une franchise à option (environ 20%)⁹²⁹.

par l'assureur (liste de médecins et/ou hôpitaux les plus efficaces, mais il n'y a pas de *gatekeeping* (médecine de premier recours) et les fournisseurs de prestations n'assument pas la responsabilité budgétaire commune. La rémunération se fait à la prestation. Mess-rév.LAMal-Managed Care, p. 6260 ; MOSER, Managed Care, p. 9 ; BAUR, Managed Care-Modelle, p. 2 et 10.

⁹²⁵ BAUR, Managed Care-Modelle, p. 10 ; HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 56 ; AMIR SHMUELI ET AL., Managed care, p. 866.

⁹²⁶ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 76 s.

⁹²⁷ Mess-LAMal, p. 161.

⁹²⁸ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 74 s.

⁹²⁹ SHMUELI ET AL., Managed care, p. 864 ; site internet de *Interpharma*, <<http://www.interpharma.ch/fr/faits-et-statistiques/2944-forte-augmentation-des-modeles-alternatifs-dassurance>> ; Etude de fmc (forum managed care) : un assuré sur quatre est affilié à un réseau de médecins disponible sur <<http://fmc.ch/#sthash.mQHVuOc5.dpbs>>.

B. L'assurance-maladie privée et les assureurs privés

a. Généralités

Les caisses-maladie au sens de l'art. 2 LSAMal⁹³⁰, les entreprises d'assurance privées qui offrent des assurances-maladie obligatoires⁹³¹ ou d'autres entreprises d'assurance privées⁹³² peuvent proposer des assurances-maladie complémentaires. Dans le cadre de cette activité⁹³³, les contrats d'assurance sont régis par la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA)⁹³⁴ et les assureurs⁹³⁵ sont soumis au respect de certaines exigences et à une surveillance exercée par la FINMA, fondée sur la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la Surveillance des entreprises d'assurance (LSA)⁹³⁶. La pratique de l'assurance-maladie complémentaire est donc soumise au droit privé, et ce même si elle est exercée par une caisse publique. Cette volonté ressort du message de la LAMal de 1992 et de l'art. 12 al. 3 LAMal⁹³⁷. La compétence de la Confédération se fonde sur l'art. 98 al. 3 Cst.⁹³⁸.

Les entreprises pratiquant l'assurance-maladie obligatoire sont organisées selon la LSAMal⁹³⁹, mais les entreprises d'assurance pratiquant

⁹³⁰ Art. 12 al. 2 LAMal. A ce propos SCARTAZZINI/HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, § 16 N 217 ; MURER/STAUFFER, *KVG ad art. 12*, N 3 ss.

⁹³¹ SCARTAZZINI/HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, § 16 N 217 ; POLEDNA, *Organisation*, p. 18.

⁹³² Art. 2 al. 1 LSA.

⁹³³ SCARTAZZINI/HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, § 16 N 217 ; BRULHART, *Assurances privées*, N 1056 ; DUMOULIN, *Assurance-maladie*, p. 144. Pour les caisses-maladie, la LCA s'applique par renvoi prévu à l'art. 2 al. 2 LSAMal.

⁹³⁴ Loi sur le contrat d'assurance, LCA, RS 221.229.1.

⁹³⁵ La LSA s'applique directement aux entreprises prévues à l'art. 2 al. 1 LSA. Pour les caisses-maladie, la LSA s'applique par renvoi de l'art. 34 al. 5 LSAMal.

⁹³⁶ Loi sur la surveillance des assurances, LSA, RS 961.01.

⁹³⁷ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 37.

⁹³⁸ Sur la base constitutionnelle, cf. BURKI/PFUND/WALDMEIER, *Rechtliches*, p. 5 ss ; StG Komm. BV-HETTICH, vol. 2, Art. 98, N 19 ss ; StG Komm. BV, vol.2-HETTICH, Art. 98, N 19 ss ; BSK BV-KAUFMANN/UTZ, Art. 98, N 26 ss.

⁹³⁹ Cf. *supra* A.a de la présente section.

l'assurance privée selon la LSA⁹⁴⁰. Ces dernières, à savoir principalement des entreprises d'assurance suisses qui exercent une activité en matière d'assurance directe ou de réassurance ou des entreprises d'assurance ayant leur siège social à l'étranger⁹⁴¹, doivent être constituées en société anonyme ou en société coopérative⁹⁴² et doivent disposer d'un capital minimum, de fonds propres et de fonds d'organisation suffisants⁹⁴³. Toute entité qui exerce l'assurance-maladie complémentaire doit obtenir un agrément de la FINMA⁹⁴⁴. Cet agrément est également nécessaire lors de fusions, scissions et transformations d'entreprises d'assurance⁹⁴⁵.

La relation juridique dépend de la conclusion d'un contrat d'assurance entre un ou plusieurs assurés et une assurance⁹⁴⁶. Elle relève du droit privé⁹⁴⁷. Le principe est la liberté contractuelle, dans les limites de la loi – principalement la LCA et de la LSA⁹⁴⁸. L'objet du contrat est le paiement

⁹⁴⁰ Le champ d'application de la LSA est régi par l'art. 2 al. 1 LSA. Cf. également le renvoi de l'art. 11 let. b LAMal. Les compagnies d'assurance privée qui entrent dans le champ d'application de la LSA ne peuvent exercer leur activité que si elles y sont autorisées par l'Etat. Cf. BRULHART, Assurances privées, N 240 ; LANDOLT/WEBER, Privatversicherungsrecht, p. 33 ss ; MÄCHLER, Versicherungen, N 3.1 et 3.4 ; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, N 21 ss.

⁹⁴¹ Art. 2 al. 1 let. a et b LSA. Pour des précisions sur le champ d'application, cf. BRULHART, Assurances privées, N 238 s.

⁹⁴² Art. 7 LSA. Cf. BRULHART, Assurances privées, N 246.

⁹⁴³ Art. 8 à 10 LSA. Les compagnies d'assurance privée qui entrent dans le champ d'application de la LSA ne peuvent exercer leur activité que si elles y sont autorisées par l'Etat. Cf. BRULHART, Assurances privées, N 247 ss.

⁹⁴⁴ Art. 3 al. 1 LSA. Les conditions sont fixées aux art. 4 à 6 LSA et 3 à 5 OSA ; WEBER/BAISCH, Versicherungsaufsicht, § 5 N 1. A propos de l'agrément, cf. BRULHART, Assurances privées, N 240 ss ; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, N 45 ss.

⁹⁴⁵ Art. 3 al. 2 LSA.

⁹⁴⁶ A propos de la conclusion du contrat d'assurance, cf. BRULHART, Assurances privées, N 478 ss ; SCHAEER, Versicherungsrecht, § 10, p. 279 ss (N 1 ss). Cf. aussi MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, N 5 s.

⁹⁴⁷ SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 217 ; SCHAEER, Versicherungsrecht, § 10 N 11 ss ; DUC, Assurance, p. 55 s.

⁹⁴⁸ La liberté contractuelle concerne notamment le choix du cocontractant (aucune obligation d'accepter un assuré), le montant de la prime, le contenu des prestations et la résiliation du contrat (aussi par l'assureur). Cf. WIDMER, Sozialversicherung, p. 221 s. ; MURER/STAUFFER, KVG ad art. 67, N 3 ; BRULHART, Assurances privées, N 359 ss ; KIESER/POLEDNA, Gesundheitsrecht, N 14.20 ; LANDOLT/WEBER, Privatversiche-

d'une prime⁹⁴⁹ contre la promesse d'une prestation fournie en cas de réalisation d'un risque⁹⁵⁰. Le risque et les prestations sont définis au moyen du contrat et des conditions générales qui y sont intégrées⁹⁵¹.

La personne qui souscrit à une telle assurance privée complémentaire désire se protéger contre un risque lié à sa santé de manière plus étendue que ce que propose l'assurance de soin obligatoire. Peuvent ainsi être visées toutes les prestations qui ne sont pas couvertes par l'assurance-maladie obligatoire⁹⁵². En effet, pour obtenir un remboursement, certaines conditions doivent être respectées : la prestation doit être fournie par un fournisseur reconnu, elle doit être listée ou non exclue⁹⁵³. Il y a dès lors une multitude de possibilités d'assurances-maladie complémentaires⁹⁵⁴.

On distingue tout d'abord les assurances complémentaires ambulatoires. Elles peuvent notamment prévoir la prise en charge de la médecine alternative, de médicaments hors-liste, des lunettes et lentilles de contact, des soins dentaires, des frais d'orthodontie, de la chirurgie maxillo-faciale, du transport d'urgence et de transfert, des frais de sauvetage et de rapatriement, des soins à l'étranger, des psychothérapies fournies par des non-médecins, des mesures de prévention, de la vaccination, des moyens auxiliaires, ou encore de l'aide ménagère et des soins à domicile⁹⁵⁵.

rungsrecht, p. 37 s. ; BSK VAG-STOESSEL, Vorbemerkungen zu Art. 1-3 VVG, N 1 ss.

⁹⁴⁹ La prime est déterminée selon le risque. Elle augmente avec l'âge par exemple. Cf. WIDMER, Sozialversicherung, p. 221. Sur la prime, cf. SCHAER, Versicherungsrecht, § 15, p. 425 ss (N 1 ss) ; BRULHART, Assurances privées, N 647 ss.

⁹⁵⁰ BRULHART, Assurances privées, N 118 ss et 528 ss.

⁹⁵¹ A ce propos, BRULHART, Assurances privées, N 366 ss ; DUMOULIN, Assurance-maladie, p. 144.

⁹⁵² HERMANN et al., Survol, p. 1725 ; MURER/STAUFFER, KVG ad art. 12, N 3 ss ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 137. Sur la notion de « complémentaire », ATF 109 V 145, c. 1 (n.t.). Sur les critères de distinction entre assurance de base et complémentaire, EUGSTER, Unterscheidung, p. 15 ss.

⁹⁵³ LANDOLT/WEBER, Privatversicherungsrecht, p. 96.

⁹⁵⁴ Voir par exemple, WIDMER, Sozialversicherung, p. 222 ; LANDOLT/WEBER, Privatversicherungsrecht, p. 93.

⁹⁵⁵ WIDMER, Sozialversicherung, p. 222 ; LANDOLT/WEBER, Privatversicherungsrecht, p. 93 et 96 ; BSK VAG-LACHER, Art. 31, N 29 ss.

On distingue ces premières des assurances complémentaires d'hospitalisation⁹⁵⁶ qui prennent en charge les coûts qui ne sont pas couverts par l'assurance obligatoire lors d'un séjour stationnaire en hôpital⁹⁵⁷. Plusieurs offres existent : l'assurance complémentaire d'hospitalisation peut garantir le libre choix de l'établissement hospitalier (libre accès en division commune aux établissements hospitaliers suisses reconnus ou libre accès aux hôpitaux et cliniques privés suisses reconnus et libre choix du médecin à l'hôpital) et peut garantir le niveau du confort hospitalier (en division commune⁹⁵⁸, semi-privée ou privée⁹⁵⁹). Notons que le TF a jugé que, lorsqu'un assuré est hospitalisé, la qualité supérieure de l'hôtellerie (chambre demi-privée ou privée) ainsi que le libre choix du médecin constituent des prestations pour lesquelles un tarif plus élevé est admissible. Le critère est de savoir si cela correspond à de réelles prestations supplémentaires. Relève donc de l'assurance complémentaire, le libre choix du médecin en cas d'hospitalisation⁹⁶⁰.

On peut finalement mentionner les assurances indemnités journalières soumises à la LCA⁹⁶¹.

On remarque que les entreprises d'assurance sont globalement libres lorsqu'elles élaborent leurs produits ; elles disposent d'une liberté tant dans la définition des prestations, dans la durée des contrats, que dans la forme de la tarification⁹⁶².

⁹⁵⁶ WIDMER, *Sozialversicherung*, p. 222 ; LANDOLT/WEBER, *Privatversicherungsrecht*, p. 95 s. ; BSK VAG-LACHER, Art. 31, N 29 ss.

⁹⁵⁷ LANDOLT/WEBER, *Privatversicherungsrecht*, p. 95.

⁹⁵⁸ Celles-ci peuvent, par exemple, couvrir les frais supplémentaires lors d'une hospitalisation en dehors du canton de résidence.

⁹⁵⁹ Elles proposent une prise en charge de la différence de tarifs entre l'AOS et le tarif privé pour les prestations supplémentaires. Les prestations complémentaires dans le domaine stationnaire sont notamment les frais d'hôtellerie luxueuse (chambre privée, respectivement à deux lits), le choix du médecin, les traitements qui ne sont pas médicalement indiqués (opération esthétique ou cure balnéaire non couverte par la LAMal), LANDOLT/WEBER, *Privatversicherungsrecht*, p. 96.

⁹⁶⁰ ATF 130 I 306, c. 2, RDAF 2005 I 468. Cf. aussi BURRI, *Libre choix*, p. 777.

⁹⁶¹ BSK VAG-LACHER, Art. 31, N 29 ss, 37 ss ; MURER/STAUFFER, *KVG ad art. 12*, N 5. L'indemnité journalière selon la LCA permet de s'assurer pour une période plus longue ou pour un montant plus élevé que l'assurance indemnités journalières LAMal.

⁹⁶² FINMA, *Assurance-maladie complémentaire*, p. 1.

Pour les assurances relevant de la LCA, contrairement à l'assurance-maladie obligatoire, il n'existe pas d'obligation de s'assurer. Puisque le principe de la liberté contractuelle est la règle, la caisse-maladie ou l'entreprise d'assurance peut refuser d'admettre une personne⁹⁶³. Il est également possible de conclure des contrats collectifs⁹⁶⁴.

En outre, l'assurance de base et l'assurance complémentaire peuvent, mais ne doivent pas, être souscrites auprès de la même compagnie ou caisse.

b. La surveillance

Les entités qui proposent des assurances complémentaires sont soumises, pour cette activité, au contrôle de la FINMA. Cette surveillance, basée sur la LSA, comprend les obligations s'appliquant à tous les secteurs supervisés par elle (principalement en matière de solvabilité)⁹⁶⁵.

Le système est fondé sur une surveillance matérielle ; l'autorité intervient de manière active. Le but est de protéger en tout temps les intérêts des assurés (contrôle de l'ensemble de l'activité de l'assureur, qui porte sur tous les aspects de l'activité de l'entreprise, large pouvoir d'appréciation de l'autorité)⁹⁶⁶. En effet, selon l'art. 1 al. 2 LSA, la surveillance « a notamment pour but de protéger les assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus »⁹⁶⁷.

La LSA prévoit que l'exploitation de l'assurance-maladie complémentaire en Suisse nécessite une autorisation – appelée agrément – pour une ou plusieurs branches d'assurance, octroyée par la FINMA si les conditions légales sont remplies⁹⁶⁸. Elle est accordée si la protection des assurés

⁹⁶³ WIDMER, Sozialversicherung, p. 221 ; LANDOLT/WEBER, Privatversicherungsrecht, p. 37 s.

⁹⁶⁴ BRULHART, Assurances privées, N 145 ss.

⁹⁶⁵ Cela signifie que les institutions privées qui exercent l'assurance de base ne sont pas soumises, pour cette activité, à cette surveillance. BRULHART, Assurances, privées, N 126 ; RÜTSCHKE, Aufsicht, N 14 ss.

⁹⁶⁶ BRULHART, Assurances privées, N 199 ss ; BURKI/PFUND/WALDMEIER, Rechtliches, p. 6 s.

⁹⁶⁷ Pour des précisions sur le but de la surveillance, cf. BURKI/PFUND/WALDMEIER, Rechtliches, p. 7 ; WEBER/BAISCH, Versicherungsaufsicht, § 3 N 9 ss.

⁹⁶⁸ Art. 3 LSA ; BRULHART, Assurances privées, N 200 et 240 ss ; WEBER/BAISCH, Versicherungsaufsicht, § 5 N 1 ; MÄCHLER, Versicherungen, N 3.17.

contre les abus et les risques d'insolvabilité sont garantis⁹⁶⁹. Pour cela, plusieurs conditions sont vérifiées (forme juridique⁹⁷⁰, capital minimum, fonds propres et fonds d'organisation⁹⁷¹, description détaillée de l'activité grâce à un plan d'exploitation⁹⁷², prérequis concernant les personnes dirigeantes⁹⁷³).

c. Les primes

L'assurance-maladie complémentaire est, en outre, soumise à réglementation spéciale dans un certain nombre d'autres domaines, en particulier celui des primes.

Avant l'entrée en vigueur de la LSA, l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) était compétent en matière de surveillance des compagnies d'assurance privée. L'OFAP devait procéder à un contrôle préventif des produits avant leur mise sur le marché⁹⁷⁴. Dans le cadre de la révision de la LSA, le contrôle préventif des produits a été supprimé⁹⁷⁵. Une réserve a toutefois été prévue, notamment pour les tarifs et les conditions générales appliqués en Suisse pour l'assurance-maladie complémentaire à l'assurance-maladie sociale⁹⁷⁶ : une entreprise d'assurance qui désire obtenir l'agrément pour cette branche doit présenter une demande à la FINMA – qui a remplacé l'OFAP – accompagnée du plan d'exploitation qui doit notamment contenir le montant des primes (art. 4 al. 1 et al. 2 let. r LSA). Chaque modification du montant de la prime de l'assurance-maladie complémentaire doit être soumise à la FINMA pour acceptation

⁹⁶⁹ Cf. art. 1 al. 2 et art. 6 LSA ; Mess-LSA, p. 3391 ; MÄCHLER, Versicherungen, N 3.8.

⁹⁷⁰ Art. 7 LSA. Cf. BRULHART, Assurances, privées, N 246.

⁹⁷¹ Art. 8 à 10 LSA. Cf. BRULHART, Assurances, privées, N 247 ss.

⁹⁷² Art. 4 LSA. Cf. BRULHART, Assurances privées, N 243.

⁹⁷³ Art. 14 LSA.

⁹⁷⁴ Mess-LSPr, p. 804 s.

⁹⁷⁵ Le Conseil des Etats a voté le maintien de celui-ci dans deux cas, dont celui des tarifs pour l'assurance-maladie complémentaire. Au Conseil national, la proposition d'étendre le contrôle des tarifs à toutes les assurances a été refusée. Avec cette révision, l'étendue du contrôle des primes a, d'une manière générale, diminué. Cf. BO CE 2003 1225 s. ; BO CN 2004 381 s. WEBER, PüG, Art. 15 N 11 s.

⁹⁷⁶ Pour les travaux préparatoires, Mess-LSA, p. 3391.

avant sa réalisation (art. 5 al. 1 LSA⁹⁷⁷). Soulignons que les conglomerats sont aussi soumis à une surveillance (art. 64-79 LSA) qui est complémentaire à la surveillance générale⁹⁷⁸.

Quant à son contrôle, la FINMA s'assure que les primes restent dans les limites qui garantissent la solvabilité des entreprises d'assurance et la protection des assurés contre les abus (art. 38 LSA⁹⁷⁹)⁹⁸⁰. Cette dernière s'assure que les primes sont calculées en vertu de principes raisonnables et vérifie qu'il y a un rapport raisonnable entre la prime, le risque couvert et la promesse de prestations en cas de réalisation du risque⁹⁸¹. On retient plus précisément que les tarifs ne doivent pas être si bas qu'ils créent un risque d'insolvabilité ni si hauts qu'ils pénalisent les consommateurs ; enfin, ils ne doivent pas établir plus de distinctions entre les assurés que ce qui est justifiable sur le plan actuariel⁹⁸².

Cela signifie qu'avant d'introduire ou de modifier un produit, l'assureur doit fournir les informations nécessaires à la FINMA. Celle-ci doit approuver les primes et les conditions d'assurances (de chaque produit) avant qu'il ne soit possible de conclure des contrats⁹⁸³. Cela permet de

⁹⁷⁷ Des exceptions sont toutefois prévues, pour les assurances collectives d'indemnités journalières par exemple. Cf. art. 123 de l'ordonnance sur la surveillance en relation avec l'art. 157 OS.

⁹⁷⁸ Cf. sur ces questions, KLAUER, *Gruppen und Konglomerate*, p. 326 ss.

⁹⁷⁹ Cet article reprend l'ancien art. 20 de la LSA de 1978, raison pour laquelle la décision de la Comco et de la CoRe concernant les tarifs dans le canton d'Argovie peut être reprise.

⁹⁸⁰ FINMA, Fiche d'information – La FINMA et l'assurance-maladie complémentaire, p. 1, <<https://www.finma.ch/fr/autorisation/assurances/nouvelle-autorisation/assurance-maladie/>>.

⁹⁸¹ Se référant à l'ancienne législation, cf. Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 42. Mais l'ancien art. 20 de la LSA de 1978 est repris dans l'actuel LSA.

⁹⁸² OCDE, Suisse 2011, p. 72.

⁹⁸³ FINMA, Fiche d'information – La FINMA et l'assurance-maladie complémentaire, p. 1, <<https://www.finma.ch/fr/autorisation/assurances/nouvelle-autorisation/assurance-maladie/>>.

s'assurer que les primes restent dans une limite qui permet une protection des assurés contre les abus et qui garantit la solvabilité de l'entreprise⁹⁸⁴.

C. Synthèse

Les assureurs-maladie peuvent proposer une prise en charge des soins de base conformément à la LAMal. Ils sont alors soumis aux exigences de cette loi et de l'OAMal et surveillés selon la LSAMal. Ce cadre légal impose des règles sur la fixation des primes, sur la négociation des tarifs avec les partenaires tarifaires et sur la possibilité de proposer des assurances alternatives (selon le modèle du *managed care*). Les assureurs-maladie peuvent proposer une prise en charge complémentaire. Dans ce cas, ils sont soumis aux règles de la LCA et de la LSA. D'une manière générale, la liberté contractuelle prévaut, mais un certain cadre légal est prévu et encadre notamment la fixation du montant des primes.

IV. L'ÉTAT ET SES SUBDIVISIONS

Définir le rôle de l'Etat⁹⁸⁵ est complexe puisque celui-ci remplit un grand nombre de fonctions et ce, à tous les niveaux organisationnels. En effet, le système de la santé est fondé sur les principes du fédéralisme⁹⁸⁶ ; tant la Confédération que les cantons et les communes sont impliqués dans la définition de la politique de santé et dans la fourniture de prestations. En découle un morcellement des compétences, mais également des recouvrements, « des interdépendances » et des compétences parallèles. La frontière entre ces niveaux n'est ainsi pas toujours clairement établie⁹⁸⁷. Cet enchevêtrement des compétences a poussé à une collaboration (entre les divers services de la Confédération, entre les cantons, et entre la Confédération et les cantons) très riche⁹⁸⁸. Le principe du fédéralisme implique également que les cantons sont compétents par principe ; avec le temps

⁹⁸⁴ FINMA, Fiche d'information – La FINMA et l'assurance-maladie complémentaire, p. 2, <<https://www.finma.ch/fr/autorisation/assurances/nouvelle-autorisation/assurance-maladie/>>.

⁹⁸⁵ L'Etat est lié par les droits fondamentaux (spécialement par les art. 8,10, 11, 13, 15, 20 et 27) et par la répartition des compétences prévue par la Constitution (art. 111 ss Cst.)

⁹⁸⁶ KOCHER, Partage, p. 115 ; SPURMONT, Santé, p. 97.

⁹⁸⁷ OFSP, Le secteur suisse de la santé, p. 5 ; SAX, Struktur, p. 1 ; KOCHER, Partage, p. 115 et 121. Cf. aussi CHRISTEN et al., Système de santé, p. 13 ; ACHTERMANN/BERSET, Politiques-vol. 1, p. 29 s.

⁹⁸⁸ A ce propos, cf. ACHTERMANN/BERSET, Politiques-vol. 1, p. 50 ss.

cependant, un grand nombre de compétences sont désormais réglées au niveau national⁹⁸⁹.

En premier lieu, plusieurs tâches relèvent de la compétence de l'Etat. Il remplit d'abord une fonction régulatrice⁹⁹⁰. La Confédération, les cantons et les communes légifèrent dans leurs domaines de compétence respectifs et conformément aux art. 111 ss Cst.⁹⁹¹. L'Etat revêt également une fonction de contrôle et de surveillance⁹⁹². Il veille par exemple au respect des lois par le biais de l'OFSP pour l'application de la LAMal et par le biais de la FINMA dans le domaine de l'assurance privée. Ensuite, il gère le financement du système de santé⁹⁹³. Il subventionne notamment les hôpitaux publics, et la formation professionnelle. La Constitution contient à cet égard plusieurs dispositions concernant la répartition des financements⁹⁹⁴. Ensuite, l'Etat remplit une mission de protection de la santé de la population⁹⁹⁵. Finalement, il agit comme fournisseur de prestations⁹⁹⁶. En effet, les hôpitaux publics sont souvent organisés en établissements de droit public⁹⁹⁷ et peuvent être considérés, dans un sens très large, comme des organes de l'Etat⁹⁹⁸.

⁹⁸⁹ Art. 3 Cst. SAX, Struktur, p. 1 ; KOCHER, Partage, p. 123 ; ACHTERMANN/BERSET, Politiques-vol. 1, p. 30 s. Cf. aussi SPURMONT, Santé, p. 97 s.

⁹⁹⁰ HERMANN et al., Survol, p. 1725 ; SPRUMONT, Santé, p. 101.

⁹⁹¹ Au niveau fédéral, le Conseil fédéral et le Parlement posent le cadre de la politique de santé nationale. Celle-ci est mise en œuvre par les cantons et par la Confédération. La Confédération délègue parfois certaines compétences aux cantons. Ces derniers disposent également de compétences qui leur sont propres. Les échanges entre les niveaux sont fréquents.

⁹⁹² HERMANN et al., Survol, p. 1725 ; SPRUMONT, Santé, p. 101.

⁹⁹³ HERMANN et al., Survol, p. 1725.

⁹⁹⁴ HERMANN et al., Survol, p. 1725. Cf. p. ex. les art. 112 al. 3 let. b, 112b, 112c et 115 Cst.

⁹⁹⁵ SPRUMONT, Santé, p. 101.

⁹⁹⁶ Traiter de l'Etat comme un acteur à part entière peut poser des problèmes de systématique. En effet, le chapitre 2.II. de la présente section traite des fournisseurs de prestations de santé en tant que tels. Soulignons que l'Etat peut être considéré fournisseur de prestations.

⁹⁹⁷ MOOR, Droit administratif III, p. 67, 337 ; DUMOULIN, Hôpitaux, p. 201.

⁹⁹⁸ Dans le canton de Vaud par exemple, le centre hospitalier universitaire vaudois (CHUV) est un service de l'Etat de Vaud, rattaché au Service de Santé Publique (SSP), lui même dépendant du Département de la santé et de l'action sociale (DSAS).

Afin de préciser quelque peu ce qui précède, il s'agit, en second lieu, de détailler les acteurs aux différents niveaux étatiques et leurs compétences respectives⁹⁹⁹.

Qu'en est-il au niveau fédéral ?¹⁰⁰⁰ Dans les limites de leurs compétences, l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral édictent des normes et élaborent la politique de santé au niveau national. Cette tâche peut être confiée à différents Départements. Un certain nombre d'Offices ont des tâches en lien avec le secteur de la santé. Il s'agit principalement de l'OFSP dont l'activité concerne la santé de la population et sa promotion, domaine extrêmement vaste. En outre, l'OFAS a un rôle important ; il planifie, pilote et contrôle le déroulement des assurances sociales. On citera aussi l'OFS qui établit les statistiques sur les soins, leur financement, l'état de santé de la population, etc.¹⁰⁰¹. D'autres organes de la Confédération, notamment, le Seco¹⁰⁰², Swissmedic¹⁰⁰³, la SUVA¹⁰⁰⁴, l'Obsan¹⁰⁰⁵ ou encore la FINMA¹⁰⁰⁶ tiennent des rôles importants.

Cf. art. 2 de la loi vaudoise du 16 novembre 1993 sur les Hospices cantonaux, RSVD 810.11.

⁹⁹⁹ Pour une présentation détaillée, voir KOCHER, Partage, p. 116 ss.

¹⁰⁰⁰ Pour un aperçu précis des compétences et tâches de la Confédération, cf. KOCHER, Partage, p. 118 s. ; ACHTERMANN/BERSET, Politiques-vol. 1, p. 35 ; SPRUMONT, Santé, p. 97 ; ROSSINI ET AL., Allocation, p. 211.

¹⁰⁰¹ L'OFS établit les statistiques sur les soins, leur financement, l'état de santé de la population, etc.

¹⁰⁰² Le SECO s'occupe notamment de la protection de la santé et de la prévention sur le lieu de travail ainsi que de la sécurité des équipements et appareils techniques utilisés dans l'exercice de l'activité professionnelle.

¹⁰⁰³ L'Institut suisse des produits pharmaceutiques Swissmedic autorise tous médicaments et dispositifs médicaux avant leur mise sur le marché. Toutes les études cliniques doivent lui être communiquées.

¹⁰⁰⁴ La SUVA est une entreprise de droit public qui assure les entreprises – et ainsi les personnes actives – contre les conséquences des maladies et accidents professionnels et contre les accidents non professionnels.

¹⁰⁰⁵ L'Observatoire suisse de la santé a pour but d'amener la Confédération et les cantons à harmoniser de manière progressive leurs politiques de santé. En outre, il analyse les informations, soutient la Confédération et les cantons dans leurs planifications, décisions et actions.

¹⁰⁰⁶ La FINMA – autorité fédérale et institution de droit public dotée de la personnalité juridique – s'occupe notamment de la surveillance des entreprises d'assurance privée.

Ensuite, les cantons disposent d'un grand nombre de compétences, que celles-ci leur soient attribuées directement, puisque la santé relève par principe de leur compétence, ou qu'elles leur soient déléguées par la Confédération¹⁰⁰⁷. De plus, les lois et ordonnances fédérales peuvent être précisées et complétées par des lois d'application cantonales et les cantons disposent à cet égard d'une certaine autonomie¹⁰⁰⁸. Relevons certains points, importants pour notre étude¹⁰⁰⁹. Les cantons assurent l'approvisionnement sanitaire¹⁰¹⁰. Dans ce cadre, ils sont compétents pour déterminer une planification hospitalière, pour construire et exploiter des hôpitaux (universitaires, régionaux, cliniques, dispositif d'urgence pré-hospitalière), des établissements médico-sociaux, des services d'aide et de soins à domicile (Spitex), des services psychosociaux, des services médicaux scolaires, ou encore des services d'assistance médicale d'urgence¹⁰¹¹. Ils sont en charge de la surveillance des hôpitaux, des EMS et des cliniques¹⁰¹². Ils octroient les autorisations de pratiquer pour les professions médicales et paramédicales¹⁰¹³. Ils s'occupent du financement et du subventionnement de diverses institutions (hôpitaux et soins à domicile) et de la réduction des primes LAMal pour les personnes économiquement faibles¹⁰¹⁴.

¹⁰⁰⁷ KOCHER, Partage, p. 122 s. ; ROSSINI ET AL., Allocation, p. 212 ; ACHTERMANN/BERSET, Politiques-vol. 1, p. 30 s. ; StG Komm. BV, vol.2-POLEDNA, Art. 117, N 9. A ce propos, les cantons sont compétents d'une manière générale, conformément à l'art. 3 Cst. Lorsqu'une compétence est attribuée à la Confédération (ce qui est de plus en plus fréquemment le cas), elle peut déléguer la tâche elle-même, ou sa mise en œuvre. Sur la répartition des compétences, cf. p. ex. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 19 N 1 ss.

¹⁰⁰⁸ OFSP, Secteur de la santé, p. 10 ; KOCHER, Partage, p. 120.

¹⁰⁰⁹ La liste qui suit ne prétend pas à l'exhaustivité.

¹⁰¹⁰ Cet aspect peut poser des problèmes pour certains cantons, qui ne disposent pas de la taille et de la capacité suffisante pour garantir un approvisionnement efficace. Cf. KOCHER, Partage, p. 117 ; ROSSINI ET AL., Allocation, p. 212.

¹⁰¹¹ OFSP, Secteur de la santé, p. 10 ; KOCHER, Partage, p. 119 ; ACHTERMANN/BERSET, Politiques-vol. 1, p. 34.

¹⁰¹² OFSP, Secteur de la santé, p. 10 ; KOCHER, Partage, p. 119 ; ACHTERMANN/BERSET, Politiques-vol. 1, p. 34.

¹⁰¹³ OFSP, Secteur de la santé, p. 10 ; HERMANN et al., Survol, p. 1726 ; KOCHER, Partage, p. 119 ; ACHTERMANN/BERSET, Politiques-vol. 1, p. 34.

¹⁰¹⁴ OFSP, Secteur de la santé, p. 10 ; HERMANN et al., Survol, p. 1726 ; KOCHER, Partage, p. 120 ; ACHTERMANN/BERSET, Politiques-vol. 1, p. 34.

Ces activités sont réglées dans des lois cantonales et les modalités varient d'un canton à l'autre¹⁰¹⁵. Les gouvernements cantonaux disposent d'un Département ou d'une Direction en charge des questions de santé¹⁰¹⁶, souvent réparti(e) en services, chacun en charge d'une problématique particulière¹⁰¹⁷. En outre de nombreux organes de mise en œuvre existent. Les cantons peuvent aussi déléguer des compétences à des organismes privés¹⁰¹⁸. Compte tenu du fédéralisme, il existe une myriade de possibilités d'organisation cantonale.

A un niveau intercantonal¹⁰¹⁹, on trouve la CDS – Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé – qui est un organe de coordination politique au niveau suisse. Conçue principalement comme un forum de discussion, elle peut également rendre des recommandations, généralement non contraignantes¹⁰²⁰. La collaboration institutionnalisée se

¹⁰¹⁵ HERMANN et al., *Survol*, p. 1726. Cf. SPRUMONT, *Santé*, p. 97 s. qui souligne cependant que les cantons influents, tels que Berne ou Zurich, peuvent inspirer les autres cantons. En outre, on remarque une tendance des cantons à harmoniser ou coordonner leur législation.

¹⁰¹⁶ Dans le canton de Vaud, il s'agit du Département de la santé et de l'action sociale (DSAS). Dans le canton de Genève, il s'agit du Département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé. Dans le Canton de Fribourg, il s'agit de la Direction de la santé et des affaires sociales (DSAS). Dans le canton du Jura, il s'agit du Département de la santé, des affaires sociales, du personnel et des communes. A Neuchâtel, il s'agit du Département des finances et de la santé (DFS). A Berne, il s'agit de la Direction de la santé publique et de la prévoyance sociale.

¹⁰¹⁷ Dans le canton de Vaud, le Service de la santé publique, division du DSAS, est responsable de la couverture des besoins de santé de la population. Il évalue le besoin, organise le système, définit les missions et acteurs (Hôpitaux, EMS, CMS notamment), il planifie le développement de l'offre de soin et finance le dispositif. Il est également en charge de la surveillance.

¹⁰¹⁸ Cf. par exemple l'art. 7 al. 1 de la loi genevoise sur la santé (LS) du 7 avril 2006, K 1 03, l'art. 6a de la loi vaudoise sur la santé publique (LSP) du 29 mai 1985, RSVD 800.01.

¹⁰¹⁹ Les cantons ont développé, avec le temps, des instruments de coordination et de collaboration. Cf. pour un examen détaillé, ACHTERMANN/BERSET, *Politiques-vol. 1*, p. 71 ss.

¹⁰²⁰ CDS, <<http://www.gdk-cds.ch/index.php?id=755&L=1>> ; KOCHER, *Partage*, p. 122 ; ACHTERMANN/BERSET, *Politiques-vol. 1*, p. 91 ss. Les recommandations n'ont pas de portée contraignante, sauf dans le domaine de l'ostéopathie et dans la CIMHS.

fait également au niveau régional. Celle-ci est composée des quatre conférences régionales des directeurs de la santé¹⁰²¹.

Finalement, les communes assurent, dans la plupart des cantons, l'approvisionnement sanitaire. Elles ont souvent la charge de l'aide sociale, des soins à domiciles et des établissements médico-sociaux¹⁰²².

On constate que le nombre et la diversité des tâches dévolues à l'Etat sont importants. Il ne faut cependant pas en conclure que le système est complètement dirigé par l'Etat. Le système sanitaire reste orienté vers l'économie de marché. Les compétences étatiques se limitent parfois à la fixation d'un cadre légal dans lequel les particuliers et les sociétés ou organisations privées disposent d'une liberté d'action. La liberté économique joue à cet égard un rôle important. En outre, il est nécessaire de compter avec les acteurs privés – principalement actifs du côté de l'offre. Ceux-ci constituent même, selon ACHTERMANN/BERSET, « le quatrième niveau de la politique de la santé »¹⁰²³.

En relation avec l'Etat, plusieurs questions vont nous intéresser, notamment le rôle de l'Etat dans la planification hospitalière, dans la LAMal et lors de l'adoption de tarifs, ou en lien avec les autorisations délivrées aux professionnels de la santé. L'Etat ne fera pas l'objet d'un chapitre distinct dans notre partie spéciale. Son rôle sera cependant examiné par ses interactions avec les autres acteurs ou par son intervention dans le mécanisme de financement.

¹⁰²¹ Voir à ce propos, ACHTERMANN/BERSET, Politiques-vol. 1, p. 77 ss. 7 ss.

¹⁰²² OFSP, Secteur de la santé, p. 10 ; ROSSINI ET AL., Allocation, p. 212.

¹⁰²³ ACHTERMANN/BERSET, Politiques-vol. 1, p. 39.

Chapitre 3 : LE PRIX ET LES TARIFS DES PRESTATIONS PRISES EN CHARGE SELON LA LAMAL

Lorsque les conditions de prise en charge par la LAMal sont remplies, se pose encore la question du montant (prix) de la prestation.

Les factures pour les prestations de santé sont établies sur la base d'un tarif ou d'un prix¹⁰²⁴. Un tarif est défini comme l'ensemble de règles abstraites qui permettent, dans un cas concret, de déterminer le montant dû pour une prestation déterminée¹⁰²⁵. Il est la « base de calcul de la rémunération » de la plupart des prestations de santé¹⁰²⁶. Il se distingue d'un prix, à savoir la contribution nécessaire pour obtenir une chose ou un service déterminé¹⁰²⁷. Ainsi, les tarifs sont le fondement pour calculer le prix que le fournisseur de prestations peut demander pour sa prestation¹⁰²⁸. Ces paiements représentent le poste principal des dépenses des assureurs et influencent la hauteur des primes payées par les assurés. Ils constituent aussi les recettes principales des fournisseurs de prestations¹⁰²⁹. La manière dont les tarifs sont fixés influence donc directement l'évaluation des coûts de l'assurance-maladie – et dès lors celle du coût global de la santé¹⁰³⁰.

Pour les prestations que la loi rend obligatoires (« *Pflichtleistungen* »)¹⁰³¹, les règles applicables à la fixation des tarifs se trouvent dans la LAMal. Les articles 43 ss LAMal sont regroupés dans la section « tarifs et prix », section dense en informations techniques.

¹⁰²⁴ Art. 43 al. 1 LAMal. Cf. Mess-LAMal, p. 154 ; DUMOULIN, Assurance-maladie, p. 148. ; KIESER, Tarif, p. 34 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 39.

¹⁰²⁵ ATF 116 V 130, c. 2a (n.t.) ; ATF 109 V 197, c. 2b (n.t.) ; EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 43, N 2 ; KIESER, Tarif, p. 34.

¹⁰²⁶ Art. 43 LAMal.

¹⁰²⁷ EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 43, N 2 ; KIESER, Tarif, p. 23. Des prix sont fixés pour les médicaments, analyses, appareils et autres moyens auxiliaires. Cf. art. 52 LAMal. KIESER, Tarif, p. 34.

¹⁰²⁸ SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 182.

¹⁰²⁹ SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 182.

¹⁰³⁰ Mess-LAMal, p. 153.

¹⁰³¹ EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 46, N 4.

Ainsi, aucun fournisseur de prestations ne peut fixer seul et librement ses prix ou son tarif. Ils sont arrêtés par convention tarifaire¹⁰³² ou par une autorité¹⁰³³. Les conventions tarifaires sont conclues entre les assureurs et les fournisseurs de prestations¹⁰³⁴. Lors des négociations, ces groupes font valoir leurs intérêts économiques respectifs et la conclusion d'une convention n'aboutit souvent qu'après un « long bras de fer »¹⁰³⁵. En parallèle, on ne peut oublier que la LAMal a pour but de garantir une fourniture en soins de qualité et appropriée, et ce de la manière la plus avantageuse possible¹⁰³⁶. Il est dès lors nécessaire de poser des conditions-cadre à la fixation de tarifs¹⁰³⁷. Dans cette optique, cette section de la loi contient les principes généraux sur les tarifs, applicables à toutes les conventions tarifaires selon la LAMal¹⁰³⁸. Elle comprend ensuite des dispositions spéciales relatives à certains tarifs (art. 48 ss LAMal). Nous détaillons à présent les règles générales.

I. LES PARTIES À UNE CONVENTION TARIFAIRE

D'après la loi, les tarifs doivent en priorité être conclus par conventions¹⁰³⁹. Les parties à une convention peuvent, d'une part, être un ou plusieurs fournisseurs de prestations ou fédérations de fournisseurs de prestations et, d'autre part, un ou plusieurs assureurs ou fédérations d'assureurs¹⁰⁴⁰.

¹⁰³² La convention tarifaire n'est pas un acte de puissance publique. Il s'agit d'une déclaration de volonté réciproque et concordante, mais soumise à approbation. TF, arrêt 9C_413/2009 du 27 janvier 2010, c. 7.2 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 39. Sa nature juridique exacte (de droit public ou privé) est toutefois débattue. Cf. BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 69 ss qui retient un contrat de droit public.

¹⁰³³ BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 39.

¹⁰³⁴ Art. 43 al. 4 LAMal. Cf. KIESER, Tarif, p. 26 et 37 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 39.

¹⁰³⁵ SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 182.

¹⁰³⁶ SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 182. Cf. aussi ATF 110 V 187, c. 3a (n.t.) ; EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 46, N 1.

¹⁰³⁷ SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 182.

¹⁰³⁸ Mess-LAMal, p. 162.

¹⁰³⁹ Art. 43 al. 4 LAMal ; KIESER, Tarif, p. 37 ; BÜHRER, Tarif, p. 169.

¹⁰⁴⁰ Art. 46 al. 1 LAMal.

En pratique, on a souvent affaire à des conventions conclues par des fédérations. Ce schéma permet une concentration, une harmonisation et une rationalisation dans le domaine tarifaire, ce qui est jugé souhaitable par le Conseil fédéral. Puisque les conventions tarifaires sont conclues entre prestataires ayant la même importance, on aboutit à une convention dont le contenu est censé être équilibré¹⁰⁴¹. Quand une fédération est partie à une convention, ses membres ne sont liés que s'ils y adhèrent¹⁰⁴². Les non-membres exerçant leur activité dans le rayon conventionnel peuvent, quant à eux, y adhérer¹⁰⁴³. Le système est alors orienté vers le principe de la liberté contractuelle ; mais la loi prévoit tout de même des prescriptions qui doivent être respectées¹⁰⁴⁴. Les parties à la convention sont liées par plusieurs principes relatifs à la forme ou au contenu des conventions tarifaires¹⁰⁴⁵. Elles doivent en particulier veiller à ce que les soins soient appropriés et que leur qualité soit de haut niveau, tout en étant les plus avantageux possible¹⁰⁴⁶.

Ce régime ne permet pas aux assurés d'influencer directement les conventions tarifaires¹⁰⁴⁷, mais les organisations qui représentent leurs intérêts sur le plan cantonal ou fédéral¹⁰⁴⁸ sont entendues avant la conclusion¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴¹ Mess-LAMal, p. 160.

¹⁰⁴² Art. 46 al. 2 LAMal. Cf. BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 52.

¹⁰⁴³ Art. 46 al. 2 LAMal. Cf. EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 46, N 7.

¹⁰⁴⁴ Mess-LAMal, p. 161. A propos de la liberté contractuelle, KIESER, Tarif, p. 37 s.

¹⁰⁴⁵ Voir ci-dessous.

¹⁰⁴⁶ Art. 43 al. 6 LAMal. BÜHRER, Tarif, p. 169 s. ; KIESER, Tarif, p. 24 et 44 ss.

¹⁰⁴⁷ HÜRLIMANN et al., Krankenversicherung, p. 240 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 50.

¹⁰⁴⁸ Il s'agit, p. ex. des associations de patients ou des organisations de protection des consommateurs. Cf. SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 183.

¹⁰⁴⁹ Art. 43 al. 3 *in fine* LAMal. Pour des exemples, cf. TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2014 ; TAF, arrêt C-5473/201 du 9 janvier 2015.

II. LES FORMES DES TARIFS

Le tarif est une base de calcul de la rémunération¹⁰⁵⁰. Il peut, par exemple¹⁰⁵¹, prendre la forme d'un tarif au temps consacré¹⁰⁵² ou d'un tarif à la prestation¹⁰⁵³. Ce dernier doit, d'une manière générale, se fonder sur une structure tarifaire uniforme, fixée par convention sur le plan suisse¹⁰⁵⁴. Un tarif peut également prévoir un mode de rémunération forfaitaire¹⁰⁵⁵. Un tel tarif forfaitaire peut se rapporter au traitement par patient (forfait par patient) ou aux soins par groupe d'assurés (forfaits par groupe d'assurés)¹⁰⁵⁶.

Dans le but de garantir la qualité des prestations, des exclusions tarifaires sont possibles aux conditions fixées à l'art. 43 al. 2 let. d LAMal. Ainsi, un tarif peut soumettre, à titre exceptionnel toutefois, la rémunération de certaines prestations à des conditions supérieures à celles prévues aux art. 36 à 40 LAMal (conditions liées à l'infrastructure et à la formation)¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁰ Art. 43 al. 2 LAMal.

¹⁰⁵¹ L'énumération de l'art. 43 LAMal n'est pas exhaustive. Ces types de tarifs peuvent également être combinés. Cf. EUGSTER, *Rechtsprechung KVG ad Art. 43, N 3*; BRUMANN, *Tarif- und Tarifstrukturverträge*, p. 47.

¹⁰⁵² Le tarif au temps consacré se fonde sur le temps consacré à la prestation. Art. 43 al. 2 let. a LAMal. Cf. HÜRLIMANN et al., *Krankenversicherung*, p. 240; KIESER, *Tarif*, p. 28 s.; BRUMANN, *Tarif- und Tarifstrukturverträge*, p. 47.

¹⁰⁵³ Le tarif à la prestation attribue des points aux différentes prestations et fixe la valeur du point y relatif (Art. 43 al. 2 let. b LAMal). Il s'agit du système utilisé pour la rémunération du traitement ambulatoire (Tarmed). A propos des tarifs à la prestation, cf. Mess-LAMal, p. 155; HÜRLIMANN et al., *Krankenversicherung*, p. 240 s.; KIESER, *Tarif*, p. 28 s.; BRUMANN, *Tarif- und Tarifstrukturverträge*, p. 48.

¹⁰⁵⁴ Art. 43 al. 5 LAMal.

¹⁰⁵⁵ Art. 43 al. 2 let. c LAMal. Cf. p. ex. art. 49 al. 1 LAMal. Cf. HÜRLIMANN et al., *Krankenversicherung*, p. 241 s.; KIESER, *Tarif*, p. 28 s.; BRUMANN, *Tarif- und Tarifstrukturverträge*, p. 48.

¹⁰⁵⁶ Art. 43 al. 3 LAMal. Cf. Mess-LAMal, p. 156. Concernant les forfaits par patient, on pense p. ex. à la rémunération forfaitaire d'un traitement (forfait par cas) ou d'une journée d'hôpital (forfait journalier).

¹⁰⁵⁷ SCARTAZZINI/HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, § 16 N 186; EUGSTER, *Rechtsprechung KVG ad Art. 43, N 5*.

III. LES TARIFS ET LES STRUCTURES TARIFAIRES

Un tarif peut, voire doit¹⁰⁵⁸, être fondé sur une structure tarifaire. La structure tarifaire comprend la nomenclature et le point ou le coût relatif de base de la prestation, de manière abstraite ou relative¹⁰⁵⁹. Le tarif – au sens strict – comprend l'élément chiffré qui, une fois multiplié à la valeur abstraite, permet d'obtenir le prix de la prestation en francs¹⁰⁶⁰. La doctrine est divisée sur le fait de savoir si la structure tarifaire est une partie du tarif ou s'ils doivent plutôt être considérés comme deux éléments distincts¹⁰⁶¹. Pour nous, il importe de relever qu'il s'agit, en pratique, de deux conventions distinctes qui ne sont pas toujours conclues au même niveau : la structure tarifaire peut être fédérale alors que le tarif effectif est souvent arrêté au niveau cantonal. Dans ce contexte, la procédure d'approbation et l'autorité d'approbation ne sont pas identiques¹⁰⁶².

IV. L'APPROBATION DU TARIF FIXÉ PAR CONVENTION

Selon l'art. 46 al. 4, 1^{ère} phrase LAMal, toute convention tarifaire doit être approuvée par le gouvernement cantonal compétent¹⁰⁶³ ou, si sa validité s'étend à toute la Suisse, par le Conseil fédéral¹⁰⁶⁴. Cette approbation a un

¹⁰⁵⁸ Art. 43 al. 5, 49 al. 2 LAMal.

¹⁰⁵⁹ KIESER, Tarif, p. 49 ; BÜHRER, Tarif, p. 144. Sur la réglementation de la structure tarifaire, BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 108-120.

¹⁰⁶⁰ BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 41.

¹⁰⁶¹ Sur le conflit de doctrine, BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 40 ss.

¹⁰⁶² Sur la question de la nécessité d'approbation d'une structure tarifaire, BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 116 ss.

¹⁰⁶³ P. ex., TAF, arrêts C-1212/2013, C-1260/2013, C-1311/2013 du 27 février 2015, B ; TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, A.a.

¹⁰⁶⁴ P. ex., ATF 134 V 443, A et c. 2 (fr) ; TAF, arrêt C-5473/2013, C-5621/2013, C-6242/2014 du 9 janvier 2015, A ; TAF, arrêt C-1212/2013, C-1260/2013, C-1311/2013 du 27 février 2015, A ; TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, A ; TAF, arrêt C-2548/2008 du 18 novembre 2009, c. 5.1.

effet constitutif¹⁰⁶⁵. On vise ici, en pratique en tout cas, tant la structure tarifaire que le tarif (au sens strict)¹⁰⁶⁶.

L'autorité chargée de l'approbation doit vérifier que la convention est conforme à la loi et à l'équité et qu'elle satisfait au principe d'économie¹⁰⁶⁷. Le principe d'économie est précisé à l'art. 59c OAMal¹⁰⁶⁸.

Selon le message du Conseil fédéral, l'autorité doit se montrer sévère lors de cet examen. Il s'agit d'atteindre l'objectif visé par l'art. 43 al. 6 LAMal, à savoir garantir des soins appropriés, de haute qualité et les plus avantageux possible¹⁰⁶⁹. L'autorité doit en outre requérir l'avis du Surveillant des prix¹⁰⁷⁰.

V. LA FIXATION DU TARIF PAR UNE AUTORITÉ

Dans les cas prévus par la loi, c'est l'autorité compétente qui fixe le tarif¹⁰⁷¹ (ou le prix¹⁰⁷²). La LAMal prévoit, d'une part, la compétence directe de l'autorité¹⁰⁷³ et, d'autre part, une intervention subsidiaire, lorsque les partenaires tarifaires n'ont pu s'entendre (art. 43 al. 5 et 5^{bis}, 47, 48, 49

¹⁰⁶⁵ Mess-LAMal, p. 162 ; TF, arrêt 9C_413/2009 du 27 janvier 2010, c. 5 ; ATAF 2017 V/5, c. 8.2 ; EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 46, N 10 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 86.

¹⁰⁶⁶ BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 82. Il y a un débat sur le point de savoir si la LAMal impose l'approbation des structures tarifaires. Elles sont en pratique approuvées.

¹⁰⁶⁷ Art. 46 al. 4, 2^{ème} phrase LAMal. TAF, arrêt 3175/2013 du 13 juin 2017, c.8.4 ; BÜHRER, Tarif, p. 176 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 82 s. Sur l'interprétation de ces notions, HIERLING/COULLERY, Billigkeitsbegriff, p. 159 ss.

¹⁰⁶⁸ Cf. TAF, arrêt C-3175/2013 du 13 juin 2017, c. 8.4.1. L'examen de l'économicité, à savoir l'évaluation de la fourniture efficiente, s'effectue sur la base d'aspects tels que les taux d'utilisation ainsi que des méthodes de comparaison.

¹⁰⁶⁹ Mess-LAMal, p. 162. Cf. aussi, EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 46, N 13. Cf. aussi les précisions de l'art. 59c OAMal et BÜHRER, Tarif, p. 171 s. ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 82.

¹⁰⁷⁰ Cf. *infra* Troisième Partie, Chap. 3 ; Quatrième Partie, chap. 6 ; Cinquième Partie, Chap. 4. Pour un exemple, TAF, arrêt 3175/2013 du 13 juin 2017, c. 8.3.

¹⁰⁷¹ Art. 43 al. 4 LAMal. A propos de la règle générale, cf. Mess-LAMal, p. 163 s.

¹⁰⁷² Art. 52 LAMal. On vise notamment les prix des médicaments, ce qui sort de notre champ d'étude.

¹⁰⁷³ Dans certains cas, l'autorité peut directement fixer le tarif. Cf. art. 52 LAMal ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 68 s. et 97 ss.

al. 2 LAMal). Cette hypothèse devrait rester l'exception¹⁰⁷⁴. En pratique toutefois, on trouve de nombreuses situations où une autorité a finalement fixé le tarif¹⁰⁷⁵. Lorsque l'autorité intervient, elle est aussi liée par les exigences de la LAMal, quant à la forme ou au contenu du tarif¹⁰⁷⁶. Elle consulte, en principe, également le Surveillant des prix¹⁰⁷⁷.

VI. LES PRINCIPES À RESPECTER LORS DE LA FIXATION DE TARIFS

Plusieurs principes (généraux) sont à respecter lors de la conclusion d'une convention tarifaire et lors de l'adoption d'un tarif. On ne peut parler de véritable liberté contractuelle¹⁰⁷⁸.

Les conventions tarifaires doivent être fixées d'après les règles applicables en économie d'entreprise et structurées de manière appropriée¹⁰⁷⁹. Lorsqu'une convention est conclue entre des fédérations, les organisations qui représentent les intérêts des assurés sur le plan cantonal ou fédéral sont entendues avant la conclusion¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁴ En ce sens, Mess-LAMal, p. 154 ; TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, c. 6.3.1 ; TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2014, c. 6.4 ; TAF, arrêt 3175/2013 du 13 juin 2017, c. 8.1 ; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 188 ; EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 47, N 2. La fixation du tarif par l'autorité est la règle pour la rémunération des analyses et des médicaments ainsi que des moyens ou appareils servant à des fins diagnostiques ou thérapeutiques (art. 52 LAMal).

¹⁰⁷⁵ Voir par exemple pour la fixation du point Tarmed, TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, c. 3 ; TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2014, c. 7. Pour les tarifs hospitaliers, ATAF 2015/8, faits ; ATAF 2014/36, faits et c. 22.4. Dans d'autres domaines, TAF, arrêts C-6519/2015, C-6712/2015 du 1^{er} février 2016, A.

¹⁰⁷⁶ Voir ci-dessous. Cf. art. 59c al. 3 OAMal. Notamment, la règle selon laquelle le gouvernement cantonal doit vérifier que la convention tarifaire est conforme à la loi, à l'équité et qu'elle satisfait au principe d'économicité s'applique en cas de fixation du tarif par le gouvernement cantonal. ATAF 2010/24, c. 4.3 ; TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2014, c. 6.4 ; TAF, arrêt 3175/2013 du 13 juin 2017, c. 8.3.

¹⁰⁷⁷ L'art. 47 al. 3 LAMal traite de l'intervention du gouvernement cantonal quand les partenaires tarifaires ne s'entendent pas sur le renouvellement d'une convention. Dans ce cas, l'autorité n'a pas besoin de vérifier que le tarif répond aux exigences des art. 43 al. 6 et 46 al. 4 LAMal. Il n'a pas non plus à consulter le Surveillant des prix.

¹⁰⁷⁸ Cf. KIESER, Tarif, p. 37 ss.

¹⁰⁷⁹ Art. 43 al. 4, 2^{ème} phrase LAMal.

¹⁰⁸⁰ Art. 43 al. 4, 3^{ème} phrase LAMal.

L'art. 46 al. 4 LAMal oblige l'autorité approuvant le tarif à vérifier que la convention est conforme à la loi et à l'équité et qu'elle est en accord avec le principe d'économie¹⁰⁸¹. L'art. 59c OAMal¹⁰⁸² précise cela. La convention doit respecter certains principes : le tarif couvre au plus les coûts de la prestation justifiés de manière transparente¹⁰⁸³ ainsi que, au plus, les coûts nécessaires à la fourniture efficiente des prestations ; un changement de modèle tarifaire ne doit pas entraîner des coûts supplémentaires¹⁰⁸⁴. En outre, les parties à une convention doivent régulièrement vérifier les tarifs et les adapter si le respect de ces principes n'est plus garanti¹⁰⁸⁵. L'art. 56 al. 5 LAMal précise que les fournisseurs de prestations et les assureurs prévoient, dans les conventions tarifaires, des mesures destinées à garantir le caractère économique des prestations. Ils veillent en particulier à éviter une répétition inutile d'actes diagnostiques lorsqu'un assuré consulte plusieurs fournisseurs de prestations¹⁰⁸⁶.

Ces principes doivent également être respectés lorsque l'autorité adopte directement un tarif¹⁰⁸⁷.

Selon l'art. 46 al. 3 LAMal, les mesures qui prévoient l'interdiction faite aux membres de groupements de conclure des contrats séparés, l'obligation faite aux membres de groupements d'adhérer aux accords existants, l'interdiction de concurrence entre les membres, des clauses

¹⁰⁸¹ Cf. TAF, arrêt C-3175/2013 du 13 juin 2017, c. 8.4.1. L'examen de l'économicité, à savoir l'évaluation de la fourniture efficiente, s'effectue sur la base d'aspects tels que les taux d'utilisation ainsi que des méthodes de comparaison.

¹⁰⁸² Pour une analyse juridique détaillée de l'art. 59c OAMal et de ses aspects économiques, SAXER, Art. 59c KVV, p. 7 ss ; OGGIER, 49c KVV, p. 49 ss. Voir aussi, DRUEY JUST, Tarifbemessung, p. 2 ss.

¹⁰⁸³ Pour les DRG, les coûts justifiés de la prestation ne sont pas ceux de l'hôpital concerné dont le tarif est examiné, mais ceux de l'hôpital ayant déterminé le benchmark. ATAF 2014/3, c. 2.10.1 ; TAF, arrêt C-1087/2015 du 2 novembre 2017, c. 8.1.

¹⁰⁸⁴ Sur le principe de la neutralité des coûts, KIESER, Tarif, p. 622 ; SAXER, Art. 59c KVV, p. 24 ss. Pour un examen par le TAF, TAF, arrêt 3175/2013 du 13 juin 2017, c. 8.4.1.

¹⁰⁸⁵ Sur la compétence d'adaptation des tarifs, KIESER, Tarif, p. 50 ss.

¹⁰⁸⁶ Cf. BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 56.

¹⁰⁸⁷ Mess-LAMal, p. 163 ; ATAF 2010/24, c. 4.3 ; TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2014, c. 6.4 ; TAF, arrêt C-4303/2007 du 25 janvier 2010, c. 3.1 ; TAF, arrêt C-2548/2008 du 18 novembre 2009, c. 4.2.3 ; EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 43, N 11 et ad Art. 46, N 12 et 13.

d'exclusivité et celles qui interdisent tout traitement de faveur sont nulles. Cette disposition a été acceptée lors des débats parlementaires¹⁰⁸⁸ suite à un rapport et des recommandations de la Commission des cartels¹⁰⁸⁹. En effet, avant l'adoption de la LAMal, certaines fédérations de caisses-maladie ou de fournisseurs de prestations adoptaient des dispositions statutaires qui contredisaient le principe de la liberté contractuelle et le droit des cartels. Ces clauses obligeaient les assureurs ou fournisseurs de prestations à se conformer aux décisions de la fédération¹⁰⁹⁰. Le législateur a, par l'art. 46 al. 3 LAMal, voulu ouvrir le marché, soit le « décartelliser »¹⁰⁹¹. Il permet d'interdire les dispositions contenues dans les statuts des fédérations qui entravent la concurrence¹⁰⁹². Il vise la relation entre caisses-maladie et fournisseurs¹⁰⁹³.

Finalement, rappelons que l'avis du Surveillant des prix est requis avant d'adopter le tarif. Cela vaut tant lors de la conclusion d'une convention tarifaire que lorsque l'autorité fixe un tarif¹⁰⁹⁴.

VII. LA PROTECTION TARIFAIRE ET LA RÉCUSATION

L'art. 44 LAMal institue une protection tarifaire. Les fournisseurs de prestations admis¹⁰⁹⁵ doivent respecter les tarifs et les prix¹⁰⁹⁶. Les hono-

¹⁰⁸⁸ Sur les débats parlementaires, SEGMÜLLER, Rapportrice, BO CN 1993 1732 s. et 1860 s. ; PHILIPONA, Rapporteur, BO CN 1993 1739 et 1861 ; HUBER, Rapporteur, BO CE 1993 1073.

¹⁰⁸⁹ Commission des cartels, Publ. CC 1993/2 1, *Krankenkasse und Tarifverträge*.

¹⁰⁹⁰ Commission des cartels, Publ. CC 1993/2 1, *Krankenkasse und Tarifverträge*, p. 35 ss ; HÜRLIMANN, *Krankenversicherung*, p. 240.

¹⁰⁹¹ PHILIPONA, Rapporteur, BO CN 1993 1861.

¹⁰⁹² SEGMÜLLER, Rapportrice, BO CN 1993 1732 s. ; PHILIPONA, Rapporteur, BO CN 1993 1739.

¹⁰⁹³ TAF, arrêt C-401/2012, du 28 janvier 2014, c. 10.2.

¹⁰⁹⁴ Cf. *infra* Troisième Partie, Chap. 3 ; Quatrième Partie, chap. 6 ; Cinquième Partie, Chap. 4.

¹⁰⁹⁵ EUGSTER, *Rechtsprechung KVG ad Art. 44*, N 1.

¹⁰⁹⁶ Art. 44 al. 1 LAMal. Cf. Mess-LAMal, p. 157 ss ; SCARTAZZINI/HÜRZELER, *Bundes-sozialversicherungsrecht*, § 16 N 186 ; EUGSTER, *Rechtsprechung KVG ad Art. 44*, N 1 ss. Sur les effets de la protection tarifaire sur le domaine du traitement ambulatoire ainsi que celui des cliniques, KIESER, *Tarifschutz*, p. 419 ss.

raires supplémentaires sont ainsi en principe exclus¹⁰⁹⁷. Une transgression de cette règle peut mener à des sanctions selon l'art. 59 al. 1 LAMal.

Toutefois, un fournisseur de prestations a la possibilité de refuser de fournir des prestations conformément à la LAMal (récusation). Il doit l'annoncer et ne pourra toucher une rémunération selon la loi¹⁰⁹⁸. A cause d'éventuelles récusations massives, il se peut que les traitements ne soient plus garantis dans un ou plusieurs domaines. Dans ce cas, le canton veille à ce qu'ils le soient¹⁰⁹⁹.

VIII. LES RECOURS CONTRE UN TARIF

Un recours peut être déposé contre les conventions tarifaires et, plus précisément, la décision d'approbation du tarif – qui a un effet constitutif – ainsi que la fixation du tarif par une autorité¹¹⁰⁰. L'art. 53 LAMal prévoit un recours au TAF contre les décisions des gouvernements cantonaux visés aux art. 46 al. 4 (approbation de la convention par le gouvernement cantonal), 47 (fixation d'un tarif par le gouvernement cantonal en cas d'absence de convention tarifaire) et 48 LAMal (convention tarifaire avec les associations de médecins)¹¹⁰¹. La procédure de recours est régie par la LTAF et la PA¹¹⁰².

En cas de recours, le juge n'entre en matière que si l'utilisation d'une position tarifaire conduit à un désavantage évident ou à privilégier une partie ou lorsque la fixation du tarif n'est pas guidée par une réflexion objective¹¹⁰³. Cela se justifie par le fait que le tarif a été fixé ou approuvé par une autorité (fédérale ou cantonale) après consultation du Surveillant

¹⁰⁹⁷ EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 44, N 4 ss et réf. Des exceptions sont possibles pour les prestations supplémentaires dans le domaine des soins stationnaires.

¹⁰⁹⁸ Art. 44 al. 2 LAMal. Cf. Mess-LAMal, p. 159 ; HÜRLIMANN et al., Krankenversicherung, p. 243 ; EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 44, N 10 s.

¹⁰⁹⁹ Art. 45 LAMal. Cf. Mess-LAMal, p. 159 s. ; HÜRLIMANN et al., Krankenversicherung, p. 243 ; EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 45.

¹¹⁰⁰ Pour une analyse détaillée, BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 194 ss.

¹¹⁰¹ P. ex., TAF, arrêt C-2380/2012 du 17 septembre 2015, c. 1. ; TAF, arrêt C-108/2015 du 2 novembre 2017, c. 1.

¹¹⁰² Art. 53 al. 2 LAMal. Cf. p. ex. TAF, arrêt C-108/2015 du 2 novembre 2017, c. 1.2 et 1.3 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 194 s.

¹¹⁰³ ATF 125 V 101, c. 3c (fr) ; ATF 126 V 344, c. 4a, PJA 2001 1084 ; EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 43, N 12.

des prix ou d'autres organes, notamment l'OFSP¹¹⁰⁴. Le tribunal fait donc preuve de retenue, surtout si la décision concorde avec les recommandations du Surveillant¹¹⁰⁵ ou que les questions du cas d'espèce l'exigent, parce que l'appréciation de l'état de fait nécessite des connaissances techniques, ou économiques spéciales¹¹⁰⁶.

On relèvera cependant que l'art. 53 LAMal n'ouvre un recours au TAF que contre les décisions des gouvernements cantonaux. Ni la LAMal, ni la PA, ni la LTAF, ni la LTF ne prévoient de recours contre les décisions d'approbation ou de fixation d'un tarif par le Conseil fédéral¹¹⁰⁷. Dès lors, il n'existe aucune voie de recours dans ce cas¹¹⁰⁸.

IX. LE DÉBITEUR DE LA RÉMUNÉRATION

L'art. 42 LAMal fixe le débiteur de la rémunération due au fournisseur de prestations¹¹⁰⁹. En principe, l'assuré est débiteur (tiers garant) et se fait rembourser par l'assureur. Il peut être prévu que l'assureur est le débiteur (tiers payant). Ce deuxième système est la règle pour la prise en charge d'un traitement hospitalier.

X. LES PRINCIPAUX TARIFS

Il existe un grand nombre de tarifs actuellement en vigueur. Ils doivent se fonder sur les règles décrites. Nous présentons les deux systèmes tarifaires les plus connus, à savoir ceux qui se fondent sur les structures tarifaires SwissDRG (A) et Tarmed (B). Ils sont respectivement utilisés pour la facturation des soins somatiques aigus prodigués par un établissement hospitalier, d'une part, et pour celle des soins ambulatoires, d'autre

¹¹⁰⁴ TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, c. 4.2.

¹¹⁰⁵ Cf. *infra* Troisième Partie, Chap. 3.III. Voir p. ex., TAF, arrêt C-427/2008 du 30 juillet 2009, c. 3 ; TAF, arrêt C-2548/2008 du 18 novembre 2009, c. 3 ; TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, c. 4.2. ; TAF, arrêt C-108/2015 du 2 novembre 2017, c. 4.

¹¹⁰⁶ Cf. TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2014, c. 4.1 et réf. à d'autres arrêts.

¹¹⁰⁷ Art. 189 al. 4 Cst. féd, art. 33 al. 1 let. a et b LTAF *a contrario*, art. 86 al. 1 LTF *a contrario* et 113 LTF *a contrario*.

¹¹⁰⁸ En ce sens, ATF 134 V 443 (fr). Aucune voie de recours au TF n'est ouverte contre les décisions d'approbation du Conseil fédéral relatives à la révision de la structure tarifaire Tarmed. D'autres voies de contestations peuvent être prévues (p. ex. auprès de commissions spéciales). BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 205 ss.

¹¹⁰⁹ Mess-LAMal, p. 154. Cf. DUC, Facturation, N 19.

part. D'autres structures tarifaires et tarifs sont utilisés dans les domaines de la psychiatrie, de la réadaptation, de la physiothérapie, de l'ergothérapie, ou de la logopédie, par exemple¹¹¹⁰.

A. Les traitements stationnaires et SwissDRG

Le financement des soins stationnaires prodigués par les hôpitaux fait l'objet de règles spéciales. La méthode de rémunération du traitement hospitalier¹¹¹¹ fixe la manière de rembourser les frais de séjour en soins stationnaires, constitutifs de « cas LAMal » et effectués dans les établissements inscrits dans la planification hospitalière d'un canton¹¹¹². Depuis l'entrée en vigueur du nouveau système, le 1^{er} janvier 2012¹¹¹³, le financement hospitalier doit se faire au moyen de forfaits par cas, fixés par convention (art. 49 LAMal) et est assuré tant par les cantons que par les assureurs-maladie (art. 49a LAMal). La détermination du « montant » du financement versé aux hôpitaux (a) doit donc être distinguée des débiteurs de cette rémunération (b).

a. Le calcul de la rémunération

(i) Les règles générales

Les cantons sont chargés de conclure des mandats de prestations avec les hôpitaux figurant sur la liste qu'ils ont établie (art. 39 al. 1 let. e LAMal et. 58e al. 2 et 3 OAMal). Dans cette lignée et depuis l'entrée en vigueur de la révision, le traitement hospitalier (séjour et soins) doit être rémunéré

¹¹¹⁰ BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 129 ss. Pour un exemple de litige sur la fixation de la valeur du point du tarif des physiothérapeutes dans le canton d'Obwald, TAF, arrêt C-2079/2016, du 18 décembre 2017. Pour un exemple récent dans le domaine de la réhabilitation stationnaire, TAF, arrêt C-3957/2016 du 10 avril 2018 et le commentaire de TROTTMANN, Rehabilitationsbereich.

¹¹¹¹ Le traitement hospitalier est défini à l'art. 3 de l'OCP : sont réputés traitements hospitaliers, les séjours d'au moins 24 heures, de moins de 24 heures au cours desquels un lit est occupé durant une nuit, à l'hôpital en cas de transfert dans un autre hôpital, dans une maison de naissance en cas de transfert dans un hôpital et, finalement, en cas de décès. Cf. aussi Mess-rév.LAMal-2007, p. 5234.

¹¹¹² Mess-rév.LAMal-2007, p. 5234 ; TREMP, Spitaltarif, N 1 ; DONATSCH, Spitalfinanzierung, N 1.

¹¹¹³ Sur l'ancien système et les problématiques, BRUNNSCHWEILER, Tarifgestaltung, p. 47 ; MÜLLER, Spital, p. 79 ss ; OGGIER, Spitalfinanzierung, p. 91 ss ; DONATSCH, Spitalfinanzierung, N 5 s.

par des forfaits par cas, liés aux prestations fournies et fixés par convention (art. 49 al. 1, 1^{ère} à 3^{ème} phrase LAMal). Ainsi, tant la planification que le financement sont liés aux prestations, ce qui assure la cohérence du système¹¹¹⁴.

L'art. 49 LAMal pose le cadre de la fixation des tarifs. Il s'agit de principes à prendre en compte lors de leur élaboration pratique¹¹¹⁵. Relevons principalement que les forfaits doivent se baser sur une structure tarifaire uniforme valant pour l'ensemble de la Suisse (art. 49 al. 1, 3^{ème} phrase LAMal). Celle-ci doit être approuvée par le Conseil fédéral (art. 49 al. 2 LAMal, Art. 59d OAMal). On constate que les prestations sont désormais comparables¹¹¹⁶ et transparentes, ce qui aurait pour but de favoriser la concurrence entre les hôpitaux¹¹¹⁷. D'autres exigences, plus techniques, sont également fixées à l'art. 49 LAMal qui est précisé par l'ordonnance du 3 juillet 2002 sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie (OCP).

Ces règles ne s'appliquent que dans la mesure où le patient a besoin, selon l'indication médicale, d'un traitement et de soins ou d'une réadaptation médicale en milieu hospitalier ; sinon, le tarif de la prise en charge des coûts dans les EMS est applicable (art. 49 al. 4 LAMal).

En outre, ces règles de financement s'appliquent à tous les hôpitaux répertoriés – à savoir les organismes publics et privés qui figurent sur la liste du canton concerné¹¹¹⁸. Cela signifie que, au niveau des financements des prestations au titre des mandats de prestations selon la LAMal, les

¹¹¹⁴ TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 4 ; OFSP, Commentaire OAMal-2009, p. 4 ; CF, Rapport planification 2013, p. 13 ; DONATSCH, Spitalfinanzierung, N 8.

¹¹¹⁵ OFSP, Commentaire OAMal-2009, p. 5 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 57 s.

¹¹¹⁶ Cf. art. 49 al. 8 LAMal. Cf. ERLANGER, Spitalfinanzierung, p. 3 et 33 s.

¹¹¹⁷ EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 49, N 3 ; STRÜWE, Spitalfinanzierung, p. 27. Cf. Mess-rév.LAMal-2007, p. 5234 ; ERLANGER, Spitalfinanzierung, p. 33 ; OFSP, Commentaire OAMal-2009, p. 10. Nous détaillons ce point dans l'analyse du système choisi (Quatrième Partie, Chap. 8, spécialement section B.b.).

¹¹¹⁸ TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 4 ; WIDMER, Sozialversicherung, p. 211 ; DONATSCH, Spitalfinanzierung, N 10.

hôpitaux publics et privés sont mis sur un pied d'égalité¹¹¹⁹ et sont indemnisés aux mêmes conditions¹¹²⁰, et ce tant pour les patients au bénéfice d'une assurance de base que pour ceux assurés en privé¹¹²¹. En revanche, les forfaits ne tiennent pas compte d'éventuels subventionnements étatiques (cantonaux ou communaux) supplémentaires¹¹²².

(ii) SwissDRG SA

L'art. 49 LAMal s'applique pour le traitement stationnaire en hôpital (soins somatiques aigus, réhabilitation stationnaire et psychiatrie stationnaire). La loi n'exige cependant pas que ces domaines soient régis par la même structure tarifaire.

Les partenaires tarifaires ont institué conjointement avec les cantons, et conformément à l'art. 49 al. 2 LAMal, une organisation – institution commune des prestataires, assureurs et cantons¹¹²³ – appelée SwissDRG SA¹¹²⁴. Elle est compétente pour l'élaboration, le développement, l'adaptation et la maintenance des structures tarifaires. Elle a développé plusieurs structures différentes. La structure tarifaire SwissDRG s'applique dans le domaine des soins somatiques aigus. Nous la présentons à présent. Pour les domaines de la psychiatrie et de la réadaptation, un délai plus long avait été prévu pour l'adoption de la structure tarifaire uniforme¹¹²⁵. Le Conseil fédéral a approuvé l'introduction de TARPSY au 1^{er} janvier 2018 (domaine de la psychiatrie). Il s'agit d'une structure tarifaire qui prévoit des forfaits journaliers liés aux prestations. Le tarif ST Reha est en cours d'élaboration (domaine de la réadaptation).

¹¹¹⁹ TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 4. Cf. Mess-rév.LAMal-2007, p. 5236 ; DO CANTO/POLEDNA, Gesundheitswesen, N 82 ; STRÜWE, Spitalfinanzierung, p. 27 ; WIDMER, Sozialversicherung, p. 211 ; ERLANGER, Spitalfinanzierung, p. 9.

¹¹²⁰ TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 4 ; KIESER, Spitalliste, p. 67 ; Mess-rév.LAMal-2007, p. 5232 s. ; WIDMER, Sozialversicherung, p. 211.

¹¹²¹ Mess-rév.LAMal-2007, p. 5223 ; STRÜWE, Spitalfinanzierung, p. 27.

¹¹²² TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 4.

¹¹²³ OFSP, SwissDRG <
<http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/06492/12987/index.html?lang=fr>>.

¹¹²⁴ A son propos, BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 185 ss.

¹¹²⁵ BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 162.

(iii) La structure tarifaire SwissDRG

La structure pour le domaine des soins aigus est appelée Swiss Diagnosis Related Groups « SwissDRG »¹¹²⁶. De par la LAMal, son élaboration et ses adaptations sont soumises au Conseil fédéral pour approbation¹¹²⁷. La version des SwissDRG 7.0, actuellement en vigueur¹¹²⁸, représente le système choisi pour répondre aux exigences fixées par la LAMal et par l'OCP¹¹²⁹.

Le système est fondé sur des groupes de cas, c'est-à-dire des DRG, principalement basés sur des critères médicaux et formés de la manière la plus homogène possible¹¹³⁰. Le système DRG suisse comprend environ 1'000 groupes de cas (ou DRG) et vaut pour toute la Suisse. Pour chaque groupe de cas, un catalogue (Catalogue des forfaits) arrête les paramètres de facturation, notamment le poids relatif de coûts (*cost-weight*, CW) et la durée moyenne du séjour hospitalier¹¹³¹. Le poids relatif de coûts indique les coûts moyens du traitement hospitalier correspondant¹¹³². Il est de 1,0

¹¹²⁶ La structure est fortement inspirée du système DRG allemand. L'instrument des DRG en tant que tel a cependant été développé par les Etats-Unis. Cf. WILD et al., *Einleitung*, p. 7 ; ERLANGER, *Spitalfinanzierung*, p. 9 et 16 s. ; BRUMANN, *Tarif- und Tarifverträge*, p. 163. Pour un examen détaillé des fondements des DRG, MALK/KAMPMANN, *Grundlagen*, p. 17 ss.

¹¹²⁷ Art. 49 al. 2 LAMal, 59d OAMal. Cf. BRUMANN, *Tarif- und Tarifverträge*, p. 190 s. Notons que si les partenaires ne s'étaient pas entendus, le Conseil fédéral aurait pu fixer la structure tarifaire.

¹¹²⁸ SwissDRG SA, *Système SwissDRG 7.0/2018* <<http://www.swissdr.org/fr/somatique-aigue/systeme-Swissdr-70/catalogue-des-forfaits-par-cas>>.

¹¹²⁹ Cf. spécialement art. 2 al. 2 OCP.

¹¹³⁰ La classification se fait selon le diagnostic principal et secondaire, le traitement, l'âge et le sexe du patient. HOLZER, *DwissDRG*, p. 1079 s. ; SWISSDRG, *Forfaits*, p. 2 et 5 ; WILD et al., *Einleitung*, p. 7 ; TREMP, *Spitaltarife*, N 6 ; BRUMANN, *Tarif- und Tarifverträge*, p. 169 s. Cf. également MALK/KAMPMANN, *Grundlagen*, p. 17 pour des précisions sur la formation des DRG.

¹¹³¹ HOLZER, *SwissDRG*, p. 1079 s. ; SWISSDRG, *Forfaits*, p. 2 et 5 ; TREMP, *Spitaltarife*, N 6.

¹¹³² Il s'agit de la hauteur de la pondération des coûts de chaque forfait par cas SwissDRG. Il est recalculé chaque année sur la base des coûts effectifs des hôpitaux. Cf. HOLZER, *SwissDRG*, p. 1079 s. ; SWISSDRG, *Forfaits*, p. 2 et 5 ; TREMP, *Spitaltarife*, N 6.

lorsqu'il correspond à un degré de gravité moyen¹¹³³. Concrètement, le CW s'obtient en divisant le coût moyen des hospitalisations d'un cas DRG par le coût moyen de toutes les hospitalisations¹¹³⁴. L'indication de la durée d'hospitalisation correspond à une durée moyenne de séjour. Elle est également calculée pour chaque DRG¹¹³⁵.

La structure tarifaire est approuvée par le Conseil fédéral, conformément à l'art. 49 al. 2 LAMal.

(iv) La convention tarifaire sur la valeur du point

Parallèlement à cela, les fournisseurs de prestations et les assureurs-maladie fixent par convention¹¹³⁶ le prix de base (*baserate*, BR), c'est-à-dire le montant à verser pour un DRG dont le poids relatif (CW) est de 1,0 (p. ex. 10'000.- pour un CW de 1,0). On parle à cet égard du prix négocié de la valeur du point. Ce dernier peut donc varier selon les types d'assurances¹¹³⁷.

Il s'agit de conventions tarifaires au sens de la LAMal¹¹³⁸. Celles-ci doivent être approuvées par le gouvernement cantonal ou, faute d'accord, fixé par lui, conformément aux art. 46 al. 4 et 47 al. 1 LAMal.

¹¹³³ Il est inférieur si le degré de gravité est moindre (ex. 0,654 est un cas moins lourd sur le plan économique) et supérieur en cas de gravité plus importante (ex. 7,250 pour un cas plus lourd sur le plan économique).

¹¹³⁴ HOLZER, SwissDRG, p. 1080.

¹¹³⁵ HOLZER, DwisDRG, p. 1080 ; MALK/KAMPMANN, Grundlagen, p. 22. Cf. partiellement WILD et al., Einleitung, p. 7. Cela pousse les hôpitaux à essayer de réduire le temps d'hospitalisation puisqu'ils reçoivent un forfait, peu importe la durée réelle de l'hospitalisation. En revanche, l'hospitalisation ne doit pas être trop courte : un réhospitalisation qui intervient dans un certain délai ne donne pas droit à un nouveau forfait. Cf. SWISSDRG, Forfaits, p. 6 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 164. A propos d'une approche générale de l'influence d'un système DRG sur les soins SPIRIG et al., Pflege, p. 17 ss.

¹¹³⁶ Cela signifie que tout assureur doit fixer un prix de base avec tous les établissements se trouvant sur les listes des cantons dans lesquels leurs assurés sont domiciliés. Cf. TREMP, Spitaltarife, N 6. Sur la marge de manœuvre des parties, cf. N 10 ss. Les tarifs doivent en outre être validés par le gouvernement cantonal conformément à l'art. 46 al. 4 LAMal, cf. N 13 s.

¹¹³⁷ HOLZER, SwissDRG, p. 1079 s. Cf. TREMP, Spitaltarife, N 6.

¹¹³⁸ BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 165.

Les principes développés dans la partie générale s'appliquent (principes généraux de fixations des tarifs, recours, etc.) tant pour la fixation par les partenaires tarifaires que par l'autorités. L'art. 49 al. 1 dernière phrase précise que les tarifs hospitaliers sont déterminés en fonction de la rémunération des hôpitaux qui fournissent la prestation tarifée obligatoirement assurée, dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse. L'OCP précise certaines notion. La CDS a publié des recommandations sur l'examen de l'économicité¹¹³⁹. En outre, le TAF a rendu plusieurs arrêts précisant les notions générales et affinant le calcul du prix de base¹¹⁴⁰.

(v) Le calcul de la facture

A la sortie de l'hôpital de chaque patient, un DRG doit lui être attribué. Le diagnostic (principal et secondaire), et les procédures ayant généré des coûts ainsi que les autres données relatives au patient (sexe, âge, mode d'admission et de sortie, durée de séjour, etc.) sont saisis dans un programme informatique qui va générer le DRG grâce à un algorithme¹¹⁴¹. Pour déterminer précisément le montant qui peut être facturé pour ce patient déterminé, le montant de la facturation doit être calculé. Pour cela,

¹¹³⁹ CDS, Recommandations sur l'examen de l'économicité : Détermination des hôpitaux efficients d'après l'art. 49 al. 1 LAMal, approuvées par le Comité directeur de la CDS le 25 juin 2015.

¹¹⁴⁰ Le tarif n'a pas à correspondre aux coûts effectifs car aucun principe de rémunération des coûts ne s'applique. Le principe de la rémunération des coûts n'est donc légalement plus applicable (ATAF 2014/3, c. 2.8.5 ; TAF, arrêt C-108/2015 du 2 novembre 2017, c. 8.1). Le TAF a établi que les gains d'efficience des hôpitaux (ayant une valeur de base inférieure au benchmark déterminé selon la LAMal) ne sont pas contraires à la loi (ATAF 2014/3, c. 2.9.4.4 et 2.9.5 ; TAF, arrêt C-108/2015 du 2 novembre 2017, c. 8.1). Selon l'art. 49 al. 1, 5^{ème} phrase LAMal, les tarifs hospitaliers sont déterminés en fonction de la rémunération des hôpitaux qui fournissent la prestation tarifée obligatoirement assurée, dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse. Un tel tarif doit être déterminé sur la base d'une comparaison avec d'autres hôpitaux qui fournissent la prestation tarifée obligatoirement assurées dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse. Pour la détermination et le choix des hôpitaux, une comparaison de coûts par cas entre hôpitaux est nécessaire (ATAF 2014/36, c. 3.6 et 3.7). La comparaison peut avoir lieu entre hôpitaux, indépendamment de leurs types et catégorie (ATAF 2014/36, c. 3.8 ; TAF, arrêt C-108/2015 du 2 novembre 2017, c. 8.3). Les conditions idéales d'une comparabilité des coûts ont été précisées (ATAF 2014/36, c. 4 et 5).

¹¹⁴¹ A ce propos, cf. MALK/KAMPMANN, Grundlagen, p. 17 ss.

il faut multiplier le poids relatif de coûts (tel qui ressort du programme) par le prix de base (tel que négocié entre l'hôpital et l'assurance, ou arrêté par l'autorité cantonale). On obtient le forfait par cas lié aux prestations¹¹⁴².

La facture est établie. La prise en charge par la LAMal et par le canton concerne également les assurés au bénéfice d'une assurance complémentaire. En revanche, les coûts supplémentaires pris en charge par l'assurance complémentaire sont facturés en plus¹¹⁴³.

(vi) Remarques

Le système choisi appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, ce système DRG rémunère l'établissement des prestations fournies lors d'un séjour hospitalier par des forfaits par pathologie. Cela signifie que les frais hospitaliers, les soins infirmiers, les examens paracliniques (labo, radio ou physio par exemple), les interventions au bloc opératoire et les honoraires des médecins sont inclus. On constate ensuite que les hôpitaux reçoivent un montant fixe pour chaque traitement stationnaire. Celui-ci est fondé sur les dépenses moyennes d'un traitement. La durée du traitement n'entre pas en ligne de compte. On passe donc d'un financement de l'objet à un financement du sujet¹¹⁴⁴, ce qui a pour but d'inciter les hôpitaux à fournir des traitements plus économiques¹¹⁴⁵. Finalement, rappelons que ce système n'est applicable qu'aux établissements figurant sur la liste du canton et fournissant des prestations remboursées.

¹¹⁴² HOLZER, SwissDRG, p. 1079 s. Pour un exposé succinct, cf. SWISSDRG, Forfaits, p. 5 ; TREMP, Spitaltarife, N 6.

¹¹⁴³ BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 170 s. Divers systèmes sont envisageables pour la facturation complémentaire (forfait journalier, DRG avec une autre valeur du point, p. ex.). Il peut y avoir une facturation distincte ou une seule facturation, la différence d'avec un DRG sans prestations complémentaires est à la charge de l'assurance complémentaire. RÜTSCH, Aufsicht, N 34 ss. Sur la conformité de ces méthodes avec la protection tarifaire, RÜTSCH, Aufsicht, N 37 ss. Sur l'ancien régime déjà, ATF 127 V 442.

¹¹⁴⁴ STRÜWE, Spitalfinanzierung, p. 27 ; ERLANGER, Spitalfinanzierung, p. 16 ; TREMP, Spitaltarife, N 4 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 165. Avec un financement de l'objet, l'hôpital est financé. Avec un financement du sujet, les prestations de l'hôpital sont financées.

¹¹⁴⁵ STRÜWE, Spitalfinanzierung, p. 27.

b. La prise en charge des coûts et le débiteur de la rémunération

Selon le système choisi, les coûts d'une hospitalisation – qui correspondent aux exigences de la LAMal – sont à la charge des cantons et assureurs-maladie, conjointement. L'art. 49a al. 2 LAMal prévoit que les cantons rémunèrent les prestations hospitalières à hauteur de 55% au moins, l'assureur-maladie prend en charge le reste, à savoir un maximum de 45%. Le taux exact est fixé par le canton, en principe pour chaque année civile. Le législateur a donc opté pour un financement dual-fixe¹¹⁴⁶.

Notons, d'une part, que la révision de 2007 n'a pas modifié le principe de la répartition des coûts selon un système dualiste. Un passage à un financement moniste des hôpitaux (à savoir le financement du fournisseur de prestations par un seul agent payeur, comme c'est le cas dans le secteur des soins ambulatoires) n'a pas été jugé souhaitable¹¹⁴⁷. D'autre part, la distinction entre hôpitaux publics et privés étant abandonnée, les conditions-cadre s'appliquent tant pour les hôpitaux publics que privés¹¹⁴⁸. Les cantons participent à la rémunération d'un séjour passé dans un hôpital privé et les assurances contribuent aux coûts de l'infrastructure d'hôpitaux publics¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁶ OFSP, Evaluation, p. 3 ; TREMP, Spitaltarife, N 7. Cf. aussi DUMOULIN, Hôpitaux, p. 205.

¹¹⁴⁷ OFSP, Financement moniste des hôpitaux : <http://www.bag.admin.ch/qualitaet_und_wirtschaftlichkeit/04567/04575/04581/index.html?lang=fr>. A propos du financement moniste, cf. LEU, Financement hospitalier moniste, Santé suisse <<https://www.santesuisse.ch/datasheets/files/200209181512560.pdf>>. Voir également, LEU, Financement hospitalier moniste, Résumé, 19 février 2004. La Comco avis rendu un préavis en faveur d'un système de financement moniste, Comco, DPC 2004/3, p. 852, *Teilrevisionen in der Krankenversicherung*, p. 852 ss. Celui-ci permettrait de renforcer la concurrence entre établissements hospitaliers et assureurs (qui peuvent prévoir des produits différenciés) et permettrait la garantie du principe de la neutralité de l'Etat (les cantons ne financeraient plus leurs propres établissements qu'ils choisissent en outre d'accepter sur la liste hospitalière).

¹¹⁴⁸ OFSP, Rémunération, p. 3 ; ATF 138 II 398, c. 2, RDAF 2013 I 549 ; STRÜWE, Spitalfinanzierung, p. 27 ; TREMP, Spitaltarife, N 7.

¹¹⁴⁹ WIDMER, Sozialversicherung, p. 211.

La LAMal prévoit aussi des limites au montant pris en charge et le libre choix de l'hôpital est en pratique limité par des règles de financement. Dans le cas où un patient se fait traiter hors de son canton de résidence, les frais sont remboursés jusqu'à concurrence du tarif applicable dans le canton de résidence de la personne soignée (art. 41 al. 1^{bis} LAMal). La répartition des coûts se fait conformément à l'art. 49a LAMal. Le reste des coûts est à la charge de l'assuré ou de son éventuelle assurance complémentaire¹¹⁵⁰. L'art. 41 al. 3 et 3^{bis} prévoient cependant une exception : le traitement hospitalier fourni dans un hôpital non répertorié du canton de résidence pour raison médicale¹¹⁵¹ sera pris en charge par l'AOS, selon l'art. 49a LAMal.

Dans tous les autres cas, le séjour dans un hôpital non répertorié n'ouvre droit à aucun remboursement de l'assureur-maladie social¹¹⁵².

c. Synthèse

Les prestations hospitalières en soins somatiques aigus fournies par des établissements figurant dans la planification hospitalière sont remboursées par les cantons et par les assureurs-maladie, sur la base de forfaits fondés sur des groupes de cas : les SwissDRG. Le calcul du montant final qui sera versé à l'établissement est complexe. Il se base, d'une part, sur « le poids relatif des coûts » qu'engendre un certain cas, fixé de manière uniforme pour toute la Suisse. Il se fonde, d'autre part, sur un « prix de base », négocié entre assureurs et fournisseurs de prestations. La rémunération finale résulte de la multiplication de ces deux indices. Le législateur a ainsi opté pour un système de planification étatique relativement stricte dans lequel peu de liberté est laissée quant à la fixation du tarif, à savoir finalement, le prix qui sera payé à un hôpital pour le traitement stationnaire qu'il a fourni au patient.

¹¹⁵⁰ Le TAF a précisé qu'il s'agit du tarif applicable pour le traitement dans un hôpital répertorié du canton de résidence. Le gouvernement cantonal doit fixer le tarif applicable aux hospitalisations extra-cantonales. Si ce tarif est supérieur, la différence est à la charge du patient ou de son assurance complémentaire. (ATAF 2013/7, c. 2.4 et 2.5 ;TAF, arrêt C-1518/2016 du 2 novembre 2017, c. 5.3).

¹¹⁵¹ Les raisons médicales sont précisées à l'art. 41 al. 3^{bis} LAMal. Cf. à propos de la situation sous l'ancien et le nouveau droit, BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 32 s.

¹¹⁵² ATF 138 II 398, c. 3.8.1, RDAF 2013 I 549, ATF 133 V 579, c. 3.3 (n.t.). Cf. aussi BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 33 s.

B. Les traitements ambulatoires et Tarmed

a. En général

La LAMal prévoit que si les partenaires tarifaires optent pour un tarif à la prestation, celui-ci doit alors se fonder sur une structure tarifaire uniforme (art. 43 al. 5 LAMal). Un tarif à la prestation est un tarif dans lequel est arrêté, pour chaque prestation prise en charge, un certain nombre de points. La valeur du point est ensuite établie. Pour obtenir le prix d'une prestation, il faut multiplier son nombre de points par la valeur du point (cf. art. 43 al. 2 let. b LAMal). Dans le domaine du traitement médical ambulatoire, les partenaires tarifaires ont arrêté un tel tarif à la prestation¹¹⁵³, le Tarmed, qui a été introduit, tel qu'on le connaît aujourd'hui¹¹⁵⁴, en 2003 pour le domaine de la LAA, de la LAM et de la LAI¹¹⁵⁵, puis en 2004, pour le domaine de la LAMal¹¹⁵⁶. Ainsi, en lien avec la délimitation de notre étude, Tarmed s'applique aux prestations ambulatoires prises en charge par la LAMal, fournies par des médecins qui peuvent prester à charge de l'AOS, que ce soit en hôpital¹¹⁵⁷, dans un cabinet médical, dans un centre ambulatoire ou dans une clinique¹¹⁵⁸. Il constitue une version évoluée du tarif GRAT/Tarmed¹¹⁵⁹. De plus, les principes généraux développés ci-avant concernant la fixation générale des tarifs relevant de la LAMal s'appliquent.

¹¹⁵³ BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 145.

¹¹⁵⁴ Pour un aperçu des prémisses, cf. GROUPE DE TRAVAIL TARMED FMH, Tarmed, p. 1315 ; BÜHRER, Tarif, p. 148 ; BRUNNER, Historique, p. 532 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 145 s.

¹¹⁵⁵ Cf. art. 56 LAA, 26 LAM, 24 LAI ; KUHN, Conventions, p. 899 s. Nous n'entrons pas dans les détails liés aux particularités de ces assurances dans la mesure où notre étude se limite au domaine de l'assurance-maladie.

¹¹⁵⁶ BÜHRER, Tarif, p. 148, 160, et 166 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 145.

¹¹⁵⁷ Pour un exemple de la fixation du point Tarmed pour les hôpitaux, TAF, arrêt 3175/2013 du 13 juin 2017, c. 7.1.

¹¹⁵⁸ Voir MÜLLER IMBODEN, Tarmed, p. 907 ; BÜHRER, Tarif, p. 148 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 145.

¹¹⁵⁹ Le GRAT/Tarmed avait été adopté en 1994 pour les domaines AA/AM/AI puis étendu en 1996 à la LAMal.

b. La structure tarifaire

(i) Généralités

Tarmed se fonde sur une structure tarifaire dans laquelle une liste de prestations est arrêtée et un nombre de points est attribué pour chacune d'elles. Comme l'exige la LAMal, il s'agit d'une structure tarifaire nationale uniforme fixée par convention sur le plan suisse¹¹⁶⁰. Ce système a été développé au sein de Tarmed Suisse, une société simple ayant pour objectif de maintenir et développer la structure tarifaire¹¹⁶¹. Celle-ci a été dissoute en 2015, les prestataires et assureurs ne s'étant pas mis d'accord sur la révision de la structure¹¹⁶². Des discussions sont en cours pour réformer le système actuel.

La structure tarifaire est ensuite introduite et mise en application par les conventions-cadre passées entre les différents partenaires tarifaires, à savoir la FMH (fédération des médecins), H+ (fédération des hôpitaux), santésuisse (fédération des assureurs-maladie) ainsi que les autres assureurs sociaux fédéraux, à savoir l'assurance-accidents (CTM), l'assurance-militaire, et l'assurance-invalidité¹¹⁶³. Quant à la LAMal, deux conventions-cadre Tarmed règlent en particulier l'introduction et l'application de l'ouvrage tarifaire national et le remboursement des prestations fournies en ambulatoire aux médecins et hôpitaux dans le cadre de l'AOS (LAMal)¹¹⁶⁴. Ces conventions sont similaires à celles valant pour

¹¹⁶⁰ Art. 43 al. 5 LAMal.

¹¹⁶¹ Cf. site internet de Tarmed Suisse. Cf. aussi KIESER, Tarif, p. 19.

¹¹⁶² Lettre d'information de la Fédération des hôpitaux vaudois, no 32, décembre 2016.

¹¹⁶³ Convention-cadre TARMED entre santésuisse et la Fédération des médecins suisses ; Convention-cadre TARMED entre santésuisse et H+ ; Convention-cadre ente les assureurs selon la loi sur fédérale sur les accidents représentés par la Commission des tarifs médicaux LAA (CTM), l'Office fédéral de l'assurance militaire (OFAM), l'Assurance-invalidité AI représentée par l'Office fédéral des assurances sociales et H+ ; Convention tarifaire TARMED ente les assureurs selon la loi sur fédérale sur les accidents représentés par la Commission des tarifs médicaux LAA (CTM), l'Office fédéral de l'assurance militaire (OFAM), l'Assurance-invalidité AI représentée par l'Office fédéral des assurances sociales et la FMH. Ces conventions peuvent être télé-chargées sur internet.

¹¹⁶⁴ Convention-cadre TARMED entre santésuisse et la Fédération des médecins suisses ; Convention-cadre TARMED entre santésuisse et H+. Pour des détails, BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 121 ss.

les domaines des assurances-accident, invalidité et militaire. Chaque convention-cadre décrit plus en détail son champ d'application¹¹⁶⁵. Une intervention subsidiaire des autorités n'a pas été nécessaire (cf. art. 43 al. 5, 2^{ème} phrase LAMal).

Souignons qu'auparavant, tant la structure que la valeur du point étaient, la plupart du temps, arrêtées au niveau cantonal. Avec Tarmed, une uniformisation de la structure au niveau suisse a été mise en place¹¹⁶⁶. En effet, il n'apparaissait pas idéal que des actes médicaux (p. ex. une radiographie, la pose d'un pansement) aient une valeur abstraite (nombre de points) différente, suivant que l'acte ait été accompli dans un canton ou dans un autre¹¹⁶⁷.

Dans le catalogue Tarmed, plus de 4'500 positions – soit la quasi-totalité des prestations médicales et paramédicales qui sont fournies dans le domaine hospitalier ambulatoire ou en cabinet médical – ont été arrêtées¹¹⁶⁸. On parle, à cet égard de la « nomenclature », à savoir l'énumération des prestations¹¹⁶⁹. Elles sont classées dans 39 chapitres différents, selon le domaine. La plupart des prestations sont indemnisées par minute, il y a donc également une composante de durée¹¹⁷⁰. Par exemple, le temps de consultation est divisé en tranche de 5 minutes. Ce catalogue peut être consulté sur internet (*Tarmed browser*)¹¹⁷¹.

Pour chaque prestation, un nombre de points tarifaire est attribué. Cela permet de déterminer la valeur abstraite de chaque prestation et la relation entre les valeurs des prestations¹¹⁷². La structure tarifaire Tarmed se base sur une pleine prise en compte des coûts¹¹⁷³.

¹¹⁶⁵ Il y est notamment précisé quels médecins ou quels hôpitaux sont concernés. Cf. BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 146 s.

¹¹⁶⁶ Art. 43 al. 5 LAMal ; Mess-LAMal, p. 155 ; BÜHRER, Tarif, p. 168.

¹¹⁶⁷ Mess-LAMal, p. 155. Cf. KUHN, Conventions, p. 900 s., pour des considérations historiques.

¹¹⁶⁸ BÜHRER, Tarif, p. 160 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 146 et 152.

¹¹⁶⁹ MÜLLER IMBODEN, Tarmed, p. 907 ; BÜHRER, Tarif, p. 160.

¹¹⁷⁰ Cf. GROUPE DE TRAVAIL TARMED FMH, Tarmed, p. 1315 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 145 et 153 ; GÄCHTER/VOLLENWEIDER, Gesundheitsrecht, § 8 N 801.

¹¹⁷¹ <<http://www.tarmed-browser.ch/fr>>

¹¹⁷² Mess-LAMal, p. 155 ; TAF, arrêt 3175/2013 du 13 juin 2017, c. 7.2 ; MÜLLER IMBODEN, Tarmed, p. 907 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 153.

¹¹⁷³ TAF, arrêt C-2422/2014, du 9 janvier 2017, c. 6.7.4.

Plus précisément, pour chaque prestation, on distingue deux éléments auxquels on attribue une valeur respective¹¹⁷⁴. La première est la prestation médicale (PM) ou composante médicale (CM). Elle permet la prise en compte des prestations médicales¹¹⁷⁵. La seconde est la prestation technique (PT) ou composante technique (CT). Elle vise à indemniser le personnel non médical et les prestations en nature, en particulier l'infrastructure¹¹⁷⁶.

Par exemple, la position la plus utilisée est la no. 00.0010 : « Consultation, première période de 5 minutes (consultation de base) ». Sa PM est de 10,42 pts et sa PT de 8.19 pts. En réalité, ces deux valeurs peuvent être additionnées, car elles ont la même unité, à savoir le franc suisse par point¹¹⁷⁷. En additionnant les deux, on obtient le total des points tarifaires pour cette prestation.

Le tarif ne comprend pas la rémunération des analyses, des médicaments, des moyens et des appareils diagnostiques ou thérapeutiques¹¹⁷⁸. La structure contient en outre d'autres paramètres que nous ne développerons pas (p. ex. la notion de valeur intrinsèque¹¹⁷⁹).

(ii) L'approbation de la structure tarifaire

Aucune disposition spéciale ne traite en particulier de l'approbation de la structure tarifaire dans le domaine des soins ambulatoires pour le cas d'un tarif à la prestation. En revanche, l'art. 46 al. 4 LAMal prévoit d'une manière générale que les conventions tarifaires doivent être approuvées par

¹¹⁷⁴ Contrôle fédéral des finances, Tarmed, p. 5 s. ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 153, 160, 168 et 152 ; BÜHRER, Tarif, p. 160 et 168. Cf. aussi RAMA 2004 502. Pour un aperçu des prémisses, cf. GROUPE DE TRAVAIL TARMED FMH, Tarmed, p. 1315. Voir aussi BÜHRER, Tarif, p. 151 ss, 158.

¹¹⁷⁵ L'assistance médicale est comprise. En revanche, les prestations d'anesthésie sont facturées séparément.

¹¹⁷⁶ Est comprise tant l'infrastructure mobilière qu'immobilière : coût de la surface, local, coût de l'équipement, coût en matériel. Cela couvre tant l'investissement que l'amortissement, la maintenance, les intérêts du capital propre et les pertes sur débiteurs. TAF, arrêt C-2422/2014, du 9 janvier 2017, c. 6.7.4 ; TAF, arrêt C-4308/2007 du 13 janvier 2010, c. 4.3.1.

¹¹⁷⁷ BÜHRER, Tarif, p. 168.

¹¹⁷⁸ BÜHRER, Tarif, p. 148 et 152.

¹¹⁷⁹ A ce propos, voir BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 153 ss. Cf. Annexe 3, Convention-cadre santésuisse/H+ ; Annexe 3 convention-cadre santésuisse/FMH.

le Conseil fédéral, si la convention tarifaire s'applique à toute la Suisse. A ce propos, la doctrine ne s'accorde pas sur le fait de savoir si la structure tarifaire Tarmed doit être considérée comme une convention tarifaire ou si elle ne doit pas impérativement, de par la loi, être approuvée par lui¹¹⁸⁰. Toutefois, même si on admet que la loi ne l'exige pas expressément, il est d'usage que le Conseil fédéral l'approuve¹¹⁸¹. Ainsi, le Conseil fédéral a ratifié les conventions-cadre et ses annexes le 30 septembre 2002¹¹⁸² et a également approuvé les révisions de la structure¹¹⁸³. Aucun recours au Tribunal fédéral¹¹⁸⁴ ou au TAF¹¹⁸⁵ n'est ouvert contre cette décision.

(iii) La fixation subsidiaire par l'autorité

Une intervention subsidiaire des autorités (art. 43 al. 5, 2^{ème} phrase LAMal) pour fixer la structure tarifaire n'a initialement pas été nécessaire. En revanche, les partenaires tarifaires arrêtent une structure pour une certaine période à l'issue de laquelle elle est renégociée. La structure tarifaire est donc périodiquement retravaillée et développée¹¹⁸⁶, mais certaines difficultés de fond n'ont jamais pu être réglées¹¹⁸⁷. L'art. 43 al. 5^{bis} LAMal prévoit que le Conseil fédéral peut procéder à des adaptations de la structure lorsqu'elle s'avère inappropriée et que les parties ne peuvent s'entendre sur une révision¹¹⁸⁸. A deux reprises (2014 et 2018), les négoc-

¹¹⁸⁰ L'approbation est nécessaire de par la loi : BÜHRER, Tarif, p. 170 s. ; EUGSTER, Rechtsprechung art. 46 al. 4 N 10 et art. 43 N 16 ss. En ce sens aussi, art. 1 al. 3 des conventions-cadres santésuisse-FMH et santésuisse-H+. Cf. aussi. BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 82 et 148 ss spé. 149 et réf. *Contra* : MÜLLER IMBODEN, Tarmed, p. 907 s. ; KUHN, Conventions, p. 900 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 82 ; KIESER, Tarif, p. 50.

¹¹⁸¹ MÜLLER IMBODEN, Tarmed, p. 907 ; KUHN, Conventions, p. 900.

¹¹⁸² GUINCHARD, Adaptation, p. 2687 ; BÜHRER, Tarif, p. 171.

¹¹⁸³ Voir not. ATF 134 V 443 (fr).

¹¹⁸⁴ Art. 86 al. 1 et 113 LTF *a contrario*, 189 al. 4 Cst. ; ATF 134 V 443, c. 2 et 3 (fr).

¹¹⁸⁵ Art. 53 al. 1 LAMal *a contrario*. Cf. ATF 134 V 443, c. 3.2 (fr).

¹¹⁸⁶ BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 146.

¹¹⁸⁷ Les progrès médicaux et techniques n'ont pas été intégrés dans la structure ; certaines prestations techniques sont en revanche trop élevées. En outre, les différences de revenus entre les spécialités techniques et les médecins de premier recours ont augmenté de manière insatisfaisante.

¹¹⁸⁸ Cf. KIESER, Tarif, p. 19 ; BÜHRER, Tarif, p. 173 et 177 s.

ciations ont échoué et le Conseil fédéral a usé de sa compétence¹¹⁸⁹. Des discussions intenses ont actuellement lieu pour réformer Tarmed, mais les compromis semblent difficiles¹¹⁹⁰.

Le Conseil fédéral a également rendu un rapport, en lien avec la clause du besoin, et examiné entre autres alternatives la possibilité d'introduire un tarif différencié, voire à la prestation, pour le domaine ambulatoire¹¹⁹¹.

c. La valeur du point tarifaire

(i) Généralités

La deuxième étape consiste à déterminer la valeur du point tarifaire (VPT), ce qui implique l'évaluation monétaire des prestations¹¹⁹². La valeur du point est en pratique fixée au niveau cantonal¹¹⁹³. Plus précisément, les partenaires tarifaires, à savoir les sociétés cantonales de médecine, les associations cantonales d'établissements hospitaliers ou encore des établissements individuels ou organisés en groupe, d'une part, et santésuisse, souvent par le biais de Tarifsuisse SA, un assureur individuel ou un autre groupement d'assureurs, d'autre part, concluent des conventions d'adhésion spéciales. Les règles applicables entre les partenaires tarifaires et en particulier la valeur cantonale du point tarifaire y sont définies¹¹⁹⁴.

¹¹⁸⁹ Il a d'abord adopté l'ordonnance sur l'adaptation des structures tarifaires dans l'assurance-maladie qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2014, RS 832.102.5. Cf. à propos de l'ordonnance KIESER, Tarif, p. 19 ; BÜHRER, Tarif, p. 177 s. Il a ensuite modifié cette ordonnance. La nouvelle structure est entrée en vigueur en janvier 2018. RO 2017 6023. Cf. aussi, OFSP, Modification Tarmed 2018.

¹¹⁹⁰ OFSP, Adaptation du tarif médical Tarmed du 16 août 2017.

¹¹⁹¹ CF, Admission, p. 51 ss.

¹¹⁹² Pour le TF : Art. 86 al. 1 et 113 LTF *a contrario*, 189 al. 4 Cst. Pour le TAF : Art. 53 al. 1 LAMal *a contrario*. Cf. aussi, ATF 134 V 443, c. 3.2 (fr) ; MÜLLER IMBODEN, Tarmed, p. 907.

¹¹⁹³ P. ex. art. 9 al. 2 Convention-cadre TARMED entre santésuisse et H+. Mess-LAMal, p. 155 ; TAF, arrêt C-6229/2011, du 5 mai 2014, c. 9.2 ; MÜLLER IMBODEN, Tarmed, p. 907. En ce sens, BÜHRER, Tarif, p. 168 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 123. Cf. KUHN, Conventions, p. 900 pour des considérations historiques. Notons que rien n'oblige la fixation décentralisée.

¹¹⁹⁴ Art. 11 al. 2 Convention-cadre TARMED entre santésuisse et la Fédération des médecins suisses et annexe 2 ; Art. 9 al. 2 Convention-cadre TARMED entre santésuisse et H+ et Annexe 2 point A.1. Cf. aussi BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 123 s. et 147.

Les partenaires doivent se fonder sur l'Annexe 2 à la convention-cadre, qui a été conclue entre la FMH, H+ et santésuisse et qui est intitulée « Calcul des valeurs du point et gestion de la neutralité des coûts Tarmed (Convention relative à la neutralité des coûts) ».

Ce système permet une prise en compte des différences de coûts (salaires et prix) existant entre les régions¹¹⁹⁵. En pratique, les partenaires tarifaires arrêtent parfois des valeurs distinctes pour les prestations ambulatoires fournies en hôpital (parfois en distinguant hôpitaux publics et établissements privés) et pour celles fournies en cabinet. De plus, ils distinguent aussi si la prise en charge relève de la LAMal ou des autres assurances sociales. Ces valeurs sont négociées sur la base des coûts¹¹⁹⁶. Les valeurs du point sont en outre renégociées régulièrement¹¹⁹⁷.

(ii) L'approbation de la valeur du point

La convention qui arrête la valeur du point doit être approuvée par les autorités cantonales compétentes conformément à l'art. 46 al. 4 LAMal¹¹⁹⁸. L'autorité compétente veille à ce que les conventions tarifaires soient fixées d'après les règles applicables en économie d'entreprise et structurées de manière appropriée (art. 43 al. 4, 2^{ème} phrase LAMal). Elle vérifie que celles-ci soient conformes à la loi et à l'équité et qu'elle satisfassent au principe d'économie. Ce dernier point est précisé par l'art. 59c OAMal¹¹⁹⁹.

(iii) La fixation subsidiaire par une autorité

Si les partenaires tarifaires ne s'entendent pas, le canton fixe la valeur du point, conformément à l'art. 47 al. 1 LAMal. Les principes prévus par la LAMal s'appliquent¹²⁰⁰. De plus, lorsque les fournisseurs de prestations et

¹¹⁹⁵ Mess-LAMal, p. 155.

¹¹⁹⁶ WEIDMANN, Valeurs, p. 2685.

¹¹⁹⁷ BÜHRER, Tarif, p. 182 s.

¹¹⁹⁸ MÜLLER IMBODEN, Tarmed, p. 907 ; BÜHRER, Tarif, p. 171. Pour Tarmed, cf. p. ex. ATAF 2017 V/5, c. 8.4.

¹¹⁹⁹ Cf. p. ex. TAF, arrêt C-3157/2013 du 13 juin 2017, c. 8.4.1. L'examen de l'économicité, à savoir l'évaluation de la fourniture efficiente s'effectue sur la base d'aspects tels que le taux d'utilisation ainsi que des méthodes comme les comparaisons.

¹²⁰⁰ L'art. 43 al. 4, 2^{ème} phrase est applicable, TAF, arrêt C-2422/2014, du 9 janvier 2017, c. 6.8.1. Le gouvernement cantonal doit respecter les principes de l'art. 59c al. 1 OA-

les assureurs ne parviennent pas à s'entendre sur le renouvellement d'une convention tarifaire, le gouvernement cantonal peut la prolonger d'une année. Si aucune convention n'est conclue dans ce délai, il arrête le tarif après avoir consulté les intéressés¹²⁰¹.

Si aucun des partenaires ne s'entend, le gouvernement cantonal décide des valeurs applicables (souvent en distinguant les médecins et cliniques ayant adhéré à la convention-cadre et ceux n'y ayant pas adhéré)¹²⁰². Il se peut que certains partenaires tarifaires s'entendent, le gouvernement cantonal n'intervient que pour ceux qui ne sont liés par aucune convention¹²⁰³.

En pratique, puisque les partenaires tarifaires ont des intérêts très différents, voire opposés, le canton a dû souvent intervenir ; des recours ont ensuite été déposés¹²⁰⁴ auprès du TAF qui a rendu plusieurs arrêts¹²⁰⁵. Il a eu l'occasion de préciser le mode de calcul.

Mal. Le respect de la loi, de l'équité et du principe de l'économie (46 al. 4) est applicable par analogie. Cf. TAF, arrêt C-2422/2014, du 9 janvier 2017, c. 6.8.3 ; ATAF 2010/24, c.4.3. L'autorité doit rechercher et requérir les sources documentaires. TAF, arrêt C-2422/2014, du 9 janvier 2017, c. 6.8.3. Sur les principes, cf. *supra* Section VI du présent Chapitre et MÜLLER IMBODEN, Tarmed, p. 907.

¹²⁰¹ Art. 47 al. 3 LAMal. Pour un exemple, ATAF 2017 V/5, c. 8.2. Seule une convention approuvée peut être prolongée. Cf. aussi, TAF, arrêt 3175/2013 du 13 juin 2017, c. 8.2.

¹²⁰² Voir par exemple, TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, A.d qui mentionne le Règlement du Conseil d'Etat genevois du 28 juin 2006 (RTarmed – J 3 05.08) qui arrête la valeur du point Tarmed faute de convention entre partenaires tarifaires. Pour d'autres exemples, TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2014 ; TAF, arrêt C-2548/2008 du 18 novembre 2009.

¹²⁰³ Parmi d'autres, TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, c. A.a : Le Conseil d'Etat genevois arrête une valeur du point pour les médecins non conventionnés et les cliniques privées (Arrêté du Conseil d'Etat et de la République et canton de Genève du 17 décembre 2003 fixant la valeur du point pour les prestations médicales et ambulatoires à charge de l'assurance obligatoire des soins pratiquées par les médecins non conventionnés et les cliniques privées). Des conventions tarifaires ont été conclues entre certains partenaires tarifaires.

¹²⁰⁴ MÜLLER IMBODEN, Tarmed, p. 908.

¹²⁰⁵ Art. 53 al. 1 LAMal. Parmi d'autres, TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, c. 1.1 ; TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2014, c. 1.1 ; TAF, arrêt C-2548/2008 du 18 novembre 2009, c. 1.

d. La multiplication ou le calcul de la rémunération

Si l'on multiplie ensuite la valeur du point (exprimée en francs et centimes) arrêtée au niveau cantonal par le nombre de points attribué à une prestation, on obtient la valeur concrète de celle-ci, c'est-à-dire son prix¹²⁰⁶. Plus précisément, le calcul pour déterminer le prix d'une prestation est le suivant : $(PT \times VPT) + (PM \times VPT) = \text{Prix total d'une position de prestation}$. Lors d'une consultation en ambulatoire, plusieurs gestes, et donc plusieurs prestations, sont effectués. Chaque prestation est listée et son prix est établi. L'addition de chaque position donne la facture finale¹²⁰⁷.

e. La neutralité des coûts

L'adoption et la mise en œuvre du système Tarmed ont été sous-tendues par le principe de la neutralité des coûts. Selon celui-ci, le seul changement de structure ne doit pas conduire à une augmentation des coûts. Initialement, ce sont les partenaires tarifaires qui se sont engagés à respecter ce principe¹²⁰⁸. Cette phase a duré jusqu'en 2005¹²⁰⁹. Ce principe a ensuite été introduit dans l'OAMal à l'art. 59c al. 1 let. c LAMal en vue d'éventuels futurs changements de modèle tarifaire.

f. L'adhésion des médecins

Les fournisseurs de prestations – en l'espèce les médecins – qui souhaitent facturer leurs prestations ambulatoires dans le cadre de la LAMal doivent adhérer à la convention-cadre LAMal et signer la convention d'adhésion cantonale Tarmed LAMal. En effet, ce sont les associations/fédérations qui sont parties à la convention, mais celle-ci ne lie que

¹²⁰⁶ Mess-LAMal, p. 155 ; TAF, arrêt 3175/2013 du 13 juin 2017, c. 7.2 ; Contrôle fédéral des finances, Tarmed, p. 6 et Annexe 7 ; BÜHRER, Tarif, p. 181.

¹²⁰⁷ Pour des détails, BÜHRER, Tarif, p. 182.

¹²⁰⁸ Le Surveillant des prix a porté beaucoup d'importance à la neutralité des coûts lorsqu'il a rendu ces premières recommandations. Voir p. ex., Surveillant des prix 1999, DPC 1999/5, p. 753, *Rapport annuel*, p. 760 ss ; Surveillant des prix, DPC 2000/5, p. 823, *Rapport annuel*, p. 831 s. ; Surveillant des prix, DPC 2002/5, p. 855, *Rapport annuel*, p. 860 et 889.

¹²⁰⁹ KIESER, Tarif, p. 75 ; GUINCHARD, Adaptation, p. 2687 ; RÜTSCHKE, Spitalfinanzierung und Spitalplanung, p. 25 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 156.

ceux de leurs membres qui y adhèrent explicitement¹²¹⁰. Les médecins qui ne sont pas affiliés à la FMH ou à H+ peuvent également adhérer à la convention-cadre s'ils remplissent les conditions prévues¹²¹¹.

Si un médecin n'adhère pas à la convention, il est soumis à une valeur du point qui est fixée par le canton¹²¹².

g. La prise en charge des coûts et le débiteur de la rémunération

L'assureur prend en charge les coûts selon le tarif applicable au fournisseur de prestations choisi par l'assuré (art. 41 al. 1, 2^{ème} phrase LAMal)¹²¹³.

En revanche, dans le cas où l'assuré a limité son choix aux fournisseurs de prestations que l'assureur désigne en fonction de leurs prestations plus avantageuses, l'assureur ne prend en charge que les coûts des prestations prodiguées ou ordonnées par ces fournisseurs. Dans ce cas également, si, pour des raisons médicales, l'assuré se soumet à un traitement ambulatoire administré par un autre fournisseur de prestations, l'assureur prend en charge les coûts correspondants au tarif applicable à cet autre fournisseur¹²¹⁴.

Il faut ensuite déterminer qui est le débiteur direct de la rémunération. Dans le domaine ambulatoire, le système qui prévaut est celui du tiers garant ; l'assuré est le débiteur de la rémunération envers le fournisseur de prestations. Il a alors le droit de se faire rembourser par son assureur (art. 42 al. 1 LAMal). Les assureurs et fournisseurs de prestations peuvent toutefois convenir que le système du tiers payant s'applique. Dans ce cas,

¹²¹⁰ Art. 3 Convention-cadre TARMED entre santésuisse et la Fédération des médecins suisses ; Art. 3 Convention-cadre TARMED entre santésuisse et H+ ; Art. 43 al. 4 et 46 al. 2 LAMal ; MÜLLER IMBODEN, Tarmed, p. 907 s. ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 121 s.

¹²¹¹ Art. 5 Convention-cadre TARMED entre santésuisse et la Fédération des médecins suisses ; Art. 5 Convention-cadre TARMED entre santésuisse et H+.

¹²¹² Dans le canton de Genève, Règlement fixant la valeur du point pour les prestations médicales ambulatoires à charge de l'assurance obligatoire des soins (Rtarmed), J 3 05.08.

¹²¹³ Disposition en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2018, RO 2017 6717. A propos de l'ancien droit, BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 27 ss et 32 ss.

¹²¹⁴ Art. 41 al. 4 LAMal qui renvoie à l'art. 62 al. 1 et 3 LAMal. Cf. brièvement, KIESER, Tarif, p. 33.

l'assureur est le débiteur direct de la rémunération (art. 42 al. 2 LAMal)¹²¹⁵. Il peut réclamer à l'assuré la part que ce dernier doit assumer (franchise, quote-part). Contrairement au système qui prévaut pour les traitements fournis en stationnaire (SwissDRG), le canton ne participe pas au paiement d'une partie de la facture¹²¹⁶.

h. Synthèse

Le financement du traitement ambulatoire se fait par le biais du tarif Tarmed, arrêté au niveau fédéral, entre partenaires tarifaires concernés (assureur, médecins et hôpitaux). Il se fonde sur une structure tarifaire comprenant un catalogue de prestations. Une valeur relative est attribuée à toutes les prestations. Ensuite, la valeur du point est négociée au niveau des cantons.

Le système Tarmed est de plus en plus critiqué et les partenaires tarifaires peinent à se mettre d'accord lorsqu'ils révisent la structure. Le Conseil fédéral est intervenu. Il n'est pas impossible que l'on assiste, à moyen terme, à un changement de système.

¹²¹⁵ Art. 11 al. 1 Convention-cadre TARMED entre santésuisse et la Fédération des médecins suisse.

¹²¹⁶ Cf. art. 49a LAMal. Cf. BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 34.

Chapitre 4 : LE PRIX ET LES TARIFS DES PRESTATIONS PRISES EN CHARGE PAR L'ASSURANCE-MALADIE COMPLÉMENTAIRE

Le système de la fixation des prix des prestations dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire (qui relève de l'assurance privée) est l'objet du présent chapitre. Les prestations sont aussi généralement facturées sur la base de tarif ou de prix. Ceux-ci sont parfois le résultat de négociations entre acteurs du marché. Les règles ne se trouvent cependant pas dans la LAMal.

I. LA FIXATION PAR LE FOURNISSEUR DE PRESTATIONS

Usuellement, c'est le fournisseur de soins qui fixe le prix d'une prestation. Il établit un tarif qui devrait couvrir le prix (à savoir les coûts de la prestation déterminée librement), les frais, le coût du capital, la réassurance, ainsi qu'une marge. Par exemple, le tarif pour les soins dentaires, qui ne sont en général pas pris en charge par la LAMal, est arrêté par la Société suisse des médecins-dentistes¹²¹⁷.

II. L'INTERVENTION DES ASSUREURS COMPLÉMENTAIRES ET LES CONVENTIONS TARIFAIRES

Les assureurs complémentaires proposent des produits d'assurance et prennent en charge certaines prestations ou un ensemble de prestations, et ce de manière complète ou limitée, par exemple à hauteur d'un montant maximal ou sous réserve du respect de certaines conditions (p. ex. si une convention existe entre le fournisseur et l'assureur¹²¹⁸).

Prenons ici un extrait d'une police d'assurance. Le Groupe Mutuel propose, conjointement avec la caisse-maladie de la vallée d'Entremont – Orsière, une assurance qui a pour but de fournir aux assurés de cette région des prestations spécifiques en complément de l'assurance obligatoire

¹²¹⁷ SSO, Tarifs dentaires, <<https://www.sso.ch/fr/patients/droit/tarif-dentaire.html>>, consulté le 14.7.16.

¹²¹⁸ LANDOLT/WEBER, Privatversicherungsrecht, p. 95 s.

des soins selon la LAMal. Les conditions particulières de l'assurance prévoient notamment que « l'assureur prend en charge les coûts des traitements reconnus par la LAMal, les frais hôteliers de l'établissement hospitalier et les honoraires des médecins selon la convention passée avec l'assureur »¹²¹⁹. Elles prévoient aussi que « si un assuré est hospitalisé dans un établissement non répertorié au sens de l'art. 41 al. 1^{bis} LAMal ou un établissement avec lequel l'assureur n'a pas conclu d'accord tarifaire, il lui sera alloué, dans la limite de la division commune, un montant maximum, de 200.- par jour »¹²²⁰. Concernant les soins complémentaires, « le libre choix du lieu de traitement en Suisse en cas de traitement ambulatoire reconnu au sens de la LAMal, pour autant que le fournisseur de soins soit reconnu par l'assureur » est garanti¹²²¹. Elles prévoient en outre différentes prestations pour la prise en charge des frais liés aux médicaments, aux lunettes et verres de contact, aux vaccins ou encore aux traitements d'urgence dispensés à l'étranger¹²²².

Comme on le voit, la prise en charge est parfois liée à l'existence d'une convention conclue entre partenaires, à savoir le fournisseur de prestations – parfois organisé – et l'assureur complémentaire. Dans ce cadre, ceux-ci peuvent négocier les prix des prestations qu'ils prendront en charge avec les différents fournisseurs. Il n'existe cependant aucune obligation de négocier des conventions. Il y a seulement une possibilité de conclure des tarifs négociés. A cet égard, on parle de conventions LCA lorsque l'on est en présence d'un « accord relevant de l'assurance complémentaire négocié directement entre assureurs-maladie et fournisseurs sur une base privée »¹²²³.

¹²¹⁹ Groupe Mutuel, Conditions particulières de l'assurance complémentaire Global CMVEO, édition 1.6.2011, art. 3, point 1.3.a.

¹²²⁰ Groupe Mutuel, Conditions particulières de l'assurance complémentaire Global CMVEO, édition 1.6.2011, art. 3, point 3.b.

¹²²¹ Groupe Mutuel, Conditions particulières de l'assurance complémentaire Global CMVEO, édition 1.6.2011, art. 3 point 2.1.

¹²²² Cf. Groupe Mutuel, Conditions particulières de l'assurance complémentaire Global CMVEO, édition 01.06.2011.

¹²²³ Groupe Mutuel, le b.a-ba de l'assurance-maladie – Comment fonctionne le système de santé, Information Mars 2012, <http://www.groupemutuel.ch/content/gm/fr/accueil/personnes-privées/services_conseils/information.html>.

Ce domaine est particulier compte tenu de l'opacité qui règne en la matière. Peu d'ouvrages juridiques traitent de cette question¹²²⁴, et les conventions, qui relèvent du domaine privé, ne sont pas accessibles. On trouve toutefois trace de conventions dans les conditions générales et spéciales des assurances concernant divers produits d'assurance proposés par les entreprises¹²²⁵, ou directement sur leur site internet¹²²⁶ ainsi que dans la jurisprudence ou dans des décisions. Les tribunaux¹²²⁷ ou autorités – telle que la Comco – ont parfois eu à se pencher sur de telles conventions. Dans la décision « *Zusatversicherung Luzern* » de la Como – qui sera analysée plus en détail – étaient en cause des conventions tarifaires

¹²²⁴ Cf. BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 51.

¹²²⁵ P. ex. Groupe Mutuel, Conditions particulières de l'assurance complémentaire Global CMVEO, édition 01.06.2011, art. 3, point 1.3.a : « l'assureur prend en charge les coûts des traitements reconnus par la LAMal, les frais hôteliers de l'établissement hospitalier et les honoraires des médecins selon la convention passée avec l'assureur ». Pour d'autres exemples, cf. Visana, Conditions complémentaires de l'assurance-maladie complémentaire Visana Managed Care (LCA) Hôpital, 2016, p. 3 ; Helsana, Conditions supplémentaires d'assurance (CSA) – Assurance complémentaire d'hospitalisation HOSPITAL PLUS/CONFORT, édition du 1^{er} janvier 2016 ainsi que la liste « Hôpitaux sans division commune, demi-privée et privée reconnue dans l'assurance obligatoire des soins et les assurances complémentaires d'hospitalisation, état au 15.6.2016 disponible sur <<http://www.helsana.ch/fr/prives/assurances/assurance-complementaire/stationnaires/hospital-comfort/detail>>, consultée le 10.7.16 ; Helsana, Conditions supplémentaires d'assurance (CSA) – Assurance complémentaire des soins pour les prestations ambulatoires PRIMEO, édition du 1^{er} janvier 2014, point 2.2., ainsi que la Liste « PRIMEO : liste des établissements partenaires », état au 22.7.2015 disponible sur <<http://www.helsana.ch/fr/prives/assurances/assurance-complementaire/ambulatoires/primeo/detail>>, consultée le 7.7.16.

¹²²⁶ KPT/CPT, Hôpitaux sans conventions dans le domaine des assurances complémentaires, <<https://www.kpt.ch/fr/produkte/assurances-complementaires/Pages/spitaeler-ohne-tarifvertrag.aspx>>, consulté le 10.7.16.

¹²²⁷ Cf. p. ex. arrêt TF, 5P/450 2000 du 6 mars 2001, faits partie B ; TF, arrêt 5P_459/2000 du 6 mars 2001, faits partie B qui mentionne la prise en charge des « frais d'actes médicaux et paramédicaux nécessaires à l'assuré pendant son hospitalisation, à la condition toutefois que les traitements aient été dispensés par des fournisseurs de soins ayant passé convention à cet effet avec la caisse ou, à défaut, dont le nom figure dans une liste remise aux assurés au début de chaque année civile ».

conclues entre le canton et des assureurs et qui valaient pour les assurés qui disposent d'une assurance complémentaire hospitalière¹²²⁸.

Notons cependant que, parfois, la prise en charge d'un traitement par un fournisseur de prestation peut aussi se faire de manière unilatérale, par reconnaissance¹²²⁹.

III. LA RÉGLEMENTATION DES CONVENTIONS TARIFAIRES

Ni la LSA ni la LCA ne contiennent de règle concernant les conventions. De plus, il n'est pas possible d'appliquer les règles de la LAMal (art. 43 à 47 LAMal) dans ce contexte et celles-ci n'influencent pas la formation des tarifs dans l'assurance complémentaire¹²³⁰. Aucune compétence cantonale ne peut être déduite de la LAMal¹²³¹. Ces conventions relèvent du droit privé, les partenaires tarifaires sont en grande partie libres quant à l'organisation¹²³².

IV. LE CONTRÔLE DE LA FINMA

L'assurance-maladie complémentaire est – et ceci est une particularité – soumise à un contrôle préventif des produits¹²³³. En effet, la LSA précise que le plan d'exploitation soumis à approbation en vue d'obtenir l'agrément (art. 3 LSA) doit contenir, pour l'entreprise qui propose une assurance-maladie complémentaire de l'assurance-maladie de base, les

¹²²⁸ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 2. Cf. *infra* Cinquième Partie, Chap. 4.II.B.

¹²²⁹ P. ex. Helsana, Conditions supplémentaires d'assurance (CSA) – Assurance complémentaire d'hospitalisation HOSPITAL PLUS/CONFORT, édition du 1^{er} janvier 2016 ainsi que la liste « Hôpitaux sans division commune, demi-privée et privée reconnue dans l'assurance obligatoire des soins et les assurances complémentaires d'hospitalisation, état au 15.6.2016 disponible sur <<http://www.helsana.ch/fr/prives/assurances/assurance-complementaire/stationnaires/hospital-comfort/detail>>, consulté le 10.7.16.

¹²³⁰ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 39 ss.

¹²³¹ Comco, DPC 2006/3, p. 513 ss (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, N 41. En ce sens, cf. aussi BRUMANN, *Tarif- und Tarifstrukturverträge*, p. 51.

¹²³² BRUMANN, *Tarif- und Tarifstrukturverträge*, p. 51 ; RÜTSCH, *Aufischt*, N 32.

¹²³³ Pour les travaux préparatoires, Mess-LSA, p. 3391.

« tarifs » et les conditions générales appliqués en Suisse (art. 4 al. 2 let. r LSA). La FINMA donne donc son assentiment par le biais de l'agrément. Ensuite, les modifications des tarifs et conditions générales pour une assurance-maladie complémentaire doivent être approuvées par la FINMA avant leur réalisation (art. 5 al. 1 LSA qui renvoie à l'art. 4 al. 2 let. r LSA¹²³⁴). L'art. 38 LSA précise comment l'examen des tarifs soumis à approbation doit être mené¹²³⁵.

Il faut préciser que c'est le tarif de l'entreprise d'assurance privée ou de la caisse-maladie proposant une assurance-maladie complémentaire qui est soumis à surveillance. Ce « tarif » ne doit pas être confondu avec celui d'un fournisseur de prestations pour la rémunération de ses prestations. Ainsi, la surveillance ne concerne pas directement les conventions tarifaires conclues entre les fournisseurs de prestations et les assureurs. On vise donc en réalité la prime¹²³⁶.

V. REMARQUES ET SYNTHÈSE

Il n'est pas aisé de traiter des tarifs et conventions tarifaires qui relèvent de l'assurance-maladie complémentaire dans la mesure où aucune règle prévoyant le suivi d'une certaine démarche n'existe ; la liberté contractuelle prime. Les prix des prestations peuvent être décidés par son fournisseur ou être négociés avec les assureurs. Il n'existe cependant aucune obligation de négocier et encore moins de conclure des conventions tarifaires ou des conventions tarifaires collectives. Il n'y a pas de cadre légal directement prévu par les lois concernées. Or les conventions entre assureurs complémentaires et fournisseurs de prestations peuvent conduire à des accords sur les prix qui peuvent être questionnés au regard du droit de la concurrence. Ces interrogations sont également de mise lors de l'adoption de tarifs de branche.

¹²³⁴ Des exceptions sont toutefois prévues, pour les assurances collectives d'indemnités journalières par exemple. Cf. art. 123 de l'ordonnance sur la surveillance en relation avec l'art. 157 OS.

¹²³⁵ FINMA, Fiche d'information – La FINMA et l'assurance-maladie complémentaire, p. 2, <<https://www.finma.ch/fr/autorisation/assurances/nouvelle-autorisation/assurance-maladie/>>, consulté le 15.6.16.

¹²³⁶ En ce sens, RÜTSCHKE, Aufsicht, N 18.

Troisième Partie :

Le droit de la concurrence et les
tarifs des prestations

INTRODUCTION

Nous avons posé les jalons du sujet, indispensables à la suite de notre réflexion. Nous avons déterminé, dans une première partie, le champ d'application du droit de la concurrence. Nous avons ensuite présenté le secteur de la santé par acteurs. Nous nous sommes ensuite intéressée au mécanisme de fixation des prix des prestations de soins.

Nous entrons à présent dans la partie spéciale de notre étude, qui a pour but de faire le pont entre ces deux domaines et d'examiner précisément leur articulation. Nous y étudions la question de l'application du droit de la concurrence aux acteurs du secteur, à savoir les fournisseurs de soins, d'une part, et les assureurs, d'autre part. Plusieurs remarques s'imposent. Tout d'abord, nous avons choisi une présentation par acteurs à savoir principalement les fournisseurs de soins et les assureurs. Ensuite, ne pouvant analyser en détail le cadre légal régissant l'activité de tous les prestataires de soins, nous nous sommes concentrée sur l'activité des établissements hospitaliers et des médecins.

Un problème méthodologique nous est rapidement apparu. Où et comment traiter la question de la fixation du prix des prestations dans ce contexte ? En effet, dans l'assurance-maladie de base, mais parfois aussi dans l'assurance-maladie complémentaire, les tarifs sont établis par accords entre les fournisseurs de soins concernés et les assureurs. Ainsi, nous avons jugé nécessaire de traiter cette question dans une partie séparée, afin d'éviter les répétitions. Puisque la question du prix est centrale en droit de la concurrence, c'est cette question qui nous occupera en premier lieu. Dans la mesure où la fixation des tarifs LAMal se fonde sur des règles générales, il se justifie de commencer par l'analyse de celles-ci au regard du droit de la concurrence. Nous nous concentrerons ensuite sur l'analyse des dispositions spécifiques aux différents tarifs (soit ceux appliqués par les hôpitaux et par les médecins) dans les parties dédiées à ces acteurs. Lorsque cela s'avérera nécessaire, nous renverrons à la présente partie.

Dans cette lignée, c'est également dans cette première partie que nous examinons la qualification comme entreprises des différents acteurs (champ d'application personnel de la LCart). Nous y renverrons également dans la suite de ce travail.

La présente partie est divisée en cinq chapitres. L'application de la LCart aux tarifs des prestations prises en charge par la LAMal puis par l'assurance-maladie complémentaire est l'objet des chapitres 1 et 2. L'application de la LSPr aux tarifs des prestations prises en charge par la LAMal et par l'assurance-maladie complémentaire est l'objet des chapitres 3 et 4. Le chapitre 5 propose une analyse du système économique-juridique retenu par le législateur.

En revanche, les liens entre la liberté économique et la fixation des tarifs des prestations ainsi que les potentielles limites imposées par la LCD ne sont pas traités dans cette partie, mais seront reprises dans les parties 4 à 6 du présent ouvrage – c'est-à-dire directement dans le contexte des différents acteurs concernés. Ce choix se justifie par notre volonté d'éviter les répétitions.

Chapitre 1 : L'APPLICATION DE LA LCART À LA FIXATION DES TARIFS DES PRESTATIONS PRISES EN CHARGE SELON LA LAMAL

Nous nous concentrons sur les tarifs et sur le régime des conventions tarifaires. Les questions liées à ces thématiques sont pertinentes pour notre étude. En effet, par le biais de tarifs, le montant qui sera facturé pour les prestations de santé (à savoir des biens ou des services) est arrêté. Ces tarifs sont souvent fixés par des conventions (assureurs – fournisseurs de prestations). Cela signifie que l'on peut se trouver dans un cas d'accord en matière de concurrence. On peut aussi envisager une situation (d'abus) de position dominante quand les conventions sont négociées entre des groupes qui n'ont pas la même importance. Dans d'autres situations, c'est l'autorité qui fixe le tarif et la question d'une position dominante – et d'un abus – peut également se poser (II). Pour que le droit de la concurrence s'applique, il faudra encore vérifier que les entités arrêtant un tarif sont bien des entreprises (I) et que leurs effets se déploient en Suisse (III). Il faudra en outre s'assurer qu'aucune prescription réservée n'a été adoptée (IV).

I. LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL

Dans les décisions de la Comco ou dans les arrêts que nous avons étudiés, ce n'est presque jamais sur le point de déterminer si l'on est en présence d'une entreprise que l'on trouve de longs développements. Cela s'explique vraisemblablement par le fait que l'on retient une définition large de la notion d'entreprise, de sorte que la grande majorité des entités entrent dans la définition¹²³⁷. Les aspects développés concernent plutôt, lorsque ce point est délicat en l'espèce, l'existence ou l'absence de prescription réservée. Cette première remarque ne doit cependant pas influencer notre examen. En effet, les autorités ont parfois tendance, lorsqu'une prescription réservée existe, à commencer par l'étudier¹²³⁸. Son existence leur permet de ne pas s'attarder sur la qualification de l'entité comme entreprise.

¹²³⁷ Cf. Première Partie, Chap. 3.I et références.

¹²³⁸ Dans un autre domaine que celui de la santé, cf. Tribunal cantonal vaudois, DPC 2007/3, p. 495, *L'Etivaz*, p. 502, c. IV a.

Ensuite, la plupart des arrêts relatifs aux tarifs dans le domaine de la santé concernent en réalité des tarifs « hors-LAMal », à savoir relatifs à des prestations non remboursées, et engagent donc des assurances complémentaires. De plus, certains arrêts ou décisions traitant d'autres questions que celle des conventions tarifaires qualifient d'entreprises les acteurs du secteur auxquels nous nous intéressons. Les enseignements que l'on peut tirer de ces arrêts et décisions sont cependant utiles à notre réflexion.

Nous proposons ici une synthèse de la pratique. Nous nous intéressons aux entités qui ont conclu ou qui ont la capacité de conclure des conventions tarifaires – qui comprennent le prix ou un élément du prix d'une prestation – dans le domaine de l'assurance de base, à savoir¹²³⁹ un ou plusieurs fournisseurs de prestations (A), un ou plusieurs assureurs (B) ou des fédérations de fournisseurs de prestations ou d'assureurs (C). Nous examinons finalement l'hypothèse où une autorité officielle fixe directement le tarif (D). Nous nous demandons, dans chaque cas, si ces entités peuvent être qualifiées d'entreprises, c'est-à-dire d'entités indépendantes qui agissent comme offreur ou demandeur de biens ou services et qui participent ainsi de manière indépendante au processus économique¹²⁴⁰.

A. Les fournisseurs de prestations

a. Généralités

Les fournisseurs de prestations sont les personnes et institutions qui proposent des prestations médicales sous la forme de biens ou de services¹²⁴¹. Ceux pouvant prêter à charge de l'AOS sont listés, de manière exhaustive, à l'art. 35 al. 2 let. a-n LAMal (médecins, pharmaciens, chiropraticiens, sages-femmes, personnes prodiguant des soins sur prescription ou sur mandat médical ainsi que les organisations qui les emploient, laboratoires, centres de remise de moyens et d'appareils diagnostiques ou thérapeutiques, hôpitaux, maisons de naissance, établissements médico-sociaux, établissements de cure balnéaire, entreprises de transport et de sauvetage et institutions de soins ambulatoires dispensés par des méde-

¹²³⁹ Art. 43 al. 1 et 4 et 46 al. 1 LAMal, cf. Deuxième Partie, Chap.3.I.

¹²⁴⁰ Voir la définition dans la Première Partie, Chap. 3.I. et réf.

¹²⁴¹ OFSP, Secteur suisse de la santé, p. 14.

cins). Les conventions tarifaires dans l'assurance de base ne visent que le fournisseur de prestations admis¹²⁴².

Ces prestataires de soins peuvent être des entités de droit privé ou de droit public, dotées ou non de la personnalité juridique. Ces éléments ne sont toutefois pas déterminants pour qualifier ou non une entité d'entreprise (art. 2 al. 1 et 1^{bis} LCart). Nous proposons, en revanche, une synthèse d'exemples tirés de la pratique des autorités de la concurrence.

Les « fournisseurs de prestations » ont été qualifiés d'entreprises dans plusieurs décisions et rapports des autorités de la concurrence, et dans la doctrine¹²⁴³. Ont plus spécialement été, selon les circonstances de l'espèce, considérés comme des entreprises, des fournisseurs de moyens et appareils¹²⁴⁴, des pharmaciens¹²⁴⁵, des médecins¹²⁴⁶, des hôpitaux publics¹²⁴⁷ et des cliniques privées¹²⁴⁸. En effet, toutes ces entités, en tant que personne physique ou morale, offrent des biens ou des services, comme des soins de santé, des examens médicaux, des médicaments ou des services élec-

¹²⁴² Pour cela, il doit remplir les conditions particulières qui lui sont imposées aux art. 36 ss LAMal.

¹²⁴³ Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung* ; CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau* ; Secrétariat, DPC 2007/2, p. 174, *Elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen*, ch. 27 ; Comco, USB/KSBS, ch. 31. En doctrine, cf. SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 706 ; JACOBS, *Gesundheitsrecht*, p. 2 ; GOBAT, *Fusions*, p. 345 s.

¹²⁴⁴ Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 17.

¹²⁴⁵ Comco, DPC 2000/3, p. 320, *Vetrieb von Arzneimitteln/Sanphar*, ch. 27 ; SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 706 ; JACOBS, *Gesundheitsrecht*, p. 3.

¹²⁴⁶ Comco, DPC 2000/3, p. 320, *Vetrieb von Arzneimitteln/Sanphar*, ch. 27 ; Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 1 et 30 ; CoRe, DPC 2001/4, p. 800, *Ärztegesellschaft des Kantons Zürich AGZ* ; Comco, DPC 2003/2, p. 265, *Tarifcation des honoraires des médecins genevois en matière de soins privés* ; SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 706 ; JACOBS, *Gesundheitsrecht*, p. 3.

¹²⁴⁷ Comco, USB/KSBS, ch. 31 ; Secrétariat, DPC 1998/4, p. 562, *Tarifs pratiqués par les Hôpitaux de Genève (HUG) en matière de soins ambulatoires*, ch. 9. En ce sens, CF, DPC 1991/1, p. 185 ss, *Tarifs concernant les traitements ambulatoires*, ch. 2 et 6. La Comco a récemment approuvé la fusion d'hôpitaux dans le canton de Bâle, ce sont donc des entreprises. En doctrine, cf. GOBAT, *Fusions*, p. 345 s.

¹²⁴⁸ Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 1 et 30.

troniques, ou demandent divers biens et services. Ces prestations sont de nature économique et susceptibles d'être obtenues sur le marché. Toutes ces entités participent au processus économique¹²⁴⁹. Dès lors, les fournisseurs de prestations entrent en principe dans la définition d'entreprise¹²⁵⁰, y compris pour les soins pris en charge par l'assurance de base¹²⁵¹.

b. L'indépendance économique

Ce propos doit être nuancé. Il se peut que l'indépendance économique nécessaire à la qualification d'une entité comme entreprise ne soit pas admise dans une situation concrète. Cette question se pose pour les hôpitaux, éventuellement aussi pour les cliniques privées qui figurent sur la liste hospitalière issue de la planification cantonale. Dans ce cas, les fournisseurs de prestations peuvent dépendre directement du canton qui a le pouvoir de décision. Ce dernier doit être qualifié d'entreprise, lorsque c'est lui qui est essentiellement indépendant d'un point de vue économique¹²⁵². Nous développons ce point dans le chapitre dédié aux conventions tarifaires dans l'assurance-maladie hospitalière complémentaire, car la Comco a traité de cette question dans des décisions touchant à ce domaine¹²⁵³. Il faut également détailler le cas où les fournisseurs de prestations ou les assureurs se regroupent en associations de branche (fédérations) (C).

B. Les assureurs LAMal

a. Les caractéristiques

Les caisses-maladie au sens de l'art. 2 al. 1 LSAMal¹²⁵⁴ sont des personnes juridiques de droit privé (association, fondation, société coopéra-

¹²⁴⁹ Sur les exigences générales pour la qualification comme entreprise, cf. Première Parite, Chap. 3.I.

¹²⁵⁰ SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 706 ; JACOBS, Gesundheitsrecht, p. 3.

¹²⁵¹ Cf. Comco, USB/KSBS, ch. 31.

¹²⁵² Pour un exemple, cf. Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 78 et 92. Cet exemple sera examiné en détail dans le chapitre dédié aux conventions tarifaires dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire.

¹²⁵³ Cf. Quatrième Partie, Chap. 4, spécialement Section I.B et I.C.

¹²⁵⁴ Il remplace l'ancien art. 12 LAMal. Cf. Mess-LSAMal, p. 1739. Sur l'ancien droit, SCARTAZZINI/HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, § 16 N 217 ; MURER/STAUFFER, *KVG ad art. 12*, N 3 ss.

tive ou société anonyme)¹²⁵⁵ ou de droit public¹²⁵⁶ qui ne peuvent poursuivre de but lucratif¹²⁵⁷. En outre, d'autres entreprises d'assurance privées soumises à la LSA et qui y ont été autorisées peuvent pratiquer l'assurance-maladie sociale¹²⁵⁸.

Certains arguments¹²⁵⁹ peuvent être avancés contre la définition d'un assureur social comme entreprise. Ce sont des arguments principalement liés aux caractéristiques générales de l'assurance. Le système régi par la LAMal a une finalité sociale¹²⁶⁰. L'affiliation est obligatoire pour toute personne domiciliée sur le territoire suisse¹²⁶¹. Si une personne omet de s'assurer, elle sera affiliée d'office¹²⁶². Ensuite, l'assurance prend en charge les soins fournis dans les limites de la loi¹²⁶³, peu importe le montant des cotisations, et sans plafond. Les primes sont, en principe, prélevées par un assureur de manière égale auprès de ses assurés. Le montant des primes n'est donc pas proportionnel au risque assuré, conformément au principe de solidarité¹²⁶⁴. Aussi les prestations versées aux assurés ne dépendent-elles pas des cotisations ni des résultats financiers de l'assurance. De plus, les caisses-maladie ne peuvent expressément pas poursuivre de but lucratif¹²⁶⁵. Elles doivent pratiquer l'assurance-maladie selon le principe de la mutualité¹²⁶⁶. Finalement, l'activité des caisses-maladie est soumise à la surveillance de l'Etat¹²⁶⁷ et les tarifs des primes doivent être approuvés par l'OFSP¹²⁶⁸.

¹²⁵⁵ Art. 5 let. a LSAMal (qui a remplacé l'art. 12 al. 1 OAMal).

¹²⁵⁶ Ainsi, il est possible de créer des caisses-maladie sur la base du droit public cantonal, voire communal. Mess-LSAMal, p. 1739.

¹²⁵⁷ Art. 2 al. 1 LSAMal.

¹²⁵⁸ Art. 3 ss LSAMal (qui a remplacé les art. 11 ss LAMal). Cf. Mess-LSAMal, p. 1739. Pour la liste des assureurs admis, cf. DFI, Liste.

¹²⁵⁹ En droit européen, voir CJUE, 22.1.2002, aff. C-218/00 – *Cisal*, Rec. 2002 p. I-691, N 14 et 26-30.

¹²⁶⁰ En ce sens, art. 1a al. 1 LAMal.

¹²⁶¹ Art. 3 al. 1 LAMal. Les alinéas 2 et 3 introduisent des nuances.

¹²⁶² Art. 6 al. 2 LAMal.

¹²⁶³ Cf. Art. 24 LAMal.

¹²⁶⁴ A propos du principe de solidarité, DUC, Assurance, p. 38 ss.

¹²⁶⁵ Art. 2 al. 1 LSAMal.

¹²⁶⁶ Art. 5 let. f LSAMal. Cela implique un équilibre entre prestations et cotisations.

¹²⁶⁷ Cette surveillance a lieu dans le cadre de la LSAMal.

¹²⁶⁸ Art. 16 et 56 LSAMal.

D'autres arguments poussent, en revanche, à les considérer comme des entreprises au sens de la LCart. La notion d'entreprise, interprétée de manière large, englobe toute entité qui exerce une activité économique de manière indépendante. En l'espèce, ce qui prédomine pour les assureurs est qu'ils exercent une activité de nature économique, qui plus est en concurrence. Ils fournissent des prestations d'assurance et apparaissent dès lors comme offreurs de biens ou de services. Pour financer leur activité, ils prélèvent des cotisations. Les services d'assurance sont, sur ces points, comparables à ceux offerts par une compagnie d'assurance privée. Cela signifie que ni la poursuite d'une finalité sociale et l'absence de but lucratif, ni les éléments de solidarité ne privent les activités de l'assurance de leur caractère principalement économique¹²⁶⁹.

Dès lors, que faut-il retenir ? Quel argument l'emporte ? Une comparaison avec le droit européen est, sur ce point, intéressante.

b. La comparaison avec le droit européen

En droit européen, le champ d'application personnel du droit de la concurrence est presque identique à celui retenu en Suisse¹²⁷⁰. La Cour de justice de l'Union européenne donne une définition large, à savoir également économique et fonctionnelle, de l'entreprise¹²⁷¹. Selon cette dernière, une entreprise est une « entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »¹²⁷², et apparaissant comme un opérateur indépendant sur le marché¹²⁷³. Elle définit l'activité économiques comme une « activité consis-

¹²⁶⁹ En droit européen, voir CJUE, 22.1.2002, aff. C-218/00 – *Cisal*, Rec. 2002 p. I-691, N 14 et 25.

¹²⁷⁰ Nous verrons plus bas certaines nuances, par exemple dans le domaine des associations d'entreprises.

¹²⁷¹ Cf. not. BELLIS, Concurrence, p. 93 s. ; PETIT, Concurrence, p. 76.

¹²⁷² CJUE, 22.4.1991, C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macortin GmbH*, Rec. 1991, p. I-1979. Cf. aussi CJUE 18.6.1998, aff. C-35/96 – *Commission/Italie*, Rec 1998, p. I-3851, N 36 ; CJUE 12.9.2000, aff. C-180/98 – *Pavlov e.a.*, Rec. p. I-6451, N 74 ; CJUE, 22.1.2002, aff. C-218/00 – *Cisal*, Rec. 2002 p. I-691, n. 22. Cf. aussi ; BELLIS, Concurrence, p. 93 ; PETIT, Concurrence, p. 75.

¹²⁷³ CJCE, 1.7.2008, *Motosyklistiki Omospondia Ellados NPID c. Elliniko Dimosio*, aff. C-49-07. En doctrine, VOGEL, Concurrence, p. 59 ; BELLIS, Concurrence, p. 93.

tant à offrir des biens ou des services sur un marché donné »¹²⁷⁴. On note une différence avec le système suisse qui considère les entités actives tant du côté de l'offre que du côté de la demande. En revanche, le droit européen, comme le droit suisse, ne requiert pas que l'entité ait la personnalité juridique¹²⁷⁵ ; des entreprises publiques sont également visées¹²⁷⁶. Pour ce dernier cas, il faut toutefois que l'Etat exerce, par le biais de cette entité, une activité de nature économique. Ce ne sera pas le cas s'il met en œuvre une prérogative de puissance publique¹²⁷⁷. La poursuite d'un but lucratif n'est pas non plus déterminante¹²⁷⁸.

La question de l'appréciation des activités purement sociales s'est alors posée. Doivent-elles être qualifiées d'économique et l'entité qui exerce une telle activité d'entreprise ? La Cour de justice a rendu plusieurs arrêts dans le domaine des assurances sociales et a modéré l'application des règles de concurrence dans le domaine des prestations sociales. La première jurisprudence a été rendue dans l'affaire *Poucet et Pistre*¹²⁷⁹. Elle a été affinée et complétée dans d'autres arrêts, notamment l'affaire *Cisal*¹²⁸⁰.

¹²⁷⁴ CJUE, 18.6.1998, aff. -35/96 – *Commission/Italie*, Rec 1998 p. I-3851, N 36 ; CJUE 12.9.2000, aff. C-180/98 – *Pavlov e.a.*, Rec. p. I-6451, N 75 ; CJUE, 22.1.2002, aff. C-218/00 – *Cisal*, Rec. 2002 p. I-691, N 23. Cf. PETIT, Concurrence, p. 76.

¹²⁷⁵ CJUE, 10.9.2009, aff. C-97/08 P – *Akzo Nobel et al./Commission*, Rec. 2009 p. I-8237, N 58. Cf. aussi CJUE, 11.7.2013, *Stichting Administratiekantoor Portielje & Grosslin Group NV*, aff. C-440-11 P ; PETIT, Concurrence, p. 80 ; VOGEL, Concurrence, p. 61.

¹²⁷⁶ CJCE, 23.4.1991, *Höfner c. Macroton*, aff. C-41/90, Rec., 1991, p. I-1979 ; VOGEL, Concurrence, p. 61 et les réf. ; BELLIS, Concurrence, p. 93.

¹²⁷⁷ CJCE, 10 décembre 1991, *Merci convenzionale oprto du Genova*, aff. C-179/90, Rec., 1991, p. I-5889 ; CJCE, 1^{er} juillet 2008, *MOTOE*, aff. C-49/07, Rec., 2008, p. I-4863, N 25 ; VOGEL, Concurrence, p. 61 et les réf. ; BELLIS, Concurrence, p. 93.

¹²⁷⁸ PETIT, Concurrence, p. 79 et les réf.

¹²⁷⁹ Des personnes ont tenté d'échapper au paiement de cotisations sociales qu'elles devaient à des caisses mutuelles régionales qui géraient le régime d'assurance-maladie, maternité et vieillesse. L'affaire est portée devant les autorités nationales. Les personnes concernées ne remettent pas en cause le principe de l'affiliation obligatoire, mais estiment qu'elles doivent pouvoir s'adresser à toutes compagnies d'assurance privées établies sur le territoire de l'UE et pas seulement aux caisses mutuelles régionales qui jouiraient d'une position dominante. La juridiction nationale envoie une question préjudicielle à la CJUE qui doit déterminer si les règles de concurrence sont applicables aux caisses mutuelles régionales. Cf. CJUE, 13.2.1993, Aff. jointes C-

Le droit européen laissant la compétence aux Etats membres d'aménager leur système de sécurité sociale, la Cour considère que les règles européennes sur la concurrence ne s'appliquent pas si trois conditions sont remplies. Tout d'abord, le régime national prévu pour l'assurance doit avoir une finalité sociale. C'est notamment le cas si une obligation de s'assurer est prévue ou si la fourniture des prestations est garantie, même lorsque la personne n'a pas cotisé¹²⁸¹. Pour qu'une activité ait un caractère « exclusivement social », elle doit être fondée sur la solidarité nationale et être dépourvue de but lucratif¹²⁸². Il faut ensuite que le système mette en œuvre le principe de solidarité¹²⁸³. Il ressort des arrêts de la Cour qu'il ne faut pas déterminer s'il y a solidarité, mais plutôt l'importance de la solidarité. Pour cela, on examine si l'affiliation au régime est obligatoire, quel est le principe de répartition choisi et si les prestations ne sont pas en lien direct avec les primes payées ou les résultats de l'organisme¹²⁸⁴. Il faut finalement – troisième condition – que l'activité de l'organisme soit soumise au contrôle de l'Etat¹²⁸⁵. L'activité d'un organisme répondant à ces trois critères ne peut être qualifiée d'économique au sens du droit de la concurrence. L'entité n'est donc pas une entreprise¹²⁸⁶.

En revanche, un organisme gérant un régime d'assurance-vieillesse qui est destiné à compléter le régime obligatoire et qui ne poursuit pas de but lucratif a été qualifié d'entreprise¹²⁸⁷. Un fonds de pension qui détermine de manière autonome le montant des cotisations et des prestations et qui

159/91 et C-160/91, *Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle du Languedoc-Roussillon*, Rec. 1993, p. I-637.

¹²⁸⁰ CJUE, 22.1.2002, aff. C-218/00 – *Cisal*, Rec. 2002 p. I-691.

¹²⁸¹ CJUE, 22.1.2002, aff. C-218/00 – *Cisal*, Rec. 2002 p. I-691, n. 35-37.

¹²⁸² CJUE, 13.2.1993, Aff. jointes C-159/91 et C-160/91, *Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle du Languedoc-Roussillon*, Rec. 1993, p. I-637, n. 18 et 172.

¹²⁸³ CJUE, 22.1.2002, aff. C-218/00 – *Cisal*, Rec. 2002 p. I-691, n. 38-42.

¹²⁸⁴ PETIT, Concurrence, N 189.

¹²⁸⁵ CJUE, 22.1.2002, aff. C-218/00 – *Cisal*, Rec. 2002 p. I-691, n. 34-44. Cf. aussi CJUE, 13.2.1993, Aff. jointes C-159/91 et C-160/91, *Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle du Languedoc-Roussillon*, Rec. 1993, p. I-637, n. 172.

¹²⁸⁶ CJUE, 22.1.2002, aff. C-218/00 – *Cisal*, Rec. 2002 p. I-691, n. 45.

¹²⁸⁷ VOGEL, Concurrence, p. 62 et les réf. not. CJCE, 16.11.1995, aff. C-244-94 – *Fédération française des sociétés d'assurance*, Rec 1995 p. I-04013, n. 22.

fonctionne selon le principe de capitalisation a également été qualifié d'entreprise¹²⁸⁸. Dans ces affaires, les éléments de solidarité sont limités et ne peuvent ôter à l'activité sa nature économique¹²⁸⁹.

c. Le droit suisse

Selon la jurisprudence européenne, les assureurs au sens de la LAMal ne pourraient vraisemblablement pas être qualifiés d'entreprises¹²⁹⁰. Elle n'a cependant pas été reprise par les autorités suisses. Les critères usuels pour déterminer si l'on est en présence d'une entreprise s'appliquent. Puisque ceux-ci sont remplis, une compagnie d'assurance doit être qualifiée d'entreprise¹²⁹¹, bien qu'elle ne poursuive pas de but lucratif¹²⁹². En effet, les assureurs-maladie, entités de droit privé ou public, exercent une activité économique, celle de prendre en charge le financement de prestations médicales (au sens large) fournies par des fournisseurs admis, aux conditions fixées par la loi. Ces entités participent ainsi de manière active au processus économique, et ce de manière indépendante¹²⁹³. Elles apparaissent comme offreur de services, principalement des produits d'assurance ou des conventions tarifaires¹²⁹⁴. Elles peuvent aussi apparaître comme

¹²⁸⁸ VOGEL, Concurrence, p. 62 et les réf. not. CJCE, 21.9.1999, aff. C-115 – *Brentjens' Handelsonderneming (BV) c. Stichting Bedrijfspendioenfondsvoor de Handel in Bouwmaterialen*, Rec. 1999 p. I-06025, n. 87.

¹²⁸⁹ En ce sens, PETIT, Concurrence, N 188.

¹²⁹⁰ Cf. ci-dessus pour les caractéristiques de l'assurance sociale.

¹²⁹¹ Cf. Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 1 et 30 ; Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 18 ; Secrétariat, DPC 2007/2, p. 174, *Elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen*, ch. 27 ; Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 8 ; Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 28 ; Comco, DPC 1999/2, p. 220, *Visana und CSS*, ch. 28 ; Secrétariat, DPC 1997/4, p. 460, *Kodex zwischen Krankenversicherern*, ch. 11. En doctrine, BRUMANN, *Tarif- und Tarifstrukturverträge*, p. 140 ; SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 706 n. 14 ; POLEDNA, *Organisation*, p. 57.

¹²⁹² Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 18 ; Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 7 s. ; SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 706 n. 14.

¹²⁹³ Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 18 ; SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 706 n. 14.

¹²⁹⁴ Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 18 ; SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 706 n. 14.

demandeur de services de santé auprès des fournisseurs de prestations ou comme offreur de canaux de distribution pour les prestations de santé¹²⁹⁵.

Toutefois, les entreprises pratiquant l'assurance-maladie au sens de la LAMal ont le pouvoir de rendre des décisions. Nous verrons dans le cadre de la qualification des autorités cantonales et fédérales comme entreprises que, en règle générale, le fait qu'une entité ait le pouvoir de rendre une décision constitue un indice qu'elle n'est pas une entreprise au sens de la LCart. Ce critère n'est toutefois pas le seul qui permette de trancher. En l'espèce, les caisses-maladie peuvent certes rendre des décisions. D'une part, lorsque l'assureur alloue les prestations d'assurances, la procédure simplifiée s'applique. L'assuré à qui on refuse une prestation peut exiger qu'une décision soit rendue (art. 80 LAMal et 51 LPGA). D'autre part, l'art. 78a LAMal prévoit que l'assureur statue par voie de décision lorsqu'il est saisi par celui qui souhaite faire valoir ces prétentions en réparation au sens de l'art. 78 LPGA, à savoir les demandes en réparation pour un dommage causé illicitement à un assuré par un organe d'exécution des assurances sociales ou leur personnel. Cela ne suffit toutefois pas à conclure qu'il n'est pas une entreprise lorsqu'il offre des produits d'assurance sur le marché. Les autres conditions sont remplies et le pouvoir de décision ne concerne pas la fixation du tarif avec le fournisseur de soins, mais la relation avec les assurés.

Une autre remarque s'impose. Selon nous, l'argument décisif poussant à ne pas retenir la solution européenne tient au fait que, dans les situations ayant conduit au développement de la jurisprudence, un seul assureur est actif sur un marché national ou régional. Bien que la Cour ne le liste pas comme une condition, il s'agit selon nous d'un point déterminant. Les caisses (uniques) sont instituées (directement ou indirectement) par l'Etat et sont en position dominante sur un certain territoire. Cette situation ne peut donc pas être comparée avec celle prévalant en Suisse.

Puisque les assureurs sont, sur le principe, des entreprises, il faut encore examiner la situation du groupe d'assurance. Dans un cas concret, le critère pertinent – à savoir celui de l'indépendance économique – doit être appliqué afin de déterminer quelle entité est l'entreprise au sens de la LCart. Cette question est primordiale dans ce contexte, car les entreprises

¹²⁹⁵ En ce sens, Comco, DPC 2001/4, p. 659, *Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau*, ch. 53 ; Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 22 s.

d'assurance exercent souvent plusieurs formes d'assurance (sociale et privée, individuelle ou collective). Pour ce faire, elles sont juridiquement organisées d'une manière complexe (société mère et sociétés filles/filiales ou sociétés distinctes) et les collaborations entre entités juridiques varient de cas en cas (gestion administrative et opérationnelle concentrée au sein du groupe ou répartie entre les entités juridiquement distinctes, différences dans la répartition des ressources, par exemple)¹²⁹⁶. Pour déterminer si la société mère est effectivement capable de contrôler les sociétés filles et si elle use de cette possibilité de sorte que les sociétés du groupe ne sont pas dans la position de se comporter de manière indépendante de la société mère, la Comco prendra en compte des indices qui démontrent un contrôle économique, notamment le taux de participation, l'interdépendance personnelle entre les directions des différentes entreprises du groupe, l'intégration centralisée des différents domaines de l'entreprise (p. ex. personnel, finance, *controlling*, *marketing*) dans la société mère, et les objectifs de prix et conditions imposés par la société mère¹²⁹⁷.

C. Les fédérations

a. Les caractéristiques

Finalement, des fédérations, ou organisations de branche peuvent être parties à une convention tarifaire. En démontrant que les fournisseurs de prestations, respectivement les assurances, sont qualifiés d'entreprises, nous pouvons conclure que les membres des fédérations sont des entreprises aux yeux de la LCart.

La notion de fédération, employée dans la LAMal, n'y est pas définie. Selon nous, il faut l'interpréter de manière large : une fédération est un terme générique qui englobe toute structure organisationnelle interne fixe, instituée de manière durable, qui poursuit des objectifs communs et repré-

¹²⁹⁶ Pour des exemples, Comco, DPC 2015/1, p. 93, *Mutuel/Supra*, ch. 2 et 3 ; Comco, DPC 2013/2, p. 222, *ProVAG Versicherungen AG und der PROVITA Gesundheitsversicherung AG*, ch. 24 ss ; Cour de Justice de Genève, Chambre du Conseil, DPC 1997/1 p. 72, *Caisse maladie, exclusion de clinique*, c. 5b.

¹²⁹⁷ Comco, DPC 2013/2, p. 222, *ProVAG Versicherungen AG und der PROVITA Gesundheitsversicherung AG*, ch. 32.

sente les intérêts de ses membres¹²⁹⁸. Ainsi, de nombreuses institutions peuvent être considérées comme des fédérations au sens de l'art. 46 LAMal et peuvent alors conclure des conventions tarifaires. En pratique, ces groupements sont souvent organisés en associations au sens des art. 60 ss CC.

- Santésuisse est la fédération des assureurs. Chaque assureur peut adhérer aux conventions qu'elle conclut¹²⁹⁹.

- La fédération des médecins suisse (FMH) est également une fédération. Elle a conclu avec santésuisse la convention-cadre Tarmed. Celle-ci est mise en œuvre dans les cantons où des conventions fixant la valeur du point doivent être adoptées. Dans le canton de Vaud par exemple, la convention tarifaire cantonale (Tarmed) a été conclue entre la société vaudoise de médecine et santésuisse. Ces questions seront reprises ci-après.

- Dans le canton de Vaud, la Fédération des hôpitaux vaudois (FHV), est l'organe faîtière des hôpitaux régionaux du canton. Cette association¹³⁰⁰ a notamment la tâche de négocier les conventions avec les différents partenaires.

Il faut également parler des communautés d'achat. Par exemple, HSK, société anonyme créée par trois assureurs, est une entité qui procède à l'achat de prestations dans le cadre de l'assurance-maladie de base. Elle négocie dans ce contexte les conventions tarifaires¹³⁰¹.

Une question délicate se pose : peut-on qualifier ces entités qui sont engagées dans la conclusion de conventions tarifaires dans le domaine de l'assurance-maladie comme des entreprises au sens de la LCart ? Dans l'affirmative, le sont-elles au détriment ou en sus des membres ? Les décisions rendues par les autorités de la concurrence ne sont, à cet égard, pas univoques.

¹²⁹⁸ En ce sens, Santésuisse, Papier de positionnement, la concurrence dans le domaine tarifaire, version du 29 janvier 2009, p. 2 in : <https://www.santesuisse.ch/fr/dyn_output.html?content.vcid=6&content.cdid=26434&detail=yes&navid=2>.

¹²⁹⁹ Santésuisse, Papier de positionnement, la concurrence dans le domaine tarifaire, version du 29 janvier 2009, p. 2 in : <https://www.santesuisse.ch/fr/dyn_output.html?content.vcid=6&content.cdid=26434&detail=yes&navid=2>.

¹³⁰⁰ Art. 1 des Statuts de la FHV.

¹³⁰¹ <<https://www.ecc-hsk.info/fr>>.

La Comco a examiné, en 1998, un contrat conclu entre la ville de Zurich et la fédération des médecins de Zurich et Dietikon qui prévoit que les médecins doivent s'occuper de l'organisation de services d'urgence. En contrepartie, la commune prend notamment en charge une partie des coûts liés à l'exploitation d'une centrale téléphonique et les coûts liés à la publicité. Selon la Comco, les médecins et la fédération de médecins sont des entreprises. Ils sont tous offreurs de prestations de santé et participent au processus économique, peu importe si l'activité a un caractère commercial ou si elle n'a pas de but lucratif¹³⁰². Cette décision a été rendue en 1998, soit avant l'introduction des sanctions directes et doit être relativisée. A notre connaissance, la Comco ou le Secrétariat n'ont jamais rendu d'autre décision ou publié de rapport qualifiant d'entreprise une fédération de fournisseurs de soins.

En revanche, les autorités de la concurrence se sont, à plusieurs reprises, penchées sur des situations dans lesquelles des fédérations d'assureurs étaient engagées. En 1998 également, le Secrétariat a examiné une convention tarifaire conclue entre les hôpitaux de Genève (HUG) et la Fédération genevoise des assureurs-maladie (FGAM) relative aux soins ambulatoires fournis par les HUG et sur le régime des subventions accordées aux HUG. Ce sont ici les HUG et les membres de la FGAM qui tombent dans le champ d'application de la LCart¹³⁰³. La question de la qualification de la fédération comme entreprise n'a pas été abordée. Dans le même domaine, la Comco a clos, en 2004, une enquête concernant un contrat – dont le but était d'inciter les patients à acquérir des moyens auxiliaires auprès du producteur et d'éviter ainsi l'achat auprès des détaillants – conclu entre santésuisse et un producteur de moyens auxiliaires pour l'incontinence (*Wita SA*). L'autorité a examiné le champ d'application de la LCart et a sans difficulté admis que le producteur de moyens auxiliaires est une entreprise. Elle en vient à la même conclusion pour les assureurs. Ici non plus, elle ne se pose pas la question de la qualification de santésuisse comme entreprise, bien que ce soit l'accord entre santésuisse et la SA qui soit ensuite examiné¹³⁰⁴.

¹³⁰² Secrétariat, DPC 1998/2, p. 198, *Ärztliche Notfalldienste in der Stadt Zürich*, ch. 12.

¹³⁰³ Secrétariat, DPC 1998/4, p. 562, *Tarifs pratiqués par les hôpitaux de Genève (HUG) en matière de soins ambulatoires*, ch. 9.

¹³⁰⁴ Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 17.

En 2014, le Secrétariat de la Comco a examiné l'accord de branche présenté par santésuisse concernant la publicité. Il a expressément laissé ouverte la question de la qualification de santésuisse comme entreprise dans la mesure où il admet que les assureurs membres de la fédération sont, sans hésitation, des entreprises¹³⁰⁵.

La lecture des décisions consultées traitant des fédérations actives dans le domaine de la santé ne nous permet pas de trancher avec certitude. Nous avons élargi la recherche en nous penchant sur des décisions qui concernent des associations d'entreprises actives dans d'autres domaines.

b. La comparaison avec d'autres associations d'entreprises

La question de l'application de la LCart à des fédérations ne se pose pas seulement en lien avec les conventions tarifaires conclues dans le secteur de la santé. Des fédérations sont actives dans de nombreux domaines. Les autorités de la concurrence ont été amenées à se demander si l'on devait qualifier de tels groupements d'entreprises. Nous proposons ici une synthèse des décisions rendues.

Dans certaines décisions ou rapports, la question n'a pas été soulevée. En 2003 par exemple, le Secrétariat a mené une enquête suite à l'adoption et à la publication d'une liste tarifaire pour les professeurs de patinage sur glace édicté par l'*Association suisse des maîtres du patinage*. Les statuts de l'association permettent à cette dernière d'édicté une liste de prix pour les leçons. Les tarifs adoptés sont suivis par les membres¹³⁰⁶. Le Secrétariat a déterminé que les maîtres de patinage sont des entreprises. Il ne se pose, en revanche, pas la question pour l'association¹³⁰⁷.

Dans d'autres décisions ou rapports, les autorités de la concurrence ont clairement établi que la fédération n'est pas une entreprise. En 2001, la Comco a, par exemple, mené une enquête pour accord illicite sur le marché des produits à base de bois. Lors de l'examen du champ d'application personnel de la LCart, elle a déterminé que la fédération de la branche ne

¹³⁰⁵ Secrétariat, DPC 2014/1, p. 153, *Kundenwerbung*, ch. 75 ss.

¹³⁰⁶ Cf. Secrétariat, DPC 2003/4, p. 721, *Tarifliste des Schweizerischen Eislauflehrer Verbandes SELV*, ch. 15.

¹³⁰⁷ Secrétariat, DPC 2003/4, p. 721, *Tarifliste des Schweizerischen Eislauflehrer Verbandes SELV*, ch. 9.

pouvait être l'entreprise, mais que ses membres le sont. La fédération a, en revanche, qualité de partie à la procédure¹³⁰⁸. Deux ans plus tard, le Secrétariat s'est quant à lui penché sur le règlement de la Société suisse des entrepreneurs qui prévoyait notamment un système d'annonce rendant possible un accord concret sur les prix (p. ex. des cartels de soumission). Il a également qualifié les membres de la fédération d'entreprises et la fédération s'est vue reconnaître la qualité de partie à la procédure¹³⁰⁹.

Pareil raisonnement a été tenu dans l'affaire *Publigroupe* qui a conduit à une décision de la Comco en 2007. L'autorité de la concurrence s'est notamment intéressée à l'activité de l'*Association des Sociétés Suisses de Publicité (ASSP)*. A cet égard, l'*ASSP* n'a pas été qualifiée d'entreprise au sens de la LCart. Elle n'offre ou n'acquiert pas de biens ou de services sur le marché. Les membres de l'association devraient – en théorie – être les entreprises au sens de l'art. 2 LCart. En l'espèce, la Comco a cependant établi que ceux-ci ne sont pas indépendants sur le marché. Il faut alors considérer qu'ils font partie d'un *Konzern*. C'est ainsi seulement la société mère, à savoir *Publigroupe*, qui a été considérée comme l'entreprise puisque c'est elle qui est l'unité économique¹³¹⁰. Un recours au TAF a été déposé. Celui-ci a confirmé que l'*ASSP* ne peut pas être considérée comme un offreur ou demandeur de prestation sur le marché. Comme fédération (association), elle ne fait que garantir les intérêts de ses membres. Elle établit en outre les statistiques de la branche, tient une base de données et est compétente dans la formation d'apprentis¹³¹¹. Ce point n'a pas été repris dans l'arrêt du TF¹³¹².

Plus récemment (2012), la Comco a rendu une décision concernant les recommandations tarifaires de la section neuchâteloise de l'*Union suisse des professionnels de l'immobilier*. Ce sont les membres de l'*USPI*

¹³⁰⁸ Comco, DPC 2001/4, p. 638, *Preiserhöhungen im Markt für Holzprodukte*, ch. 6. La Comco a clos son enquête, car la fédération a renoncé à maintenir le système litigieux (recommandations sur les prix, aides au calcul, etc.).

¹³⁰⁹ Secrétariat, DPC 2003/4, p. 726, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Bau-meisterverbandes*, ch. 4 ss. Le règlement litigieux a été abrogé, le Secrétariat ne poursuit pas.

¹³¹⁰ Comco, DPC 2007/2, p. 190, *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften über die Kommissionierung von Verufsvermittlern*, ch. 63 ss.

¹³¹¹ TAF, arrêt B-2977/2007 du 27 avril 2010, c. 3 et 4.

¹³¹² ATF 139 I 72, JdT 2013 I 202 ; TF, arrêt 2C_484/2010 du 29 juin 2012.

Neuchâtel qui sont qualifiés d'entreprises et condamnés au paiement d'une amende¹³¹³. En revanche, un accord amiable a été conclu par le Secrétariat et l'*USPI-Neuchâtel* et approuvé par la Comco. Par cet accord, la fédération s'engage à ne plus édicter, diffuser ou encore publier des recommandations de prix et à assurer le recouvrement du montant de la sanction et des frais de procédure mis à la charge des membres¹³¹⁴. Ainsi, la fédération prend directement des engagements.

Cela constitue un tournant dans les réflexions tenues par les autorités de la concurrence ; les fédérations impliquées ont été ensuite qualifiées d'entreprises. En 2013, une décision concernant le domaine de l'expédition internationale de fret aérien a été rendue. Dans cette décision, il est établi que *Spedlogswiss*, association suisse des transitaires et des entreprises de logistique, tombe dans le champ d'application de la LCart. Elle ne fournit pas directement des prestations de transport, mais propose à ses membres des prestations payantes, comme la commande des livres ou formulaires ou le suivi de formations complémentaires (cours et séminaires payants). Elle fournit également des prestations dans le domaine de la technologie de l'information (Plateforme *IT*). La Comco qualifie *Spedlogswiss* d'entreprise¹³¹⁵. En outre, elle approuve l'accord amiable dans lequel la fédération prend directement des engagements et se voit attribuer une part des frais de procédure¹³¹⁶.

Un raisonnement similaire a été tenu, en 2014, dans une procédure où le système d'annonce des *fédérations cantonales des entrepreneurs* a été mis en cause. Lors de l'examen du champ d'application, le Secrétariat a admis que les membres des sociétés ou fédérations cantonales des entrepreneurs peuvent être qualifiés d'entreprises. En outre, les fédérations ou sociétés cantonales entrent également dans le champ d'application personnel de la LCart. Certes, elles ne fournissent pas directement des services de construction. En revanche, elles proposent à leurs membres – partiellement directement à leur frais, partiellement indirectement grâce

¹³¹³ Comco, DPC 2012/3, p. 657, *Recommandations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel*, ch. 26 et 91.

¹³¹⁴ Comco, DPC 2012/3, p. 657, *Recommandations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel*, ch. 80 et 91 et dispositif ch. 1.

¹³¹⁵ Comco, DPC 2013/2, p. 142, *Abrede im Speditionsbereich*, ch. 66. Cf. aussi Comco, DPC 2012/4, p. 820, *Vertrieb von Musik*, ch. 44.

¹³¹⁶ Comco, DPC 2013/2, p. 142, *Abrede im Speditionsbereich*, dispositif ch. 2.

aux contributions versées – diverses prestations (formations, brochures imprimées, mise à disposition du système d'annonce litigieux). Ces fédérations offrent des biens et services et doivent être considérées comme des entreprises¹³¹⁷. L'enquête préalable a cependant été close sans suite ; la fédération avait modifié son système d'annonce¹³¹⁸. Aucune amende n'a été infligée à la fédération.

En revanche, une enquête préalable rendue en 2014, a visé un accord dans le domaine du transport de gaz à des clients industriels de la société Gaz naturel. Les membres de l'*Association suisse de l'industrie gazière (ASIG)* ont été qualifiés d'entreprises au sens du droit des cartels. Le point de savoir si l'*ASIG* est également une entreprise n'est pas tranché¹³¹⁹.

Après lecture de ces différentes décisions, on perçoit que les autorités suisses sont relativement réticentes à considérer les associations d'entreprises comme des entreprises, les excluant ainsi du champ d'application du droit de la concurrence. Récemment, on note cependant une certaine ouverture. Les autorités commencent à qualifier les associations d'entreprises au sens de l'art. 2 LCart. Les conditions sont relativement strictes : ces fédérations doivent elles-mêmes, indépendamment de leurs membres, fournir des prestations sur le marché¹³²⁰.

Sur ce point, une comparaison avec le droit européen de la concurrence permet d'enrichir notre analyse.

c. La comparaison avec le droit européen

Le droit européen de la concurrence envisage plus directement l'hypothèse sur laquelle nous nous sommes penchée ; l'art. 101 § 1 TFUE permet de sanctionner les « décisions d'associations d'entreprises ». Le Tribunal a précisé que l'on veut par là éviter que les entreprises puissent échapper aux règles de la concurrence en raison de la forme par laquelle elles coordonnent leur comportement sur le marché. Pour garantir l'effectivité du système, l'actuel article 101 § 1 TFUE doit englober non seulement les accords et les pratiques concertées, mais aussi les formes

¹³¹⁷ Secrétariat, DPC 2014/2, p. 373, *Meldesystem Baumeisterverbände*, ch. 19.

¹³¹⁸ Secrétariat, DPC 2014/2, p. 373, *Meldesystem Baumeisterverbände*, ch. 87.

¹³¹⁹ Secrétariat, DPC 2014/1, p. 110, *Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz*, ch. 14.

¹³²⁰ Elles doivent donc répondre à la définition d'entreprise. Cf. Première partie, Chap. 3.I.

institutionnalisées de coopération, soit les cas dans lesquels les entreprises agissent par le biais « d'une structure collective ou d'un organe commun »¹³²¹.

Sont concernés les cas où les entreprises agissent ensemble par l'intermédiaire d'une association d'entreprises¹³²², à savoir un « groupement d'entités économiquement distinctes »¹³²³. Ce terme est interprété de manière large. La forme juridique, le statut de droit public ou privé, la personnalité juridique, ou la poursuite d'un but lucratif ne sont pas déterminants¹³²⁴. Les fédérations d'entreprises sont donc notamment visées¹³²⁵. De plus, les accords entre associations d'entreprises entrent dans le champ d'application de l'art. 101 TFUE¹³²⁶.

La jurisprudence est plutôt large ; le fait que l'association d'entreprises n'exerce pas d'activité commerciale propre n'empêche pas de la qualifier d'entreprise. On peut lui appliquer les règles de droit de la concurrence dès que l'activité commerciale développée par les membres de l'association produit des effets restrictifs¹³²⁷. En outre, on admet que tant l'association que ses membres peuvent être tenus responsables d'une violation¹³²⁸. Finalement, lorsqu'une amende est prononcée contre une

¹³²¹ Tribunal, arrêt du 24 mai 2012, *MasterCard, Inc. et autres c. Commission*, aff. T-111/08, N 243 ; CJCE, arrêt du 11 septembre 2014, *MasterCard, Inc. et autres c. Commission*, aff. C-382/12 P, N 62. BELLIS, *Concurrence*, p. 102.

¹³²² BELLIS, *Concurrence*, p. 102.

¹³²³ VOGEL, *Concurrence*, p. 117.

¹³²⁴ CJCE, arrêt du 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, aff. jointes C-180/98 à 184/98, Rec 2000, p. I-6452, N 85 ; BELLIS, *Concurrence*, p. 103 ; PETIT, *Concurrence*, N 520 ; VOGEL, *Concurrence*, p. 117 ; MERCIER ET AL., *Concurrence*, p. 67 s. et réf.

¹³²⁵ PETIT, *Concurrence*, N 519 ; MERCIER ET AL., *Concurrence*, p. 67 s.

¹³²⁶ BELLIS, *Concurrence*, p. 103.

¹³²⁷ CJCE, 15.5.1975, *Nederlandse Vereniging voor fruit en groentenimporthandel*, aff. 71-74 ; Décision Comm. CE n° 94-815 du 30 novembre 1994, *Ciment*, p. 97 ; Décision Comm. CE n° 2003-600 du 2 avril 2003, *Viandes bovines françaises*. TPICE ; 2 juillet 1992, *Dansk Pelsdyravlforening (association)*, aff. T-61-89. Cf. aussi VOGEL, *Concurrence*, p. 59 s. et 118 ; MERCIER ET AL., *Concurrence*, p. 67.

¹³²⁸ Décision de la Commission du 5 juin 1996, *Fenex*, J-O, 1996, L 181/28 ; BELLIS, *Concurrence*, p. 102.

association d'entreprises et qu'elle s'avère non solvable, ses membres peuvent être tenus, à certaines conditions, de couvrir le montant¹³²⁹.

d. Les enseignements

Si l'on s'en tient au droit suisse, les fédérations de fournisseurs de prestations ou d'assureurs ne peuvent pas être clairement considérées comme des entreprises. Les autorités de la concurrence semblent, cependant, de plus en plus enclines à qualifier une association d'entreprise ; encore faut-il qu'elle fournisse directement des prestations sur le marché. Le Secrétariat de la Comco a, relativement récemment, laissé ouverte la question de la qualification de *santésuisse* comme entreprise¹³³⁰.

On constate que, sur ce point, le droit européen de la concurrence est moins restrictif. Les associations d'entreprises sont des entreprises et les décisions qu'elles rendent peuvent être examinées directement. En outre, les accords entre associations sont perçus comme un seul accord. En droit suisse, on considère un accord entre les membres des fédérations respectives, puis un accord entre membres des différentes associations.

Le système européen a l'avantage de la simplicité. En outre, il permet de s'attaquer directement à la structure de l'association et d'amender cette dernière. Les entreprises membres sont subsidiairement responsables. On admet même que l'association et ses membres peuvent être cumulativement responsables d'une violation. Cela a un poids dissuasif double que nous considérons justifié, puisque c'est au sein de ces structures que les contacts sont les plus aisés. Dans ce contexte, un rapprochement du droit suisse au droit européen et à sa jurisprudence nous semble, *de lege ferenda*, opportun. Précisons toutefois que, en Suisse, les fédérations se voient octroyer la qualité de partie lorsqu'elles ne sont pas expressément qualifiées d'entreprises. Elles ont généralement pris des engagements (retrait de l'accord ou des clauses litigieuses au regard de la LCart)¹³³¹. La solu-

¹³²⁹ Art. 23 § 4 du Règlement (CE) N° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

¹³³⁰ Secrétariat, DPC 2014/1, p. 153, *Kundenwerbung*, ch. 75 ss.

¹³³¹ Cf. p. ex. Secrétariat, DPC 2003/4, p. 726, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes* ; Secrétariat, DPC 2003/4, p. 726, *Wettbewerbsreglement des Schweizerischen Baumeisterverbandes* ; Comco, DPC 2012/3, p. 657, *Recommandations tarifaires de l'Union suisse des professionnels de l'immobilier – Section Neuchâtel* ;

tion européenne serait toutefois avantageuse dans l'hypothèse où la fédération refuserait de prendre de tels engagements.

D. Les autorités

Qu'en est-il lorsqu'une autorité fixe un tarif ? Peut-on la qualifier d'entreprise ? L'interprétation de la notion se fait de manière large et peut comprendre des entités publiques. Dans ces cas, il faut cependant examiner la nature de l'activité et se demander si l'autorité agit en vertu de sa puissance publique. Si oui, elle n'est pas engagée dans le processus économique et on renonce à la qualifier d'entreprise. Si elle exerce une activité de nature économique, la LCart s'applique, pour autant que les autres conditions soient remplies et qu'aucune prescription réservée n'existe¹³³².

La notion de puissance publique n'est que peu définie dans les ouvrages de droit de la concurrence. En droit administratif, on reconnaît que l'Etat est doté d'un pouvoir de puissance publique (ou pouvoir souverain) lorsqu'il peut, par le biais d'un acte normatif ou administratif, manifester unilatéralement sa volonté et modifier ou définir la situation juridique des particuliers et lorsqu'il peut contraindre les particuliers à se conformer aux obligations créées, sans devoir passer par un tribunal¹³³³. Dès lors, « l'activité souveraine de l'administration recouvre l'ensemble des tâches dans l'accomplissement desquelles les organes de l'administration se trouvent par rapport aux administrés dans le *rapport d'inégalité* ou de *supériorité/subordination* qui caractérise la relation juridique de droit public »¹³³⁴.

La loi sur la TVA¹³³⁵ décrit, à son article 3 let. g, l'activité relevant de la puissance publique comme « l'activité d'une collectivité publique qui est de nature non entrepreneuriale, notamment non commerciale et qui n'est

¹³³² Cf. supra.

¹³³³ DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, N 155 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 17 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 28 ss.

¹³³⁴ DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, N 156. Cf. aussi, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif I, p. 17 et 99 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 30.

¹³³⁵ Loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (Loi sur la TVA, LTVA), RS 641.20.

pas en concurrence avec l'activité des entreprises privées, même si des émoluments, des contributions ou des taxes sont perçus ».

a. La fixation du tarif par le gouvernement cantonal

La fixation subsidiaire des tarifs peut se faire par le gouvernement cantonal. Dans le cas général prévu à l'art. 47 LAMal (absence de convention tarifaire), ainsi que dans la situation particulière des conventions qui auraient dû être conclues avec les associations de médecins (art. 48 al. 3 LAMal)¹³³⁶, le gouvernement cantonal rend une décision qui est soumise à recours au TAF, conformément à l'art. 53 al. 1 LAMal. C'est ainsi explicitement l'instrument de la décision qui est utilisé, bien qu'en pratique, cela ne soit pas si clair¹³³⁷.

En lien avec notre problématique, l'utilisation de l'instrument de la décision est instructive. En effet, la décision « permet de mettre en œuvre la puissance publique, puisque, unilatérale [elle] vient à chef sans que le consentement des administrés ne soit requis. Elle est à ce titre la manifestation même de la puissance publique, en ce sens que les droits et obligations ont pour fondement le pouvoir de l'Etat sur ses sujets, et non pas la conjonction (contractuelle) de deux ou plusieurs volontés qui se lient et peuvent se lier parce qu'elles sont autonomes »¹³³⁸. Dès lors, elle permet à l'autorité qui la rend de « disposer » de la situation juridique et matérielle de son destinataire. L'autorité qui a la compétence de rendre des décisions dispose d'une « prérogative de puissance publique » liée aux tâches publiques que la loi lui attribue¹³³⁹. Ainsi, lorsque le gouvernement cantonal rend une décision, il met en œuvre un pouvoir de puissance publique, soit

¹³³⁶ Cf. Deuxième Partie, Chap. 3.V.

¹³³⁷ Cf. par exemple l'arrêt du TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2011, c. 1. Le gouvernement cantonal du canton de Neuchâtel a rendu un « arrêté » qui fixe le tarif en lieu et place des partenaires tarifaires. Cet « arrêté » est apparemment considéré comme une « décision » par le TAF.

¹³³⁸ MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 174. Cf. aussi, DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, N 88, 415 et 855 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 844, 849 s. et 850 ss.

¹³³⁹ DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, N 855. Moins spécifique HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 844.

le pouvoir unilatéral de fixer un tarif. Il doit, en revanche et évidemment, exercer ce pouvoir dans le cadre fixé par la loi¹³⁴⁰.

On peut se demander s'il est possible de qualifier si facilement un tarif (fixé par une autorité) de décision. En effet, un tarif est parfois considéré comme ayant une valeur de norme. Doit-on alors distinguer l'acte de fixer le tarif du tarif lui-même ? Doit-on considérer qu'il s'agit, à la manière d'un plan ou d'une concession, d'un acte hybride ? Ces questions dépassent notre problématique. En effet, que l'autorité rende une décision ou que l'acte qu'elle adopte soit un acte normatif ou quasi normatif importe peu puisque, dans les deux éventualités, elle agit en vertu de sa puissance publique, ce qui est déterminant.

b. La fixation du tarif par le Conseil fédéral

L'art. 49 al. 2, dernière phrase LAMal prévoit que le Conseil fédéral est en dernier recours compétent pour fixer la structure tarifaire valable dans le domaine du traitement hospitalier. Il agit à la place de SwissDRG SA et rend une décision. Dès lors, le même raisonnement que celui tenu pour le gouvernement cantonal prévaut.

E. Synthèse

Ni le gouvernement cantonal ni le Conseil fédéral ne sont des entreprises aux yeux de la LCart, puisqu'ils n'offrent ni n'acquièrent des biens ou des services, mais agissent en vertu de leur puissance publique. La LCart n'est pas applicable ; le premier critère d'application n'est pas rempli. Ainsi, dès le moment où une autorité fixe un tarif, elle n'est pas liée par les exigences de cette loi. Elle ne peut toutefois pas agir totalement librement et doit respecter plusieurs principes, notamment celui de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence¹³⁴¹.

Les fournisseurs de prestations ainsi que les assureurs-maladie et les assureurs complémentaires sont, en règle générale, considérés comme des entreprises au sens de la LCart. La question est plus complexe en ce qui concerne les fédérations. A l'heure actuelle, on ne peut affirmer qu'elles sont des entreprises.

¹³⁴⁰ Cf. en ce sens, DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, N 415 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 864 ss.

¹³⁴¹ Sur la neutralité de l'Etat en matière de concurrence, cf. Première Partie, Chap. 2.II.d.i.

II. LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

Matériellement, la LCart s'applique aux accords en matière de concurrence, aux entreprises puissantes sur le marché ou aux concentrations d'entreprises. Dans le cadre de l'étude des conventions tarifaires, on peut, d'une part, analyser l'accord (A). On peut, d'autre part, parfois être en présence d'une entreprise en position dominante sur le marché (B).

A. Un accord en matière de concurrence

Les factures des fournisseurs de prestations admis sont établies sur la base de tarifs fixés par convention – puisque seule cette éventualité nous intéresse encore. Il faut se demander si cette convention constitue un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart.

La nature juridique des conventions tarifaires dans l'assurance-maladie n'est pas totalement claire¹³⁴². La doctrine propose de les qualifier de contrats de droit public, car les assureurs ont une prérogative de puissance publique¹³⁴³. En réalité, la qualification juridique n'est pas déterminante au regard du droit des cartels, puisque la forme de l'accord n'importe pas¹³⁴⁴.

La LAMal prévoit la fixation de tarifs par convention (à défaut, l'autorité fixe). Il y a une « obligation » de conclure. Si les conventions sont conclues par le biais de fédérations, aucune obligation n'existe pour les membres de la fédération d'y adhérer. En revanche, une fois qu'une convention est conclue ou qu'un assureur ou un fournisseur de prestations a adhéré à la convention conclue par sa fédération, elle doit être respectée¹³⁴⁵. Ce point n'est pas non plus déterminant dans la mesure où la LCart s'applique aux conventions avec ou sans force obligatoire¹³⁴⁶.

Les parties à l'accord peuvent se trouver sur des échelons du marché identiques ou différents. L'art. 46 al. 1 LAMal permet plusieurs variantes de conventions tarifaires. On peut envisager des conventions conclues uniquement entre fédérations (d'assureurs et de fournisseurs de prestations), uniquement entre assureurs et fournisseurs ou un mélange des

¹³⁴² SCARTAZZINI/HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, § 16 N 183 n. 217.

¹³⁴³ SCARTAZZINI/HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, § 16 N 187 ; MAURER, *SVR I*, p. 144. Cf. aussi EUGSTER, *Rechtsprechung KVG ad Art. 43*, N 6.

¹³⁴⁴ Cf. Première Partie, Chap. 3.II.A.a. et références.

¹³⁴⁵ Art. 46 al. 2 LAMal. Cf. Deuxième Partie, Chap. 3.X.B.f. pour Tarmed.

¹³⁴⁶ Cf. Première Partie, Chap. 3.II.A.a. et références.

deux (fédération face à assureurs ou fournisseurs non organisés en fédération).

Dans une décision, la Comco s'est penchée sur un accord dans le domaine de l'assurance semi-privée, conclu entre une fédération de médecins, quatre cliniques privées et plusieurs assureurs. Ce contrat porte sur l'établissement de factures pour des prestations fournies dans des cliniques à des patients assurés en semi-privé. L'analyse de l'accord est intéressante. Formellement, il n'y a qu'un seul contrat. En réalité, il faut l'examiner en deux étapes. Tout d'abord, plusieurs contrats horizontaux lient les médecins entre eux – résultat de négociations menées par la fédération –, les cliniques privées entre elles ou les assureurs entre eux. Ces trois contrats sont des accords selon l'art. 4 al. 1 LCart, puisqu'ils fixent de manière obligatoire une taxe et avec cela le prix des prestations¹³⁴⁷. Ensuite, un accord lie les médecins, les cliniques et les assureurs entre eux. Ce dernier a été conclu par des entreprises se situant sur des échelons différents du marché¹³⁴⁸. Dès lors, de tels contrats répondent à la notion d'accord¹³⁴⁹.

Selon l'art. 4 LCart, la convention doit en outre viser ou entraîner une restriction à la concurrence. On examine si l'on a affaire à une action commune en vue d'influencer les paramètres concurrentiels. Une convention tarifaire fixe un tarif pour des prestations médicales, donc *in fine* un prix uniforme pour les parties à la convention¹³⁵⁰. Le prix est un des paramètres concurrentiels les plus importants de sorte que l'accord déroge au jeu de la concurrence.

¹³⁴⁷ Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 31 ss.

¹³⁴⁸ Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 39 ss. En ce sens, voir aussi Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 40 ss qui identifie un accord horizontal entre les membres d'une fédération d'assureurs, qui déploie des effets verticaux sur les fournisseurs de prestations liés à ces assureurs. Ces effets verticaux déploient à leur tour des effets horizontaux sur les autres fournisseurs de prestations.

¹³⁴⁹ Art. 4 al. 1 LCart. Pour un exemple, concernant un autre accord qu'une convention tarifaire, Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 17.

¹³⁵⁰ En ce sens, SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 708.

Ainsi, d'un point de vue du champ d'application matériel de la LCart, une convention tarifaire doit être considérée comme un accord (ou plusieurs accords) en matière de concurrence selon les art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart.

B. Une entreprise en position dominante

La loi s'applique également aux entreprises qui sont en position dominante sur le marché¹³⁵¹, c'est-à-dire qui peuvent, en matière d'offre ou de demande, se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart). Les dispositions matérielles ne sanctionnent que l'abus (art. 7 LCart).

On peut imaginer être dans une situation qui nécessite l'examen de l'art. 7 LCart – applicable si l'on se trouve dans le champ d'application personnel et territorial et qu'il n'existe pas de prescription réservée.

En effet, l'art. 46 LAMal envisage toute sorte de conventions tarifaires, y compris celle entre une fédération, d'une part, et un assureur ou un fournisseur de soins, d'autre part. La fédération peut tenter d'imposer des conditions excessives à son partenaire tarifaire. La fédération n'est pas (systématiquement) considérée comme une entreprise seule, mais lorsque plusieurs entreprises agissent ensemble par le biais d'une fédération importante, d'autant plus lorsque celle-ci réunit tous les acteurs du marché, on peut retenir une position dominante collective – *a fortiori* une puissance sur le marché¹³⁵². Pour retenir une position dominante collective, il faut, d'une part, que sur le plan de la concurrence interne, les entreprises constituent ensemble une entité collective à l'égard des concurrents, des partenaires commerciaux ou des consommateurs et, d'autre part, que sur le plan de la concurrence externe, l'entité collective détienne une position dominante sur le marché. Il existe dès lors des liens ou des corrélations entre des entités économiquement indépendantes. Ceux-ci les conduisent à adopter une même ligne de conduite sur le marché¹³⁵³. Dans le cadre d'une fédération, ces conditions sont de prime abord remplies de sorte que l'on admettra la position dominante collective. On constate un rapport de force inégal entre les partenaires tarifaires ; la fédération peut

¹³⁵¹ Sur la distinction entre une entreprise puissante sur le marché et en position dominante sur le marché, cf. Première Partie, Chap. 3.II.A.b.

¹³⁵² Sur ces distinctions, cf. Première Partie, Chap. 3.II.A.b.

¹³⁵³ CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, Art. 4 al. 2 LCart, N 55 et 57.

tenter d'imposer des conditions ou d'exclure un partenaire tarifaire des négociations¹³⁵⁴.

Ce cas peut aussi se présenter lorsque l'on retient une seule entreprise du côté des fournisseurs de prestations, par exemple car le canton dispose de l'indépendance économique nécessaire à la qualification comme entreprise, au détriment des hôpitaux qu'il exploite¹³⁵⁵.

III. LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL

La LCart est applicable quand les effets d'un acte se produisent en Suisse¹³⁵⁶. Cette condition ne présente aucune difficulté. Les conventions tarifaires déploient leurs effets sur la facturation des prestations fournies par les fournisseurs parties à l'accord et se trouvant sur le territoire couvert par la convention. L'assureur prend en charge directement le montant ou rembourse le patient. Le territoire suisse, voire même cantonal, est concerné¹³⁵⁷.

IV. L'ÉTUDE DES PRESCRIPTIONS RÉSERVÉES

Lorsque les conditions de l'art. 2 LCart sont remplies, il faut vérifier l'existence d'une prescription réservée¹³⁵⁸. La règle générale (art. 46 LAMal, en lien avec l'art. 43 al. 4 LAMal) doit être examinée (A). Nous mentionnons aussi, plus brièvement, le cas de l'art. 47 LAMal (en lien avec l'art. 43 al. 4 LAMal) (B). Les dispositions spéciales concernant le financement des prestations en stationnaire, respectivement en ambulatoire sont traitées dans leurs chapitres respectifs¹³⁵⁹.

A. Les art. 43 al. 4 et 46 al. 1 et 2 LAMal

L'art. 43 al. 4 LAMal prévoit que les tarifs et les prix sont fixés par convention entre les assureurs et les fournisseurs de prestations (convention

¹³⁵⁴ SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 709.

¹³⁵⁵ Cf. Section I.A.b du présent chapitre et le renvoi à la Quatrième Partie, Chap. 4, spécialement Section I.B et I.C.

¹³⁵⁶ Cf. Première Partie, Chap. 3.III.

¹³⁵⁷ Cf. Quatrième Partie, Chap. 3. (SwissDRG) et Cinquième Partie, Chap. 2. (Tarmed) pour des exemples.

¹³⁵⁸ Sur les prescriptions réservées, cf. Première Partie, Chap. 3.V.A.

¹³⁵⁹ Cf. Quatrième Partie, Chap. 3. (SwissDRG) et Cinquième Partie, Chap. 2. (Tarmed).

tarifaire) 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. Lorsqu'il s'agit de conventions conclues entre des fédérations, les organisations qui représentent les intérêts des assurés sur le plan cantonal ou fédéral sont entendues avant la conclusion.

Lorsque les tarifs sont fixés par convention tarifaire, l'art. 46 al. 1 LAMal précise qui en sont les parties et permet plusieurs variantes. On peut envisager des conventions conclues uniquement entre fédérations (d'assureurs et de fournisseurs de prestations), uniquement entre assureur(s) et fournisseur(s) ou un mélange des deux (une fédération face à un assureur ou fournisseur). L'art. 46 al. 2 LAMal précise que si la partie à une convention est une fédération, la convention ne lie ses membres que s'ils y ont adhéré. Les non-membres qui exercent leur activité dans le rayon conventionnel peuvent également y adhérer.

a. Les conventions tarifaires

Les accords conclus entre un fournisseur de prestations et un assureur ne sont pas pertinents au regard du droit de la concurrence, dans la mesure où il s'agit d'une fixation « normale » du prix. En revanche, à partir du moment où au moins deux assureurs ou deux prestataires agissent ensemble dans les négociations, la question de l'application de la LCart se pose. Quant à l'examen des prescriptions réservées, il faut selon nous distinguer deux hypothèses.

La première hypothèse concerne les conventions collectives entre groupes égaux (« contrats collectifs ») et les conventions tarifaires conclues entre fédérations¹³⁶⁰. Le législateur a expressément prévu la possibilité de conclure des contrats collectifs – notamment par le biais de fédérations. L'art. 46 al. 1 et 2 précise cela et fixe des limites. La volonté qui a présidé à l'adoption de ces dispositions est de mettre fin aux cartels de fournisseurs de prestations par lesquels le prix des prestations est uniformément fixé. L'idée est de permettre non seulement des accords globaux, mais également des accords divergents¹³⁶¹.

¹³⁶⁰ Vu qu'une fédération n'est pas directement soumise à la LCart, il n'importe pas que ce soit effectivement des fédérations ou uniquement des grands groupes.

¹³⁶¹ SEGMÜLLER, Rapportrice, BO CN 1993 1731.

Selon le message du Conseil fédéral, les conventions conclues par des fédérations ont un effet positif et sont souhaitables dans la mesure où elles permettent une concertation, une harmonisation et une rationalisation en matière de tarifs. Elles sont, en règle générale, passées par des partenaires ayant la même importance, augmentant les chances d'aboutir à des accords dont le contenu est équilibré. La conclusion sur le plan national de conventions tarifaires peut même être avantageuse et doit être approuvée¹³⁶². Cela vaut, pour les traitements ambulatoires et pour les hôpitaux, en tout cas pour la structure du tarif. La valeur du point peut, en revanche, être fixée de manière décentralisée¹³⁶³. En revanche, la LAMal laisse une marge de manœuvre aux partenaires tarifaires pour fixer le meilleur cadre possible pour les régimes tarifaires et met au premier plan le principe de la liberté contractuelle¹³⁶⁴. Dans cette lignée, il n'y a pas d'obligation d'adhésion à une convention pour les membres de la fédération contractante (cf. art. 46 al. 2 LAMal). Selon le message du Conseil fédéral, des accords divergents sont même souhaités lorsqu'ils contribuent à la maîtrise des coûts¹³⁶⁵. Ainsi, le système permet, voire impose, aux partenaires tarifaires d'harmoniser le système tarifaire et de se coordonner si cela va dans le sens d'une maîtrise des coûts. En revanche, ils peuvent, si cela se révèle approprié, opter pour la différenciation et la concurrence¹³⁶⁶. Ils peuvent finalement mêler ces deux possibilités¹³⁶⁷.

L'intention du législateur semble claire. Dans le but d'épargner et de maîtriser les coûts, toutes sortes d'accords doivent être possibles. Il apparaît douteux qu'il reste de la place pour l'application de la LCart, même dans le cas d'un contrat collectif qui a pour but de fixer un tarif uniforme entre de nombreux acteurs unis sous l'égide de fédérations. Le fait de pouvoir conclure des accords sur les prix entre plusieurs acteurs est prévu expressément dans la loi¹³⁶⁸. L'art. 46 al. 1 et 2 prévoit des réserves au

¹³⁶² Mess-LAMal, p. 160.

¹³⁶³ Cf. art. 43 al. 5 et 49 al. 1 LAMal ; Mess-LAMal, p. 155.

¹³⁶⁴ Mess-LAMal, p. 160. Pour les débats parlementaires, cf. SEGMÜLLER, Rapportrice, BO CN 1993 1731 et 1732 s. ; PHILIPONA, Rapporteur, BO CN 1993 1739 ; ONKEN, BO CE 1992 1275.

¹³⁶⁵ Mess-LAMal, p. 161.

¹³⁶⁶ En doctrine, cf. DUC, Propositions, p. 12.

¹³⁶⁷ Mess-LAMal, p. 161.

¹³⁶⁸ En ce sens, SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 709. Ceux-ci se concentrent cependant sur les conventions collectives liant des grands groupes ou des fédérations

sens de l'art. 3 LCart en ce qui concerne les conventions tarifaires collectives ou entre groupes dans l'assurance de base. On peut qualifier cela de régime de prix de caractère étatique (art. 3 al. 1 let. a LCart)¹³⁶⁹.

De plus, le contenu de l'accord est limité par l'art. 46 al. 3 LAMal, selon lequel ne sont pas admises et donc nulles en particulier les mesures, qu'elles soient contenues dans une convention tarifaire, dans un contrat séparé ou dans un accord, lorsqu'elles prévoient l'interdiction faite aux membres de groupements de conclure des contrats séparés, l'obligation faite aux membres de groupements d'adhérer aux accords existants, l'interdiction de concurrence entre les membres ou des clauses d'exclusivité et celles qui interdisent tout traitement de faveur (cf. ci-dessous).

Un autre argument peut être invoqué : la convention tarifaire doit être approuvée par le gouvernement cantonal ou fédéral si sa validité s'étend à toute la Suisse (art. 46 al. 4 LAMal). L'accord entre les partenaires tarifaires est dès lors directement l'objet de l'approbation¹³⁷⁰. Le prix fixé est vérifié, ce qui va dans le sens d'un régime de prix de caractère étatique.

Ainsi, une intervention des autorités de la concurrence est exclue¹³⁷¹. La Comco va également dans ce sens ; elle admet que, en raison de l'art. 46 LAMal, une application des dispositions matérielles de la LCart n'est pas possible¹³⁷². La Comco peut toutefois rendre des recommandations (art. 45 LCart).

b. La négociation et la conclusion de conventions tarifaires lorsqu'une partie est en position dominante

La seconde hypothèse vise les accords verticaux conclus entre une fédération de fournisseurs de prestations ou d'assureurs et un seul fournisseur

dans la mesure où si seul un petit nombre d'acteurs est concerné, les dispositions matérielles de la LCart ne sanctionneront pas l'accord. Puisque nous nous concentrons sur le champ d'application de la LCart, nous considérons toutes les sortes d'accords.

¹³⁶⁹ Sur cette notion, cf. Première Partie, Chap. 3.V.A.b.iii.

¹³⁷⁰ Selon SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 709, l'approbation par le gouvernement donne au tarif une valeur de « tarif étatique », et constitue ainsi une prescription réservée.

¹³⁷¹ SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 709 s.

¹³⁷² Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 35. La Comco affirme ce point, mais ne le développe pas plus avant.

de prestations ou un seul assureur. Un tel accord peut déjà être interdit par l'art. 46 al. 3 let. d LAMal selon lequel les mesures contenues dans une convention tarifaire, dans un contrat séparé ou dans un accord, lorsqu'elles prévoient des clauses d'exclusivité ou des clauses qui interdisent tout traitement de faveur, ne sont pas admises et donc nulles. Cette disposition, adoptée suite à un rapport et des recommandations de la Commission des cartels¹³⁷³, a pour but d'exclure les accords empêchant la conclusion de contrats divergents, ce qui entrave la concurrence¹³⁷⁴, afin de réaliser plus de concurrence sur le marché¹³⁷⁵.

Avant l'adoption de la LAMal, des conventions tarifaires – ainsi que certains statuts de fédérations – contenaient des clauses d'exclusivité et des clauses interdisant tout traitement de faveur, à savoir des clauses selon lesquelles les caisses-maladie ne pouvaient pas conclure de contrats divergents avec un seul ou un groupe de fournisseurs et selon lesquelles des caisses non fédérées ne pouvaient pas conclure de tarifs ou de contrats moins chers ou divergents. De telles clauses créaient un régime tarifaire uniforme sur le marché et limitaient la concurrence. La Comco a retenu que ces accords constituaient des cartels. N'étant pas prévus par la loi, ils pourraient être examinés selon la LCart. Il n'y avait pas de régime de marché ou de prix de caractère étatique¹³⁷⁶. Avec l'art. 46 al. 3 let. d LAMal, les clauses d'exclusivité sont désormais illicites¹³⁷⁷. On retient, par exemple, une clause d'exclusivité lorsqu'un assureur garantit à un Professeur de chirurgie le versement d'un montant élevé pour une opération compliquée, et s'engage à ne pas verser aux autres chirurgiens un même montant¹³⁷⁸. En revanche, les traitements de faveur sont permis. Il n'est

¹³⁷³ Commission des cartels, Publ. CC 1993/2 1, *Krankenkasse und Tarifverträge*.

¹³⁷⁴ SEGMÜLLER, Rapportrice, BO CN 1993 1732.

¹³⁷⁵ SEGMÜLLER, Rapportrice, BO CN 1993 1732. Cf. HÜRLIMANN, *Krankenversicherung*, p. 240.

¹³⁷⁶ Commission des cartels, Publ. CC 1993/2 1, *Krankenkasse und Tarifverträge*, p. 38 s. et 84.

¹³⁷⁷ Commission des cartels, Publ. CC 1993/2 1, *Krankenkasse und Tarifverträge*, p. 39 et 84.

¹³⁷⁸ SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 709. Cf. aussi MAURER, *Krankenversicherungsrecht*, p. 84.

dès lors pas possible d'interdire à un médecin de conclure un tarif plus bas que celui de la fédération¹³⁷⁹.

On peut toutefois imaginer que la situation ne soit pas aussi limpide, mais qu'on se trouve dans un cas où les rapports de force effectifs entre les partenaires tarifaires actifs sur un marché déterminé ne sont pas égaux. On pense, notamment, à l'utilisation du pouvoir de négociation d'une fédération face à un seul partenaire contractuel et grâce auquel celui-ci peut imposer certaines conditions contractuelles ou à l'exclusion de certains partenaires des négociations de la convention tarifaire. On vise par exemple un cas où santésuisse, voire un groupement important d'assureurs, négocie des tarifs avec plusieurs pharmaciens, mais en exclut un des négociations. Ces situations intéressent le droit de la concurrence, d'une part, car il peut s'agir d'un accord horizontal au sens de l'art. 5 LCart avec des effets verticaux, mais, d'autre part aussi, car on serait face à un comportement (potentiellement) abusif de la part d'une entreprise en position dominante collective¹³⁸⁰ au sens de l'art. 7 LCart¹³⁸¹. En effet, la fédération regroupe la quasi-totalité des acteurs (assureurs ou fournisseurs de soins). Ceux-ci sont des entreprises. On peut alors retenir une position dominante collective¹³⁸².

Selon nous, il faut admettre ici une application de la LCart¹³⁸³. Plus précisément, la compétence des autorités de la concurrence se justifie dans la situation où il n'y a en réalité pas d'accord, une entreprise étant exclue des négociations par l'entité en position dominante collective. Elle se justifie selon nous aussi dans les situations où il y a certes un accord – celui-ci est toutefois couvert par une prescription réservée –, mais où les conditions de (l'abus de) position dominante sont également remplies. Il faut toutefois que la clause ne soit pas déjà illicite en vertu de l'art. 46 al. 3 LAMal.

¹³⁷⁹ HUBER, Rapporteur, BO CE 1993 1073.

¹³⁸⁰ Il s'agit d'une position dominante de la fédération si elle peut être qualifiée d'entreprise. Dans la négative, on parle de position dominante collective de la part des entreprises réunies en fédération.

¹³⁸¹ SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 709.

¹³⁸² Sur la notion de position dominante collective et les critères, cf. Chap. 1.II.B. de la présente Partie.

¹³⁸³ Partiellement en ce sens, avec une argumentation quelque peu différente, SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 709 s.

La volonté du législateur était de prévoir que toutes sortes de conventions tarifaires soient possibles, y compris le cas d'une fédération, face à un seul fournisseur de prestations ou un seul assureur (ou un petit nombre d'entre eux). Toutefois, tant le message que les débats parlementaires démontrent la volonté de renforcer la concurrence entre les partenaires tarifaires¹³⁸⁴ et d'introduire la liberté contractuelle¹³⁸⁵. Dans ce contexte, le droit de la concurrence pose une limite à cette liberté¹³⁸⁶, mais contribue également, dans une certaine mesure, à sa protection et à son effectivité¹³⁸⁷. De plus, ces éléments (liberté contractuelle et renforcement de la concurrence) seraient menacés dans le cas précis d'une fédération qui négocie avec une seule entité – ou refuse de négocier – puisque cette première est en position dominante collective et peut en abuser. Or, le législateur souhaite que les tarifs soient en premier lieu fixés par des entreprises, suite à des négociations qui se déroulent dans un contexte de libre concurrence. Uniquement dans l'éventualité où les partenaires tarifaires ne se mettent pas d'accord, l'Etat fixe directement un tarif¹³⁸⁸. Selon nous, il faut donc retenir que, si le point de départ d'une restriction à la concurrence est issu d'une position dominante et si l'éventuel abus a lieu pendant la phase de négociation, il doit rester une possibilité d'intervention des autorités de la concurrence¹³⁸⁹, et ce malgré l'approbation du tarif. La LCart prévoit en effet des limites aux comportements des partenaires conventionnels. Admettre ici l'application de la LCart répond à la *ratio legis* des art. 43 al. 4 et 47 al. 1 LAMal¹³⁹⁰.

¹³⁸⁴ SEGMÜLLER, Rapportrice, BO CN 1993 1731 et 1732 s.

¹³⁸⁵ Mess-LAMal, p. 160. Dans les débats parlementaires, cf. p. ex. SEGMÜLLER, Rapportrice, BO CN 1993 1731 et 1732 s. ; PHILIPONA, Rapporteur, BO CN 1993 1739 ; ONKEN, BO CE 1992 1275.

¹³⁸⁶ Art. 19 al. 1 et 20 al. 1 CO. Sur les autres éléments de la relation entre la liberté contractuelle et le droit de la concurrence, cf. MARTENET, Liberté contractuelle, p. 86. Cf. aussi LÜSCHER, Kartellrechtsdurchsetzung, p. 1662.

¹³⁸⁷ MARTENET, Liberté contractuelle, p. 90 ss et réf. Le droit de la concurrence a pour but la protection de la concurrence comme institution, mais a aussi une dimension individuelle de protection de la liberté d'action de chaque personne.

¹³⁸⁸ SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 710.

¹³⁸⁹ Cette situation est également envisagée, avec un raisonnement quelque peu différent, par SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 709 s.

¹³⁹⁰ SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 710.

Dans ce contexte, que faire si la convention tarifaire est conclue suite à un abus de position dominante ? Cette situation est particulièrement épineuse, car l'accord (la convention tarifaire) *in fine* conclu est en réalité approuvé par une autorité étatique (le gouvernement cantonal ou le Conseil fédéral selon les art. 46 al. 4, 48 al. 1 ou 49 al. 2 LAMal).

Le fait que la convention tarifaire soit approuvée conduit SCHALLER/TAGMANN à admettre que, même si la convention est issue d'un abus de position dominante, l'approbation par le gouvernement donne au tarif une valeur de « tarif étatique », et constitue ainsi une prescription réservée. Ils retiennent une compétence de la Comco tant que le gouvernement cantonal n'a pas encore examiné le tarif ou ne l'a pas approuvé, soit dans le cas où la conclusion tarifaire n'est pas (encore) conclue. Dès que la convention est conclue, on entre dans la procédure d'approbation et la Comco ne peut plus intervenir. La compétence de la Comco est selon eux subsidiaire, ce qui permet d'éviter les décisions contradictoires¹³⁹¹. Cette compétence subsidiaire ne reposant sur aucune base légale, nous ne suivons pas directement leur opinion.

Notons que la Comco a examiné, dans un avis, la prise en charge par une assurance-maladie complémentaire de la différence de coûts en cas d'hospitalisation hors canton. La relation entre les assureurs et les hôpitaux relève en réalité de la LAMal (libre choix de l'hôpital et prise en charge des coûts jusqu'à concurrence du tarif applicable au canton de domicile prévus par la LAMal, cf. art. 41, et 41a, 47 al. 2 LAMal). Une telle convention doit dès lors être approuvée par le gouvernement cantonal selon l'art. 46 al. 4 LAMal. La Comco, citant SCHALLER/TAGMANN, retient que, dans le cas où la convention est approuvée en vertu de la LAMal, il n'y a plus de place pour la LCart conformément à l'art. 3 al. 1 LCart et ce peu importe si le contrat a été conclu de manière conforme à la LCart¹³⁹². Les propos de la Comco s'inscrivent dans l'analyse d'une convention tarifaire ; il n'est toutefois pas question d'une éventuelle position dominante.

Pour apprécier une convention tarifaire conclue à la suite d'un abus de position dominante, on peut, selon nous, s'inspirer des avis développés

¹³⁹¹ SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 709 s.

¹³⁹² Comco, DPC 2004/4 p. 1293, *Gutachten Versicherung « allgemein ganze Schweiz »*, ch. 28 s.

dans le contexte des contrats conclus sur la base d'un accord illicite (*Folgeverträge*) ou d'un abus de position dominante. La question du traitement du contrat conclu à la suite d'un abus de position dominante est controversée en doctrine¹³⁹³. On doit pouvoir admettre une éventuelle nullité de l'accord dans le cas où l'abus de position dominante a affecté le contenu ou l'objet de l'accord¹³⁹⁴. En l'espèce, l'abus de la position dominante se matérialise dans la convention tarifaire finalement conclue¹³⁹⁵. En droit privé, la nullité ne sera toutefois pas retenue automatiquement, mais seulement si certaines conditions sont remplies¹³⁹⁶. Dans le cas présent, la convention tarifaire n'est, selon la doctrine majoritaire, pas un contrat de droit privé¹³⁹⁷. En revanche, il faudrait selon nous retomber dans les dispositions prévues par la LAMal. Nous proposons de permettre à l'autorité concernée d'arrêter un nouveau tarif, rétroactivement¹³⁹⁸ si cela se justifie dans le cas d'espèce, comme si aucune convention tarifaire n'était conclue ou comme si la convention n'avait pas été validée. Cela se justifiera si le contrat est une conséquence nuisible que le législateur ou le constituant a voulu empêcher, si la nullité est dans l'intérêt de la victime de l'entrave et si le principe de proportionnalité est respecté¹³⁹⁹. La victime

¹³⁹³ MARTENET, Liberté contractuelle, p. 134 ; LÜSCHER, Kartellrechtsdurchsetzung, p. 1664 ; CR Concurrence-REYMOND, Rem. art. 12 ss LCart, N 85 ss.

¹³⁹⁴ MARTENET, Liberté contractuelle, p. 135 ; WIGET, Folgeverträge, p. 141 ss. Cf. aussi, avec quelques nuances, CR Concurrence-REYMOND, Rem. art. 12 ss LCart, N 85.

¹³⁹⁵ On ne se trouve donc pas directement dans l'hypothèse d'un *Folgevertrag*. Sur ce point, MARTENET, Liberté contractuelle, p. 135.

¹³⁹⁶ Pour une proposition des conditions d'examen applicables afin de retenir la nullité du contrat conclu suite à un abus de position dominante, cf. MARTENET, Liberté contractuelle, p. 122 ss et 135 ; CR Concurrence-REYMOND, Rem. art. 12 ss LCart, N 87. Notamment, le contrat doit être une conséquence nuisible que le législateur ou le constituant a voulu empêcher, la nullité doit être dans l'intérêt de la victime de l'entrave et le principe de proportionnalité doit être respecté.

¹³⁹⁷ Elle retient plutôt un contrat de droit public. SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 187 ; MAURER SVR I, p. 144. Cf. aussi EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 43, N 6.

¹³⁹⁸ L'effet rétroactif se justifie, à l'instar de la nullité *ex tunc*, par le fait que la convention est approuvée pour une certaine durée et qu'elle entrave le partenaire tarifaire dans son accès au marché. En théorie, cf. CR Concurrence-REYMOND, Rem. art. 12 ss LCart, N 87.

¹³⁹⁹ Cf. MARTENET, Liberté contractuelle, p. 122 ss et 135.

de l'abus dispose en outre des actions en réparation du dommage et en suppression de l'atteinte au sens de l'art. 12 LCart¹⁴⁰⁰.

En revanche, lorsque l'on est face à une exclusion des négociations d'un partenaire tarifaire, la LCart s'applique pleinement.

Si l'on ne suit pas cette proposition, mais que l'on considère que l'art. 46 al. 3 LAMal est une prescription réservée, la convention acceptée ne peut être revue. Ainsi, l'abus de position dominante qui se matérialise dans un accord ne peut plus être sanctionné, au contraire de celui qui ne donne pas lieu à la conclusion d'une convention tarifaire.

B. L'art. 47 LAMal

En cas d'absence de convention tarifaire, l'art. 47 al. 1 à 3 LAMal prévoit que le tarif est fixé par une autorité étatique à savoir le gouvernement cantonal. Selon nous, l'autorité qui adopte un tarif n'est pas une entreprise et les conditions d'application de l'art. 2 LCart ne sont donc pas remplies¹⁴⁰¹. La LCart n'est, à ce stade de l'analyse, pas du tout applicable. Nous précisons toutefois que l'art. 47 LAMal constitue sans difficulté une réserve au sens de l'art. 3 al. 1 LCart¹⁴⁰². On a dès lors un double argument parlant contre l'application de la LCart.

V. SYNTHÈSE

Si le gouvernement cantonal ou fédéral arrête un tarif, il n'agit pas comme entreprise et la LCart n'est pas applicable. En revanche, les assureurs et les fournisseurs de prestations peuvent être qualifiés d'entreprises au sens du droit des cartels. Lorsqu'ils concluent des conventions tarifaires LAMal qui réunissent plus de parties qu'un assureur et un fournisseur de soins, on retient un accord en matière de prix qui fixe la rémunération (uniforme) des prestations de santé. S'ils sont, pour cela, organisés en fédérations, la convention est un accord en matière de concurrence entre les membres des fédérations ayant adhéré à l'accord. Les tarifs sont conclus entre partenaires, en Suisse, pour des prestations fournies sur le territoire. Les effets se produisent en Suisse. Les conditions d'application

¹⁴⁰⁰ En ce sens, CR Concurrence-REYMOND, Rem. art. 12 ss LCart, N 85.

¹⁴⁰¹ Cf. Section I.D. du présent Chapitre.

¹⁴⁰² En ce sens, SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 710 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 140.

de l'art. 2 LCart sont remplies. En revanche, le système est largement régi par des prescriptions que l'on qualifie de réservées et qui empêchent l'application des dispositions matérielles de la LCart. L'art. 46 LAMal prévoit spécialement la possibilité de conclure des conventions tarifaires, aussi dans le but de fixer des tarifs uniformes entre les membres des fédérations. Un examen des dispositions matérielles de la LCart, en vue de rendre une décision, ne peut avoir lieu.

En revanche, lorsqu'une fédération négocie, puis éventuellement conclut, un tarif avec un seul assureur ou un seul fournisseur de prestations, on peut se poser la question d'une situation de position dominante collective. Un déséquilibre dans le pouvoir de négociation peut être constaté. Une fédération qui refuse de contracter avec un fournisseur ou un assureur est également en position dominante et *de prime abord* en abuse. Une intervention des autorités de la concurrence est dans ce contexte possible. Le législateur a voulu introduire une certaine liberté contractuelle ; la LCart constitue alors une limite. Cette situation, dans la mesure où elle n'est pas déjà interdite par l'art. 46 al. LAMal, n'est pas couverte par une prescription réservée.

Chapitre 2 : L'APPLICATION DE LA LCART À LA FIXATION DES TARIFS DES PRESTATIONS PRISES EN CHARGE PAR L'ASSURANCE-MALADIE COMPLÉMENTAIRE

La question à laquelle nous répondons dans le présent chapitre est celle de savoir si la LCart peut s'appliquer dans le cadre de la fixation des tarifs arrêtés, respectivement dans le cadre de la conclusion des conventions tarifaires, dans le cas où il n'y a pas de prise en charge selon la LAMal.

Les conditions d'application de l'art. 2 LCart sont examinées. Nous déterminons si les fournisseurs de prestations sont des entreprises (I). D'un point de vue matériel (II), nous distinguons les tarifs adoptés par les fournisseurs de prestations des conventions tarifaires conclues avec les assureurs. Parfois, le canton peut être impliqué. Le deuxième pilier peut aussi entrer en ligne de compte. L'examen du champ d'application territorial ne pose pas de problèmes (III). Nous recherchons enfin si des prescriptions réservées existent (IV). Nous examinons le droit fédéral et cantonal.

I. LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL

Lorsque le tarif est fixé unilatéralement, l'entité compétente est soit le fournisseur de prestations, soit le canton. Si le prix est fixé par une convention tarifaire, les entités à examiner sont les assureurs proposant des couvertures complémentaires, d'une part, et les fournisseurs de prestations, d'autre part. Ce sont eux qui sont les parties à l'accord respectivement, si le fournisseur dépend du canton et que ce dernier est l'entreprise ou qu'une fédération est partie à la convention, en position dominante.

A. Les fournisseurs de prestations fournissant des prestations non prises en charge par la LAMal

a. En général

Les fournisseurs des prestations concernés sont les entités qui offrent des prestations de santé ou des prestations annexes (hôtelières ou de transport par exemple) qui ne sont pas couvertes par l'AOS. On peut penser aux dentistes, aux entités chargées du rapatriement d'urgence depuis

l'étranger, aux entités exerçant la médecine alternative, aux drogueries¹⁴⁰³, aux fabricants et grossistes (de médicaments dans la décision concernée)¹⁴⁰⁴, aux intermédiaires actifs dans le domaine de services électroniques de la santé (comme TrustCenter, MediData, H-Net)¹⁴⁰⁵, aux établissements hospitaliers et cliniques privées¹⁴⁰⁶ proposant des prestations non prises en charge (libre choix de l'établissement hospitalier, hospitalisation en division commune, semi-privée ou privée) ou qui ne sont pas sur la liste cantonale, aux médecins prodiguant des soins privés ou à leur fédération¹⁴⁰⁷.

Les prestations fournies ne sont pas gratuites. Le patient paie son traitement ou, s'il a conclu une assurance, l'entreprise d'assurance le prend en charge directement ou rembourse l'assuré. Dans ce cas, ce dernier paie une prime pour le risque assuré¹⁴⁰⁸. Les fournisseurs de prestations participent au processus économique. Ils ont souvent été considérés comme des entreprises par les autorités de la concurrence¹⁴⁰⁹.

b. Un groupe d'entreprises

(i) Les associations de fournisseurs de prestations

Les tarifs ou conventions tarifaires peuvent être arrêtés, négociés ou conclus par des associations de fournisseurs de prestations. Il faut se demander qui est économiquement indépendant pour déterminer à quel niveau se trouve l'entreprise au sens de la LCart. Comme nous l'avons démontré,

¹⁴⁰³ Comco, DPC 2000/3, p. 320, *Vetrieb von Arzneimitteln/Sanphar*, ch. 27.

¹⁴⁰⁴ Comco, DPC 2000/3, p. 320, *Vetrieb von Arzneimitteln/Sanphar*, ch. 27.

¹⁴⁰⁵ Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung* ; Secrétariat, DPC 2007/2, p. 174, *Elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen*, ch. 27 ; CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*.

¹⁴⁰⁶ Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 1 et 30.

¹⁴⁰⁷ Comco, DPC 2003/2, p. 265, *Tarifcation des honoraires des médecins genevois en matière de soins privés*. Cf. aussi CoRe, DPC 2001/4, p. 800, *Ärztegesellschaft des Kantons Zürich AGZ* ; Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 1 et 30.

¹⁴⁰⁸ Sur la prime, WIDMER, *Sozialversicherung*, p. 221 ; SCHAER, *Versicherungsrecht*, § 15, p. 425 ss (N 1 ss).

¹⁴⁰⁹ Voir sur cette question, les décisions mentionnées en note de la présente section.

une fédération (ou association de branche) n'est que rarement considérée comme une entreprise¹⁴¹⁰.

Plusieurs décisions rendues en matière de tarifs privés par les autorités de la concurrence concernaient des associations de médecins. Le Secrétariat de la Comco a, par exemple, explicité que les membres de l'association des médecins du canton de Berne sont des entreprises au sens de la LCart. Ils offrent ou acquièrent des biens ou services et participent de manière indépendante au processus économique¹⁴¹¹. Dans d'autres décisions de la Comco, on déduit qu'il faut considérer les fournisseurs de prestations comme des entreprises. Par exemple, l'association des médecins du canton de Genève (AMG) adopte de manière unilatérale des recommandations tarifaires (prix fixe ou en fourchette), sans force obligatoire. Ces tarifs s'appliquent aux membres de l'association. La Comco a établi qu'il s'agissait d'une « convention sans force obligatoire entre les membres de l'AMG qui la suivaient de façon consciente et voulue »¹⁴¹². Si la Comco arrive à cette conclusion, c'est que les membres de l'AMG, à savoir des médecins, sont considérés comme des entreprises¹⁴¹³.

(ii) Le canton

Dans le secteur de la santé, l'Etat est souvent impliqué, par exemple car il détient et exploite un hôpital. Il faut alors déterminer à quel niveau se situe l'entreprise. En effet, les fournisseurs de prestations ne disposent pas toujours de l'indépendance économique nécessaire pour être qualifiés d'entreprises au sens de la LCart. Ce critère, et non celui de la personnalité juridique, est déterminant.

Nous développons cette problématique en détail dans le chapitre dédié aux conventions tarifaires dans l'assurance-maladie hospitalière complémentaire, dans la mesure où la Comco a traité de cette question dans des décisions touchant à ce domaine¹⁴¹⁴.

¹⁴¹⁰ Cf. Chap. I.I.C. de la présente Partie.

¹⁴¹¹ Secrétariat, DPC 1997/4, p. 481, *Privattarif der Ärztesgesellschaft des Kanton Bern*, ch. 10.

¹⁴¹² Comco, DPC 2003/2, p. 265, *Tarifcation des honoraires des médecins genevois en matière de soins privés*, ch. 16.

¹⁴¹³ Le même raisonnement peut être tenu à la lecture des décisions Comco, DPC 2001/4, p. 695, *Privatärztetarife im Kanton Zürich*, ch. 21 s.

¹⁴¹⁴ Cf. Quatrième Partie, Chap. 4.I.C.

B. Les assureurs proposant des assurances-maladie complémentaires

L'activité des entreprises d'assurance consiste à proposer des contrats d'assurance-maladie qui couvrent d'autres prestations que celles prises en charge par les assurances sociales. On pense, par exemple, à une assurance complémentaire ambulatoire ou à une assurance complémentaire d'hospitalisation¹⁴¹⁵. L'assuré paie une prime pour le risque assuré ; ces prestations sont onéreuses¹⁴¹⁶.

La LAMal ne règle pas l'assurance-maladie complémentaire ; cette activité est soumise au droit privé, à savoir à la LCA et à la LSA. Elle peut cependant être exercée tant par une caisse-maladie publique¹⁴¹⁷ que par une entreprise privée¹⁴¹⁸ constituée en société anonyme ou en société coopérative¹⁴¹⁹. La caisse-maladie est organisée selon la LAMal et l'entreprise d'assurance privée selon la LSA. En revanche, tous les contrats conclus doivent être conformes à la LCA¹⁴²⁰. Les institutions sont soumises à la surveillance de la FINMA¹⁴²¹.

Nous avons en outre vu que, pour l'assurance privée, la LSA et la LCA ne prévoient pas les mêmes exigences que la LAMal. Pour les assurances relevant de la LCA, contrairement à l'assurance-maladie obligatoire, il n'existe pas d'obligation de s'assurer. Le principe est la liberté contrac-

¹⁴¹⁵ Sur le fonctionnement des assurances complémentaires, cf. Deuxième Partie, Chap. 2.II.B.

¹⁴¹⁶ Sur la prime, WIDMER, Sozialversicherung, p. 221 ; SCHAER, Versicherungsrecht, § 15, p. 425 ss (N 1 ss).

¹⁴¹⁷ Art. 2 al. 2 LSAMal. A ce propos SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 217 ; MURER/STAUFFER, KVG ad art. 12, N 3 ss.

¹⁴¹⁸ Art. 2 al. 1 LSA. SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 217.

¹⁴¹⁹ Art. 7 LSA. Cf. BRULHART, Assurances privées, N 246.

¹⁴²⁰ SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 217 ; BRULHART, Assurances privées, N 1056. Pour les caisses-maladie, la LCA s'applique par renvoi prévu à l'art. 2 al. 2 LSAMal.

¹⁴²¹ La LSA s'applique directement aux entreprises listées à l'art. 2 al. 1 LSA. Pour les caisses-maladie, la LSA s'applique par renvoi de l'art. 21 al. 2 LAMal (précisé à l'art. 24 al. 2 OAMal).

tuelle, dans les limites de la loi¹⁴²². La caisse-maladie ou l'entreprise d'assurance peut refuser d'admettre une personne¹⁴²³. Il est également possible de conclure des contrats collectifs¹⁴²⁴. Il n'y a pas de finalité sociale, et le principe de solidarité n'a pas lieu d'être. En outre, les caisses-maladie et les entreprises d'assurance privées peuvent sans difficulté poursuivre un but lucratif. Selon BRULHART, « l'assurance privée est avant tout une notion issue de la pratique ; elle se réfère aussi aux entreprises que l'on range traditionnellement dans la catégorie de celles qui sont actives dans le secteur privé. Ces dernières visent le profit, tendent à l'expansion et sont actives dans le secteur tertiaire (services) »¹⁴²⁵.

Ainsi, l'assureur complémentaire – entité de droit public ou de droit privé¹⁴²⁶ – peut être considéré comme un offreur (envers les assurés) ou demandeur (envers les prestataires) de prestations¹⁴²⁷. Il est ainsi engagé dans le processus économique (art. 2 al. 1^{bis} LCart). Selon les autorités de la concurrence, la situation est claire et il n'y a pas de difficulté à le qualifier d'entreprise au sens de la LCart, ce qui a été fait dans plusieurs décisions¹⁴²⁸.

¹⁴²² La liberté contractuelle concerne notamment le choix du cocontractant (aucune obligation d'accepter un assuré), le montant de la prime, le contenu des prestations et la résiliation du contrat (aussi par l'assureur). Cf. WIDMER, *Sozialversicherung*, p. 221 s. ; MURER/STAUFFER, KVG ad art. 67, N 3 ; BRULHART, *Assurances privées*, N 359 ss ; KIESER/POLEDNA, *Gesundheitsrecht*, N 14.20.

¹⁴²³ Cf. WIDMER, *Sozialversicherung*, p. 221.

¹⁴²⁴ Cf. BRULHART, *Assurances privées*, N 145 ss.

¹⁴²⁵ BRULHART, *Assurances privées*, N 127. Cf. aussi MAURER, *Privatversicherungsrecht*, p. 35 s.

¹⁴²⁶ Cf. art. 2 al. 1 LCart.

¹⁴²⁷ Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 18 ; Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 29 ; DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 6.

¹⁴²⁸ Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 1 et 30 ; Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 18 ; Comco, DPC 2005/2 p. 385, *Vaudoise Générale/La Suisse*, ch. 12 ; Comco, DPC 2005/2, p. 392, *Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG/La Suisse*, ch. 10 ss ; Secrétariat, DPC 2007/2, p. 174, *Elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen*, ch. 27 ; Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 28 ; Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 6. En ce sens aussi, BRUMANN, *Tarif und Tarifverträge*, p. 141.

II. LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

A. Un accord en matière de concurrence

a. Les tarifs

Nous avons déterminé que l'entité pertinente d'un point de vue personnel est le fournisseur de prestations. Lorsque plusieurs d'entre eux adoptent un tarif – le plus souvent par le biais des associations les représentant – il y a un accord en matière de prix.

A ce propos, les tarifs dans le domaine privé ont fait l'objet, il y a quelques années déjà, de nombreuses enquêtes menées par les autorités de la concurrence, notamment dans le canton de Berne, de Vaud, de Zurich et de Genève. On retient de ces décisions qu'il y a un accord horizontal sur les prix entre les membres de l'association lorsque plusieurs éléments sont réunis. Il faut d'abord qu'une association de prestataires (en l'espèce de médecins) arrête de manière unilatérale des tarifs en matière de soins privés ou fixe un cadre à la rémunération (par des recommandations tarifaires sous la forme d'une fourchette de prix par exemple¹⁴²⁹). Ces dispositions doivent, ensuite, valoir de manière contraignante¹⁴³⁰ pour tous les membres de l'association ou de manière non contraignante, mais doivent alors être suivies de manière consciente et voulue¹⁴³¹. Enfin, elles ne sont pas issues d'une négociation avec les assureurs ou le département en

¹⁴²⁹ La décision genevoise précise que les tarifs « en fourchette » permettent au médecin de se référer à ce modèle pour calculer sa note d'honoraires. Cette méthode n'est pas conforme à la Communication sur les conditions d'admissibilité d'accords sur l'utilisation de schéma de calcul. Les médecins offrent des soins médicaux, et donc des prestations identiques. Si tous les médecins respectent le tarif adopté, la concurrence sur les prix est entravée. Comco, DPC 2003/2, p. 265, *Tarification des honoraires des médecins genevois en matière de soins privés*, ch. 1 s., 7 et 16 ss.

¹⁴³⁰ Secrétariat, DPC 1997/4, p. 481, *Privattarif der Ärztesgesellschaft des Kanton Bern*, ch. 1 ss, 13 s., 21 ss et 31. Cf. Comco, DPC 2003/2, p. 265, *Tarification des honoraires des médecins genevois en matière de soins privés*, ch. 6 ; Comco, DPC 2001/4, p. 695, *Privatärztertarife im Kanton Zürich*, ch. 9.

¹⁴³¹ Comco, DPC 2003/2, p. 265, *Tarification des honoraires des médecins genevois en matière de soins privés*, ch. 1 s., 7 et 16 ss.

charge de la santé publique. Un tel accord a pour effet une restriction de la concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart¹⁴³².

Quant au fond, les autorités de la concurrence ont, dans certains cas, examiné l'accord horizontal selon l'art. 5 al. 3 let. a LCart et conclu que ces tarifs pouvaient constituer des indices d'accord présumés entraîner la suppression d'une concurrence efficace et seraient donc des restrictions potentiellement illicites à la concurrence¹⁴³³. Aucune sanction n'a cependant été prononcée, les tarifs ont été abolis¹⁴³⁴ et parfois remplacés par la possibilité de négocier librement des tarifs avec les assureurs ; les autorités de la concurrence ont suspendu et clôturé les enquêtes¹⁴³⁵.

En revanche, on déduit de l'affaire vaudoise¹⁴³⁶ qu'à partir du moment où une négociation individuelle des prix entre le fournisseur et les différents assureurs existe, il s'agit d'une fixation du prix entre offreur et demandeur de services. La Comco a clos son enquête. Cette hypothèse vise ce que nous appelons les conventions tarifaires. Les conventions tarifaires peuvent dans certaines situations être pertinentes du point de vue du champ d'application matériel de la LCart.

b. Les conventions tarifaires

L'autre cas de figure à examiner est celui des conventions tarifaires dans l'assurance-maladie privée. Dans ce contexte, un autre acteur apparaît, à

¹⁴³² Secrétariat, DPC 1997/4, p. 481, *Privattarif der Ärztesgesellschaft des Kanton Bern*, ch. 1 ss, 13 s., 21 ss et 31 ; Comco, DPC 2001/4, p. 695, *Privatärztetarife im Kanton Zürich*, ch. 4, 6 et 21 ss.

¹⁴³³ Secrétariat, DPC 1997/4, p. 481, *Privattarif der Ärztesgesellschaft des Kanton Bern*, ch. 1 ss, 13 s., 21 ss et 31 ; Comco, DPC 2001/4, p. 695, *Privatärztetarife im Kanton Zürich*, ch. 4, 6 et 21 ss.

¹⁴³⁴ Secrétariat, DPC 1997/4, p. 481, *Privattarif der Ärztesgesellschaft des Kanton Bern*, ch. 1 ss, 13 s., 21 ss et 31 ; Comco, DPC 2001/4, p. 695, *Privatärztetarife im Kanton Zürich*, ch. 4, 6 et 21 ss ; Comco, DPC 2003/2, p. 265, *Tarification des honoraires des médecins genevois en matière de soins privés*, ch. 1 s., 7 et 16 ss.

¹⁴³⁵ Cf. Comco, DPC 2003/2, p. 265 ss, *Tarification des honoraires des médecins genevois en matière de soins privés*, ch. 5 pour des informations sur le cas du canton de Vaud, dont la décision n'a pas fait l'objet d'une publication ; Comco, DPC 2001/4, p. 695, *Privatärztetarife im Kanton Zürich*, ch. 8.

¹⁴³⁶ La décision n'est pas publiée mais est résumée dans la décision genevoise. Cf. Comco, DPC 2003/2, p. 265 ss, *Tarification des honoraires des médecins genevois en matière de soins privés*, ch. 5.

savoir un assureur. Ce dernier conclut avec le fournisseur de prestations une convention tarifaire ayant pour objet la fixation du prix ou du tarif d'une prestation fournie par le fournisseur de prestations à ses patients, mais pris en charge par l'assureur complémentaire. Dans la mesure où ils sont négociés entre un fournisseur et un assureur puis fixés par eux, il s'agit d'une « fixation normale de prix ». En revanche, lorsque l'on a plusieurs fournisseurs et/ou plusieurs assureurs qui fixent des prix ou tarifs uniformes, il peut s'agir d'une situation qui intéresse la LCart. Dans ces cas, les conventions tarifaires peuvent constituer un accord restreignant la concurrence (art. 5 al. 3 LCart).

La Comco a examiné de telles conventions tarifaires conclues dans le canton de Lucerne et dans le canton d'Argovie et fixant des tarifs pour la prise en charge de prestations relevant de l'assurance-maladie hospitalière. Ces décisions sont présentées en détail dans ce chapitre¹⁴³⁷.

B. Une entreprise en position dominante

Selon la forme du marché, on peut aussi être dans une situation où il y a position dominante (collective) sur le marché d'une des parties qui négocie ou conclut la convention tarifaire¹⁴³⁸. Dans l'affaire des conventions tarifaires dans le canton de Lucerne par exemple, la Comco s'est demandé si, comme on conclut à l'existence d'un consortium, il n'y a pas une position dominante, *a fortiori* puissance sur le marché, du canton. La Comco examine une éventuelle fixation unilatérale abusive de tarifs selon l'art. 7 LCart¹⁴³⁹.

III. LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL

Il n'y a encore une fois aucune difficulté à admettre que les effets des accords ou positions dominantes tels que nous les avons examinés ont des effets en Suisse (art. 2 al. 1 LCart). Ce point n'est pas abordé dans les différentes décisions présentées ; cela apparaît suffisamment évident.

¹⁴³⁷ Cf. Quatrième Partie, Chap. 4.II.B.

¹⁴³⁸ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 2.

¹⁴³⁹ Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 33 et 36.

IV. L'ÉTUDE DES PRESCRIPTIONS RÉSERVÉES

L'art. 3 al. 1 LCart réserve les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services. Cette disposition doit être interprétée de manière stricte ; on ne retient une prescription réservée que si la volonté du législateur est d'empêcher la concurrence dans un domaine donné. La LCart reste applicable quand la liberté d'action des acteurs est seulement restreinte. On exige une claire autorisation des comportements contraires à la concurrence. En outre, les prescriptions réservées peuvent être de niveau fédéral, cantonal ou communal¹⁴⁴⁰.

Nous nous demandons à présent s'il existe des prescriptions réservées dans le droit fédéral (A) qui excluent la concurrence dans le domaine des tarifs (a) et des conventions tarifaires (b) dans l'assurance-maladie complémentaire. Puis nous nous demandons si des prescriptions réservées peuvent être adoptées par les cantons (B).

A. Les prescriptions réservées dans le droit fédéral

a. Les prescriptions réservées en matière de tarifs

La première question est celle de l'existence de prescriptions réservées concernant la fixation de tarifs par les fournisseurs de prestations pour des prestations ne relevant pas de l'assurance-maladie obligatoire.

Le domaine de la santé est généralement imprégné par un ensemble étroit de prescriptions étatiques (p. ex. les conventions tarifaires ou la fixation cantonale de tarifs selon les art. 43 ss LAMal). En revanche, le Secrétariat de la Comco, dans une décision concernant les tarifs privés de la société bernoise des médecins, a établi que, dans le domaine de l'activité privée, il n'y a pas de prescription qui supprime la concurrence – comme des prescriptions tarifaires étatiques ou des limitations quantitatives de prestations – entre médecins privés¹⁴⁴¹. Dans les autres décisions qui traitaient des tarifs privés des médecins, aucune mention n'est faite d'éventuelles

¹⁴⁴⁰ Cf. Première partie, Chap. 3.V.A. et les réf. Cf. aussi, Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 20 s. ; CoRe, DPC 20f03/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 4.2.

¹⁴⁴¹ Secrétariat, DPC 1997/4, p. 481, *Privatarif der Ärztesgesellschaft des Kanton Bern*, ch. 12.

prescriptions réservées. Les diverses enquêtes préalables et enquêtes reconnaissent l'existence d'accords (présupposés) illicites. La Comco a toutefois clôturé les enquêtes dans la mesure où les tarifs ont été retirés¹⁴⁴². Ce raisonnement va dans le sens de l'inexistence de prescriptions réservées. En effet, si des prescriptions réservées existaient, les enquêtes auraient été clôturées à ce stade de l'analyse déjà, sans qu'il soit question d'un examen au fond.

Ces décisions concernent exclusivement les tarifs des prestations fournies par des médecins. Dans les autres secteurs où des tarifs peuvent être adoptés (dentistes, etc.), on ne trouve pas non plus de prescription réservée de sorte que la LCart est également applicable. En effet, la LCA et la LSA concernent les contrats d'assurance privée et n'influencent pas la formation des tarifs par les fournisseurs de prestations. Aucune autre loi fédérale ne concerne cet élément¹⁴⁴³.

b. Les prescriptions réservées en matière de conventions tarifaires (LCA)

La seconde question est celle de l'existence de prescriptions réservées en lien avec la conclusion de conventions tarifaires dans l'assurance-maladie complémentaire. Cette question a fait l'objet de longs développements dans les décisions – déjà mentionnées – concernant les conventions tarifaires de l'assurance demi-privée dans le canton d'Argovie rendue par la Comco ou, sur recours, par la CoRe¹⁴⁴⁴, et dans la décision incidente concernant les conventions tarifaires dans le domaine privé et demi-privé dans le canton de Lucerne, rendue par la Comco¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴² Cf. Comco, DPC 2001/4, p. 695, *Privatärztetarife im Kanton Zürich*; Comco, DPC 2003/2, p. 265, *Tarifcation des honoraires des médecins genevois en matière de soins privés*, et l'affaire vaudoise mentionnée dans cette décision (ch. 5).

¹⁴⁴³ Du même avis, BRUMANN, *Tarif- und Tarifverträge*, p. 141.

¹⁴⁴⁴ Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, et la décision sur recours CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*.

¹⁴⁴⁵ Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

L'assurance complémentaire est régie par la LCA (art. 12 al. 3 LAMal). Contrairement à la LAMal, cette loi instaure une liberté contractuelle¹⁴⁴⁶ et ne contient pas de dispositions qui prévoient une protection tarifaire, une obligation de s'assurer, une obligation de contracter pour les assureurs ou une obligation d'admission pour les fournisseurs de prestations¹⁴⁴⁷.

La liberté contractuelle vaut tant au niveau du choix des fournisseurs de prestations que de l'indemnisation de leurs prestations. Seule la relation assureur-assuré est l'objet de dispositions spéciales (art. 97 et 98 LCA). La LCA ne contient aucune restriction quant à la formation des prix pour les prestations assurées et ne limite pas la concurrence entre les assureurs et les fournisseurs de prestations. Elle ne prévoit pas non plus la possibilité de conclure des conventions collectives. Rien ne montre que le système prévu dans la LAMal (conclusion de conventions collectives ainsi que contrôle et compétence d'intervention des autorités) doit valoir pour l'assurance complémentaire. Dès lors, la LCart s'applique et la relation assureurs-fournisseurs de prestations est soumise à concurrence¹⁴⁴⁸.

Certains ont invoqué que l'obligation de contracter prévue par la LAMal peut avoir un effet réflexe sur l'assurance complémentaire. Cette éventualité concerne principalement les hôpitaux. En effet, dans le canton d'Argovie, tous les hôpitaux privés étaient sur la liste hospitalière. Selon les recourants, les assureurs complémentaires ne peuvent pas se permettre de proposer une offre qui couvre moins d'hôpitaux que l'assurance de base et il existerait ainsi une obligation de contracter de fait. Cet argument ne peut être retenu dans la mesure où, et c'est le paradigme de l'assurance privée, les assurés peuvent choisir de souscrire une couverture complémentaire et les assureurs peuvent décider de l'étendue de la cou-

¹⁴⁴⁶ Une exception à cette liberté existe à l'art. 7 al. 7 LAMal selon lequel un assureur complémentaire ne peut contraindre un assuré qui résilie son assurance de base auprès de lui à résilier également sa couverture complémentaire.

¹⁴⁴⁷ CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 4.3.1.

¹⁴⁴⁸ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 24 ss ; CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 4.3.1 ss.

verture qu'ils proposent. De plus, les buts de la LAMal ne peuvent être transposés dans l'assurance complémentaire¹⁴⁴⁹.

Ainsi, on ne peut retenir de prescription réservée¹⁴⁵⁰. Ces développements valent pour les conventions conclues entre un assureur et une clinique privée ainsi qu'entre un assureur et des hôpitaux publics, tant que cela concerne l'assurance complémentaire¹⁴⁵¹.

c. Les prescriptions réservées dans le droit de la surveillance (LSA)

Il faut examiner si la LSA contient des prescriptions réservées, ce qui n'est pas directement examiné dans les deux décisions ci-dessus.

La FINMA exerce une surveillance dans le domaine des assurances et contrôle l'activité de l'assureur dans le but de protéger les assurés contre les risques d'insolvabilité des entreprises d'assurance et contre les abus (art. 1 al. 2 LSA). Dans ce cadre, elle doit octroyer des autorisations d'exploiter aux assureurs qui remplissent les conditions légales. L'agrément leur permet d'exercer une branche d'assurance. Dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire, la LSA prévoit, en outre, un contrôle préventif des produits. Le plan d'exploitation, soumis à approbation pour l'obtention de l'agrément, doit contenir les tarifs et conditions générales appliqués en Suisse et chacune de leur modification doit aussi être soumise à approbation (art. 4 al. 2 let. r et art. 5 al. 1 LSA). Quant au contenu de l'examen, la FINMA s'assure que les primes restent

¹⁴⁴⁹ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 25 s. ; CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 4.3.4 et 4.3.5.2.

¹⁴⁵⁰ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 25 s. CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 4.3.4 et 4.3.5.2 ; SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 710.

¹⁴⁵¹ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 28.

dans les limites qui garantissent la solvabilité des entreprises d'assurance et la protection des assurés contre les abus (art. 38 LSA¹⁴⁵²).

Ainsi, le contrôle de la FINMA est assez général. Cette dernière s'assure que les primes sont calculées en vertu de principes raisonnables et vérifie qu'il y a un rapport raisonnable entre la prime, le risque couvert et la promesse de prestations en cas de réalisation du risque¹⁴⁵³. Ce contrôle concerne plutôt la relation assureurs-assurés et vise une certaine protection des assurés¹⁴⁵⁴. La relation entre l'assureur et les fournisseurs de prestations n'est pas l'objet de la LSA¹⁴⁵⁵. On peut admettre que la nécessité d'obtenir l'accord de la FINMA pose une limite que l'assureur ne peut pas franchir lorsqu'il négocie des conventions. S'il conclut des conventions et arrête des tarifs excessifs ou trop bas, il doit le reporter dans ses primes et propres tarifs (inscrits dans les polices d'assurance). La FINMA refusera en principe l'agrément. Malgré cet élément indirect, il faut admettre que les dispositions de la LSA laissent agir la concurrence, et ce tant dans les négociations entre fournisseurs de prestations (p. ex. médecins ou cliniques privées), respectivement entre assureurs, que dans les négociations entre ces deux groupes lors de l'établissement de conventions tarifaires¹⁴⁵⁶. Cette réflexion s'applique que l'on se questionne sur des conventions tarifaires ou sur des tarifs adoptés par un groupe de fournisseurs de prestations.

En résumé, il n'existe pas de prescription réservée dans le droit fédéral. Il est plutôt clair que, dans le domaine de l'assurance complémentaire, par-

¹⁴⁵² Cet article reprend l'ancien art. 20 de la LSA de 1978, raison pour laquelle la décision de la Comco et de la CoRe concernant les tarifs dans le canton d'Argovie peut être reprise.

¹⁴⁵³ Se référant à l'ancienne législation, cf. Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 42. L'ancien art. 20 de la LSA de 1978 est repris dans l'actuel LSA.

¹⁴⁵⁴ En ce sens, CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 4.3.3.

¹⁴⁵⁵ CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 4.3.4.

¹⁴⁵⁶ Se référant à l'ancienne législation, cf. Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 43. L'ancien art. 20 de la LSA de 1978 est repris dans l'actuel LSA.

ticulièrement concernant la formation des prix en lien avec les assureurs et les fournisseurs de prestations, la concurrence doit régner¹⁴⁵⁷.

B. Les prescriptions réservées dans le droit cantonal

Dans la décision incidente sur les conventions tarifaires dans le canton de Lucerne, la Comco s'est ensuite demandé si une prescription réservée de niveau cantonal existait et si celle-ci peut être valable. En effet, il se peut qu'un canton adopte des dispositions qui empêchent la concurrence dans le domaine, encore faut-il qu'elles soient conformes aux compétences incombant aux cantons et qu'elles ne soient pas contraires au droit supérieur, notamment à la liberté économique¹⁴⁵⁸.

Nous examinons ici, en une seule fois, la question des tarifs et celles des conventions tarifaires. Il faut commencer par déterminer si le canton peut légiférer en la matière. On se demande alors si une prescription cantonale qui prévoit des prix et tarifs dans le domaine de l'assurance complémentaire ou qui prévoit la possibilité de conclure des conventions collectives viole le principe de la force dérogatoire du droit fédéral. Il peut s'agir d'un conflit de compétence et/ou d'un conflit de norme¹⁴⁵⁹.

a. L'assurance-maladie

Dans le domaine de la LAMal, les cantons ne sont compétents que si la loi le prévoit¹⁴⁶⁰. Or, aucune délégation au canton n'est prévue et cette loi ne règle ni directement l'assurance complémentaire¹⁴⁶¹, ni n'a d'effet réflexe sur ce domaine. La Comco relève qu'il ressort du message de la LAMal que la volonté d'exclure l'assurance-maladie complémentaire du champ d'application de la LAMal est un moyen pour le législateur

¹⁴⁵⁷ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 29.

¹⁴⁵⁸ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 30. CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 4.3.4. Cf. partie générale de la thèse ci-avant.

¹⁴⁵⁹ Cf. art. 3 et 42 al. 1 Cst. Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 33 s.

¹⁴⁶⁰ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 31 s.

¹⁴⁶¹ Cf. art. 117 Cst., 1a et 12 al. 3 LAMal.

d'affirmer son choix pour une libre concurrence¹⁴⁶². Il découle de l'analyse de la LAMal que des dispositions cantonales qui limiteraient la libre formation des tarifs dans l'assurance complémentaire seraient en principe contraires au droit fédéral. Cela signifie qu'une place pour le droit cantonal ne subsiste que si le canton se voit expressément attribuer une telle compétence ; il s'agit de le vérifier¹⁴⁶³.

b. L'assurance privée

L'art. 98 al. 3 Cst. prévoit une compétence concurrente en matière d'assurance privée. Sur cette base, la Confédération a adopté la LCA qui instaure, comme principe de base, la liberté contractuelle. Aucune compétence en ce qui concerne la relation entre l'assureur et une autre entité que l'assuré n'est accordée aux cantons. La Confédération a également adopté la LSA. Cette loi ne transfère pas non plus de compétence aux cantons pour qu'ils adoptent des normes en matière d'assurance-maladie complémentaire¹⁴⁶⁴.

On peut conclure que la Confédération a usé de sa compétence en matière d'assurance-maladie et en matière d'assurance privée et a légiféré de manière exhaustive. Aucune des lois adoptées ne prévoit de délégation au canton. Le législateur a choisi de soumettre l'assurance-maladie complémentaire aux mêmes règles que celles valant pour les autres contrats d'assurance privée (et donc à la liberté contractuelle). Ainsi, les dispositions cantonales ne peuvent s'appuyer sur la LAMal, la LCA ou la LSA¹⁴⁶⁵.

c. Les soins de santé

On se demande maintenant, comme l'a fait la Comco, si le canton peut adopter des normes sur une autre base. En effet, en matière d'approvisionnement en soins, il n'existe aucune base constitutionnelle

¹⁴⁶² DPC 2003/4 863, c. 4.3.4 ; Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 35 ss.

¹⁴⁶³ DPC 2003/4 863, c. 4.3.4 ; Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 35 ss.

¹⁴⁶⁴ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 42 ss. En doctrine, cf. StG Komm. BV, vol.2-HETTICH, Art. 98, N 19 ss ; BS BV-KAUFMANN/UTZ, Art. 98, N 1567 ss.

¹⁴⁶⁵ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 47.

fédérale. De par les art. 3 et 43 Cst., les cantons sont donc compétents. Cela concerne par exemple l'organisation des hôpitaux. En revanche, on ne peut pas aller jusqu'à dire que cette compétence en matière d'approvisionnement en soins leur permet de fixer des tarifs en matière d'assurance-maladie complémentaire qui vaudraient comme prescription réservée selon l'art. 3 al. 1 LCart¹⁴⁶⁶. La question est spécialement délicate pour l'exploitation des hôpitaux et des compétences cantonales liées à la planification hospitalière ; elle est ainsi développée dans la partie qui leur est consacrée¹⁴⁶⁷.

En conclusion, une disposition cantonale qui intervient dans la libre formation des tarifs entre assureurs et fournisseurs de prestations n'a pas de fondement dans le droit fédéral et lui est même contraire. De telles normes seraient nulles en raison de la force dérogatoire du droit fédéral. Dès lors, elles ne peuvent être considérées comme des prescriptions réservées¹⁴⁶⁸.

La force dérogatoire du droit fédéral vaut aussi lorsque le canton agit directement comme un offreur de prestations, par exemple lorsqu'il exploite des hôpitaux¹⁴⁶⁹. Ce point est développé dans le chapitre y relatif¹⁴⁷⁰. D'une manière générale, nous avons aussi démontré que, dans ce cadre, l'Etat est lié par le principe de la neutralité en matière de concurrence.

C. Les conséquences de l'absence de prescription réservée

La LCart s'applique et la Comco peut procéder à un examen de l'accord ou de la position dominante¹⁴⁷¹. Le contrat conclu, s'il est considéré illicite

¹⁴⁶⁶ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 48 ss.

¹⁴⁶⁷ Pour une analyse détaillée de la question des hôpitaux, cf. Quatrième Partie Chap. 4.IV.B.

¹⁴⁶⁸ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 58.

¹⁴⁶⁹ En ce sens, Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 57 ss.

¹⁴⁷⁰ Cf. Quatrième Partie Chap. 4.IV.C.

¹⁴⁷¹ En ce sens, sommairement, WEBER/BAISCH, *Versicherungsaufsicht*, § 13 N 11 ss.

au sens de l'art. 5 LCart, est nul (nullité relative)¹⁴⁷². Cela doit aussi être le cas du contrat conclu des suites de l'abus illicite d'une position dominante, si et dans la mesure où il s'agit également d'un accord sur les prix, illicite au sens de l'art. 5 LCart¹⁴⁷³. Si l'abus de position dominante se matérialise dans la convention tarifaire finalement conclue¹⁴⁷⁴, la nullité ne sera toutefois pas retenue automatiquement, mais seulement si certaines conditions sont remplies¹⁴⁷⁵. Une action selon les art. 12 et 13 LCart est possible, si les conditions sont données.

V. SYNTHÈSE

Les assureurs proposant des assurances-maladie complémentaires, les hôpitaux et cliniques, respectivement le canton s'il est l'entité économiquement indépendante (consortium), peuvent être qualifiés d'entreprises. Les fournisseurs de prestations adoptent des tarifs ou concluent des conventions tarifaires avec des assureurs. Dans la mesure où l'on identifie un accord en matière de concurrence ou une puissance sur le marché, les conditions d'application de la LCart sont remplies.

Il n'existe pas de prescription réservée dans la législation fédérale qui concerne le domaine de la fixation des tarifs et des prix ou des conventions tarifaires dans le domaine de l'assurance complémentaire. La CoRe a établi que le législateur fédéral n'a pas réglé les relations entre l'assureur et le fournisseur de prestations et celles-ci sont dès lors soumises à la concurrence. Si des normes cantonales contredisent cela, elles

¹⁴⁷² Sur la nullité du contrat, cf. art. 19 et 20 CO. On parle de nullité *ipso jure, ex tunc*, totale ou partielle, sans nécessité d'intervention des autorités de la concurrence ou du juge civil ATF 134 III 438, c. 2.1 et 2.2, JdT 2008 I 541 ; MARTENET, Liberté contractuelle, p. 108 s. ; ZÄCH, Kartellrecht, N. 862 ; EGLI, Bedeutung, p. 8. Cf. aussi LÜSCHER, Kartellrechtsdurchsetzung, p. 1664 ; BOVET, Marchés publics, p. 395.

¹⁴⁷³ En théorie, cf. CR Concurrence-REYMOND, Rem. art. 12 ss LCart, N 87.

¹⁴⁷⁴ On ne se trouve donc pas directement dans l'hypothèse d'un *Folgevertrag*. Sur ce point, MARTENET, Liberté contractuelle, p. 135.

¹⁴⁷⁵ Pour une proposition des conditions d'examen applicables afin de retenir la nullité du contrat conclu suite à un abus de position dominante, cf. MARTENET, Liberté contractuelle, p. 122 ss et 135 ; CR Concurrence-REYMOND, Rem. art. 12 ss LCart, N 87. Notamment, le contrat doit être une conséquence nuisible que le législateur ou le constituant a voulu empêcher, la nullité doit être dans l'intérêt de la victime de l'entrave et le principe de proportionnalité doit être respecté.

sont contraires au droit fédéral. De cette manière, elles ne peuvent pas entrer en ligne de compte comme prescriptions réservées.

Ni le législateur fédéral ni le législateur cantonal ne peut intervenir dans la libre concurrence pour la limiter ou pour assainir le marché¹⁴⁷⁶. Les comportements des acteurs sur le marché, dans le domaine de la fixation des prix des prestations de l'assurance-maladie complémentaire, peuvent être contrôlés par la Comco¹⁴⁷⁷.

¹⁴⁷⁶ BURKI/PFUND/WALDMEIER, *Rechtliches*, p. 5 s.

¹⁴⁷⁷ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 79 s. En doctrine, BRUMANN, *Tarif- und Tarifstrukturverträge*, p. 53.

Chapitre 3 : L'APPLICATION DE LA LSPR AUX TARIFS DES PRESTATIONS PRISES EN CHARGE SELON LA LAMAL

La question à laquelle nous répondons dans ce présent chapitre est celle de savoir si la LSPr peut s'appliquer aux tarifs arrêtés et aux conventions tarifaires conclues dans le domaine de l'assurance-maladie.

L'art. 14 LSPr, disposition brièvement abordée dans notre partie générale, est pertinent. Il prévoit l'intervention du Surveillant des prix en cas de prix administrés¹⁴⁷⁸ : dans les situations où une augmentation de prix est fixée ou approuvée par une autorité législative ou exécutive de la Confédération, d'un canton ou d'une commune (suite à une proposition des parties à un accord en matière de concurrence ou par des entreprises puissantes sur le marché¹⁴⁷⁹), ladite autorité doit prendre l'avis du Surveillant avant de rendre sa décision¹⁴⁸⁰. Ce dernier peut proposer de renoncer à l'augmentation ou d'abaisser le prix maintenu abusivement¹⁴⁸¹.

L'idée de l'art. 14 LSPr est de prévoir une possibilité d'action du Surveillant des prix dans une situation où une autorité officielle contribue à la fixation d'un prix (soit par approbation, soit en le fixant directement). La justification principale est que le Surveillant peut intervenir sur un marché où la concurrence des prix ne peut pas fonctionner pleinement, puisqu'une autorité officielle agit sur un prix en vertu d'une position dominante accordée par la loi¹⁴⁸². En théorie, les prix administrés – fixés au niveau étatique – ne peuvent résulter d'une concurrence efficace¹⁴⁸³. Le

¹⁴⁷⁸ Un prix administré est un prix fixé ou approuvé par une autorité. Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14, LSPr, N 1.

¹⁴⁷⁹ La doctrine considère que la compétence du Surveillant des prix est malgré tout donnée lorsque le prix n'est pas proposé par un organisme qui remplit les conditions de l'al. 1. La manière dont le prix est proposé importe peu. Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 13. Cf. aussi CARRON, Concurrence, p. 409.

¹⁴⁸⁰ Art. 14 al. 1, 1^{ère} phrase LSPr. A ce propos, cf. CR Concurrence-BOVET, Introduction LSPr, N 44 ss. Cf. également Mess-LSPr, p. 804 et 818 s. ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 14, N 11 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 91 s.

¹⁴⁸¹ Art. 14 al. 1, 2^{ème} phrase LSPr. BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 92.

¹⁴⁸² Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 13.

¹⁴⁸³ SCHÜRMAN/SCHLUEP, KG & PüG, p. 866 s. ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 10.

champ d'action du Surveillant des prix est limité à la possibilité de rendre une recommandation¹⁴⁸⁴.

A cet égard, la LAMal contient plusieurs dispositions qui prévoient qu'une autorité doit approuver un tarif, respectivement le fixer (cf. art. 43 al. 4, 46 al. 4, 47 al. 1-3, 48 al. 1-3, 49 al. 2, 52 al.1 LAMal). Il s'agit donc de confronter ces deux lois. Nous débutons en examinant les conditions de l'art. 14 LSPr en lien avec les tarifs LAMal (I). Puisque nous concluons que la LSPr s'applique, nous présentons ensuite la mise en œuvre de l'examen par le Surveillant des prix (II) et terminons par aborder le rôle de l'avis du Surveillant en cas de recours contre un tarif (III).

I. L'ART. 14 LSPR ET LA CONCLUSION D'UNE CONVENTION TARIFAIRE

L'application de l'art. 14 LSPr dépend de certaines conditions¹⁴⁸⁵. Il concerne, d'un point de vue personnel, les autorités officielles qui, d'un point de vue matériel, fixent ou approuvent un prix (convenu par accord en matière de concurrence ou arrêté par une entreprise puissante sur le marché). Ces conditions doivent être examinées en lien avec les tarifs prévus par la LAMal dans la mesure où elle envisage justement des situations de prix administrés.

A. Un prix

Le tarif qui est prévu dans la convention permet directement ou *in fine* de fixer le prix de ladite prestation de sorte que l'on se trouve dans le cadre posé par l'art. 14 LSPr¹⁴⁸⁶. Lorsque le tarif repose sur une structure tarifaire, nous considérons que celle-ci peut également être considérée comme une composante du prix¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁸⁴ Art. 14 al. 1 LSPr. En effet, on ne peut permettre au Surveillant des prix de se situer au-dessus de l'autorité et de corriger les prix après coup. Mess-LSPr, p. 804 ; CARON, Concurrence, p. 409 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 14, N 2.

¹⁴⁸⁵ Pour une brève présentation en lien avec les tarifs dans la santé, KIESER/POLEDNA, Gesundheitsrecht, N 14.82.

¹⁴⁸⁶ En ce sens, mais sans mentionner précisément l'art. 14 LSPr, SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 41.

¹⁴⁸⁷ Pour des exemples et précisions, voir Quatrième Partie, chap. 6.I. sur la LSPr et la structure tarifaire SwissDRG ou Cinquième Partie, CHap. 4.I.A. sur la LSPr et la structure tarifaire Tarmed.

Encore faut-il se demander ce que vise exactement cette disposition. Selon l'al. 1, 1^{ère} phrase, pour que l'avis du Surveillant des prix doive être demandé, il faut plus précisément que le tarif (convenu ou fixé) constitue une augmentation de prix par rapport au tarif précédent.

L'art. 14 al. 1, 2^{ème} phrase prévoit cependant que « le Surveillant peut proposer (...) d'abaisser le prix maintenu abusivement ». Il faut retenir que le Surveillant peut revoir le maintien d'un prix abusif dont il constate l'existence¹⁴⁸⁸. En outre, le Conseil fédéral a étendu le champ d'application également au cas de baisse de prix. L'autorité visée par l'art. 14 LSPr doit donc consulter le Surveillant en cas de baisse de prix. Ce dernier devra déterminer si une baisse plus importante devrait être retenue¹⁴⁸⁹.

En revanche, l'autorité qui ne fait que prolonger la durée de validité d'une convention tarifaire conformément à l'art. 47 al. 3 LAMal n'a pas l'obligation de consulter le Surveillant des prix¹⁴⁹⁰. La consultation devient obligatoire dans le cas d'une fixation d'un tarif après ce délai d'un an¹⁴⁹¹, même si le même tarif est finalement maintenu¹⁴⁹². En effet, lors de la prolongation annale, aucune vérification de la conformité du tarif à la loi ou au principe d'économicité n'est effectuée. Le législateur a privilégié la forme conventionnelle et a pris en compte le fait que cette prolongation peut déboucher sur une situation où une convention tarifaire ne correspond plus, en tout point, aux exigences légales ou aux buts visés¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁸ Mess-LSPr, p. 818. Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 24.

¹⁴⁸⁹ Surveillant des prix, DPC 2003/5, p. 1043, *Rapport annuel*, p. 1060 s. Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 24 et 43. Cf. aussi SURVEILLANCE DES PRIX, Tarifs, p. 6.

¹⁴⁹⁰ CF, RAMA 2002 289, *Verlängerung eines Tarifvertrages durch die Kantonsregierung*, c. II.2 ; CF, RAMA 2002 KV 218 289, c. II/2 ; CF, RAMA 2006 KV 384, c. 3 ; EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 47, N 13.

¹⁴⁹¹ CF, RAMA 2002 289, *Verlängerung eines Tarifvertrages durch die Kantonsregierung*, c. II.2 ; TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, c. 6.4.2.

¹⁴⁹² ATAF 2017 V/8, c. 8.4. Il s'agit en effet d'un « nouveau tarif ».

¹⁴⁹³ CF, RAMA 2002 289, *Verlängerung eines Tarifvertrages durch die Kantonsregierung*, c. II.2.

B. Un prix convenu par accord en matière de concurrence ou arrêté par une entreprise puissante sur le marché

Ces dispositions fixent des exigences, liées au champ d'application personnel, concernant l'entité dont émane le prix. Selon le texte de l'art. 14 LSPr, le prix doit être proposé par les parties à un accord en matière de concurrence ou par une entreprise puissante sur le marché. La LSPr peut s'appliquer, comme la LCart, à des entreprises de droit public ou privé¹⁴⁹⁴. Ces notions doivent être interprétées de manière large¹⁴⁹⁵. En l'espèce, les conventions tarifaires, dans la mesure où elles regroupent plusieurs partenaires tarifaires du côté des assureurs ou du côté des fournisseurs de soins, sont des accords en matière de concurrence, comme nous l'avons démontré dans le chapitre dédié à l'examen de l'application de la LCart.

Dans le cas où un seul assureur et un seul prestataire se mettent d'accord sur le tarif, on ne reconnaît pas d'accord en matière de concurrence au sens de la LCart. Lorsque l'autorité cantonale ou fédérale fait usage de sa compétence de fixer directement le tarif, lorsque les partenaires tarifaires n'ont pu s'entendre (art. 43 al. 4 ou 47 LAMal), il n'y a pas d'accord entre prestataires et l'autorité ne peut être qualifiée d'entreprise. Toutefois, on admet que « lorsque les prix sont fixés ou approuvés par une autorité, il n'est en effet pas nécessaire de recourir à des cartels au sens d'accord de droit privé. Dans ce cas, l'acte de l'autorité se substitue au cartel ou à l'organisation analogue et produit des effets comparables à ces derniers »¹⁴⁹⁶. Le fait que le prix soit approuvé ou, en l'espèce, fixé par une autorité est déterminant et ce, « indépendamment de la manière dont le prix a été proposé à l'autorité »¹⁴⁹⁷. Ainsi, cette condition est remplie.

¹⁴⁹⁴ WEBER, PüG, Art. 14 N 6 s. ; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 41. En ce sens aussi, KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 14, N 2.

¹⁴⁹⁵ CARRON, Concurrence, p. 410 s. ; CR Concurrence-BOVET, Intro.LSPr, N 44 ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 13.

¹⁴⁹⁶ CARRON, Concurrence, p. 411. En ce sens également, CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 13 ; LANZ, Preisüberwachung, N 22.

¹⁴⁹⁷ CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 13.

C. La fixation ou l'approbation par une autorité officielle

Pour que l'art. 14 LSPr soit applicable, le prix doit être fixé ou approuvé par une autorité officielle, à savoir une autorité législative ou exécutive de la Confédération, d'un canton ou d'une commune¹⁴⁹⁸.

D'une part, l'art. 46 al. 4 LAMal prévoit que les conventions tarifaires doivent être approuvées par le gouvernement cantonal compétent ou par le Conseil fédéral lorsque sa validité s'étend à toute la Suisse. Dans le domaine des conventions tarifaires avec les hôpitaux, c'est expressément le Conseil fédéral qui approuve la structure tarifaire, conformément à l'art. 49 al. 2 LAMal. Le gouvernement d'un canton est une autorité exécutive cantonale et le Conseil fédéral une autorité exécutive fédérale au sens de l'art. 14 al. 1 LSPr¹⁴⁹⁹. Ceux-ci doivent dès lors prendre l'avis du Surveillant des prix avant d'approuver la convention tarifaire¹⁵⁰⁰. Cela vaut tant pour les conventions conclues par des fédérations que pour les conventions de fournisseurs qui n'ont pas adhéré au tarif conclu par leur fédération. En effet, chaque modification de la valeur du point doit être approuvée et donc soumise au Surveillant des prix¹⁵⁰¹.

D'autre part, la LAMal envisage des cas de figure où le tarif est directement fixé par une autorité officielle¹⁵⁰². On pense à nouveau au gouvernement cantonal (cf. art. 43 al. 4 et 47 LAMal¹⁵⁰³) ou au Conseil fédéral (art. 46 al. 5 ou 49 al. 2 LAMal), lorsqu'aucune convention tarifaire n'est

¹⁴⁹⁸ Les dispositions générales et non l'art. 14 LSPr s'appliquent s'il s'agit d'un cartel étatique qui agit de manière autonome. C'est pour cette raison qu'on parle « d'autorité officielle ». Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 19.

¹⁴⁹⁹ Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 21 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 14, N 4.

¹⁵⁰⁰ Art. 14 al. 1, 1^{ère} phrase LSPr. Cf. Mess-LAMal, p. 162 ; SURVEILLANCE DES PRIX, Tarifs, p. 6 ; TAF, arrêt C-2380/2012 du 17 septembre 2015, c. 2.5 ; TAF, arrêt C-2548/2008 du 18 novembre 2009, c. 4.2.4 et 8.2 ; EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 46, N 14. Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 29 ; BRUM-ANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 141.

¹⁵⁰¹ ATAF 2010/24, c. 8.2.

¹⁵⁰² C'est l'OFSP qui fixe le prix des médicaments d'après l'art. 52 al. 1 let. b LAMal. Cette problématique est toutefois exclue du champ de notre étude.

¹⁵⁰³ RAMA 2002 KV 214 202, c. 4.1 ; RAMA 2002 KV 221 312, c. 3.3. ; CF, RAMA 1997 KV 16 343, c. II/4 ; EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 47, N 8.

conclue. Le gouvernement cantonal et le Conseil fédéral sont des autorités exécutives¹⁵⁰⁴ et le Surveillant des prix doit également être consulté¹⁵⁰⁵. A ce propos, malgré l'obligation d'entendre le Surveillant et de motiver son choix (cf. ci-dessous), c'est bien l'autorité qui fixe le tarif¹⁵⁰⁶.

En pratique, les autorités chargées d'approuver ou de fixer un tarif demandent effectivement l'avis du Surveillant des prix et celui-ci se prononce¹⁵⁰⁷.

II. L'EXAMEN PAR LE SURVEILLANT DES PRIX

Une fois avisée, la Surveillance des prix examine les prix et apprécie l'éventuel abus. Elle se fonde sur les exigences de l'art. 14 LSPr et tient ainsi compte des intérêts publics supérieurs¹⁵⁰⁸. Elle se fonde également sur les critères des art. 12 et 13 LSPr¹⁵⁰⁹. Elle examine si les tarifs correspondent « plus ou moins à des prix fixés en conformité avec le marché »¹⁵¹⁰, c'est-à-dire « qu'il serait possible d'obtenir ce prix dans des conditions de concurrence »¹⁵¹¹.

Après son examen, le Surveillant peut rendre une recommandation. Il peut proposer de renoncer totalement ou partiellement à l'augmentation

¹⁵⁰⁴ Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 21 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 14, N 4.

¹⁵⁰⁵ Art. 14 al. 1, 1^{ère} phrase LSPr ; EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 47, N 8. Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 29 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 141.

¹⁵⁰⁶ TAF, arrêt C-2380/2012 du 17 septembre 2015, c. 2.5 ; LANZ, Preisüberwachung, N 113.

¹⁵⁰⁷ Cf. p. ex., ATAF 2014/18 (résumé des faits) ; TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, c. 6.5 ; TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2014, c. 7 ; TAF, arrêt C-7322/2013 du 2 octobre 2014, D.c (résumé des faits). Pour un exemple où le Conseil fédéral demande l'avis de la Surveillance, TAF, arrêt C-2548/2008 du 18 novembre 2009, c. 5.1.

¹⁵⁰⁸ Il s'agit d'autres exigences que celles relevant de l'économie d'entreprise. On désigne en particulier « les intérêts relevant de la politique agricole, de la politique des transports, de la politique énergétique, des exigences de la santé publique et de la protection de l'environnement, de la politique sociale ou de la politique culturelle » Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 38 et les nombreuses réf.

¹⁵⁰⁹ Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 33 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 14, N 9.

¹⁵¹⁰ Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 1766 et réf.

¹⁵¹¹ Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 1766 et réf.

du tarif ou de l'abaisser s'il est maintenu abusivement¹⁵¹². Il a également la possibilité de suggérer une plus grande baisse que celle envisagée¹⁵¹³. Puisqu'il a cette compétence, il se peut que le Surveillant saisisse l'autorité concernée¹⁵¹⁴.

Le Surveillant des prix n'a pas de compétence décisionnelle¹⁵¹⁵ et son avis n'est pas soumis à recours¹⁵¹⁶. Selon le TAF, cet avis ne constitue pas non plus un moyen de preuve ni une expertise au sens de l'art. 12 let. e PA, mais peut néanmoins être qualifié d'expertise fédérale d'un organe spécialisé¹⁵¹⁷. On peut considérer la Surveillance des prix comme un service spécialisé qui doit être entendu dans les procédures visées¹⁵¹⁸.

Notons que, le Surveillant des prix n'a pas l'obligation de se prononcer sur chaque tarif qui lui est soumis¹⁵¹⁹. En revanche, ne pas l'entendre – ou plutôt ne pas lui donner la possibilité d'exprimer son avis – est une violation du droit fédéral. L'autorité de recours (à l'époque le Conseil fédéral) a annulé des décisions tarifaires cantonales et a renvoyé la cause à l'instance précédente quand le Surveillant des prix n'avait pas été consul-

¹⁵¹² Art. 14 al. 1, 2^{ème} phrase LSPr ; CF, RAMA 2002 289, *Verlängerung eines Tarifvertrages durch die Kantonsregierung*, c. II.2 ; EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 47, N 8 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 92 ; SURVEILLANCE DES PRIX, Tarifs, p. 6.

¹⁵¹³ Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 43.

¹⁵¹⁴ Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 46 ; SCHÜR-MANN/SCHLUEP, KG & PüG, p. 881.

¹⁵¹⁵ CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 2 et 44 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 1, N 6 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 2, N 4 et 10 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 92 s.

¹⁵¹⁶ Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 53 ; SCHÜR-MANN/SCHLUEP, KG & PüG, p. 882 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 14, N 10.

¹⁵¹⁷ ATAF 2010/25, c. 2.3.2 ; TAF, arrêt C-2548/2008 du 18 novembre 2009, c. 8.2 ; RAMA 6/1997, p. 353, c. 4.6.

¹⁵¹⁸ ATAF 2010/25, c. 2.3.2. Cf. aussi SURVEILLANCE DES PRIX, Tarifs, p. 6.

¹⁵¹⁹ RAMA 1998 KV 27 153, c. II/4 ; RAMA 1998 KV 27 167, c. II ; CF, RAMA 2002 KV 232 480, p. 484, c. II/4.1 ; EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 46, N 14 et ad 47, N 8 ; BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 93.

té et que, lors de la procédure de recours, les parties ont insisté sur le fait de l'entendre¹⁵²⁰.

Dès le moment où il se prononce, l'autorité doit mentionner l'avis du Surveillant des prix dans sa décision¹⁵²¹. Cela vaut tant dans les cas où elle approuve l'augmentation du prix que dans les cas où elle ne l'approuve pas ainsi que dans les cas où l'autorité fixe elle-même le tarif. Si elle s'écarte de cet avis, l'autorité doit le justifier conformément à l'art. 14 al. 2 LSPr¹⁵²². Elle doit faire valoir des motifs objectifs et les expliciter de manière claire¹⁵²³.

Le but d'un tel examen des conventions tarifaires – et donc de l'adoption et de l'adaptation des tarifs – est « d'inciter au besoin les partenaires à un comportement modéré et responsable en matière de tarifs »¹⁵²⁴. Cela démontre également une volonté d'assurer que les conditions-cadre de politique sociale soient respectées¹⁵²⁵. Les recommandations du Surveillant des prix sont importantes dans la mesure où l'on peut en faire ressortir une certaine échelle ou des critères uniformes pour la fixation des tarifs¹⁵²⁶. Ces critères doivent guider et inciter les partenaires tarifaires lors de leurs négociations et posent un cadre au contenu des conventions.

En pratique, le Surveillant a notamment été amené à rendre une recommandation destinée au Conseil fédéral sur le tarif Tarmed et a rendu de nombreuses recommandations concernant la fixation du point Tarmed¹⁵²⁷. Concernant la mise en œuvre du nouveau financement hospitalier, il s'est

¹⁵²⁰ CF, RAMA 1997 KV 8 220 II/e.4 ; CF, RAMA 1997 KV 16 343, 348, c. 4.3 ; EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 46, N 14. Cf. aussi SURVEILLANCE DES PRIX, TARIFS, p. 6.

¹⁵²¹ Art. 14 al. 2 LSPr. Pour un exemple, TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2014, c. 7. Cf. aussi SURVEILLANCE DES PRIX, Tarifs, p. 6.

¹⁵²² Art. 14 al. 2 LAMal. Cf. Mess-LAMal, p. 162. Cf. aussi TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2014, c. 7 ; TAF, arrêt C-2380/2012 du 17 septembre 2015, c. 2.5 ; TAF, arrêt C-2548/2008 du 18 novembre 2009, c. 8.2. Cf. aussi SURVEILLANCE DES PRIX, Tarifs, p. 6.

¹⁵²³ TAF, arrêt C-2548/2008 du 18 novembre 2009, c. 8.2.

¹⁵²⁴ Mess-LAMal, p. 162.

¹⁵²⁵ CF, RAMA 1998 KV 19 10, c. 6b ; EUGSTER, Rechtsprechung KVG ad Art. 46, N 14.

¹⁵²⁶ RAMA 1997 KV 16 p. 343, c. 4.6 ; TAF, arrêt C-2380/2012 du 17 septembre 2015, c. 2.5.

¹⁵²⁷ Pour des détails, voir le chapitre sur Tarmed et la Surveillance des prix, Cinquième Partie, Chap. 4 et les références.

dans un premier temps penché sur la structure tarifaire SwissDRG, puis ensuite sur la fixation des prix de base (*baserate*) des différents hôpitaux¹⁵²⁸.

III. LE RÔLE DE L'AVIS DU SURVEILLANT DES PRIX EN CAS DE RECOURS CONTRE UN TARIF

En cas de litige, les décisions de fixation des tarifs sont soumises au plein pouvoir d'examen du TAF. Les différentes prises de position sont soumises à sa libre appréciation¹⁵²⁹.

En pratique, le TAF, se fondant sur la pratique constante du Conseil fédéral précédemment compétent, n'examine la décision du gouvernement cantonal qu'avec retenue, surtout si celle-ci concorde avec les recommandations du Surveillant¹⁵³⁰. Cela est justifié par le fait que la décision de l'autorité cantonale intervient après la consultation du Surveillant des prix ou d'autres organes fédéraux (tels que l'OFSP)¹⁵³¹. En outre, il ne s'éloigne des conclusions du Surveillant que si ses recommandations découlent d'une interprétation erronée du droit fédéral ou si elles se basent sur une constatation inexacte ou incomplète des faits¹⁵³². Dans ces circonstances, cette retenue nous semble admissible.

Lorsque l'autorité s'écarte de l'avis de la Surveillance des prix, le TAF vérifiera qu'elle a argumenté ce choix de manière convaincante¹⁵³³. En

¹⁵²⁸ Cf. partie sur la surveillance des prix et les tarifs hospitaliers, Quatrième Partie, Chap. 6.

¹⁵²⁹ TAF, arrêt C-2380/2012 du 17 septembre 2015, c. 2.5 ; ATAF 2010/25, c. 2.4.3 ; ATAF 2012/18, c. 5.4.

¹⁵³⁰ Voir p. ex., TAF, arrêt C-427/2008 du 30 juillet 2009, c. 3 ; TAF, arrêt C-2548/2008 du 18 novembre 2009, c. 3 ; TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, c. 4.2 ; TAF, arrêt C-2422/2014 du 9 janvier 2017, c. 4.2 ; TAF, arrêt 3175/2013 du 13 juin 2017, c. 9.2.

¹⁵³¹ TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, c. 4.2.

¹⁵³² TAF, arrêt C-427/2008 du 30 juillet 2009, c. 3 ; TAF, arrêt C-2548/2008 du 18 novembre 2009, c. 3 ; TAF, arrêt C-2422/2014 du 9 janvier 2017, c. 4.2.

¹⁵³³ Voir p. ex. TAF, arrêt C-2997/2012 du 7 octobre 2015, c. 2.4.3 ; TAF, arrêt C-2380/2012 du 17 septembre 2015, c. 2.5 ; TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, c. 4.23 ; ATAF 2012/18, c. 5.4, 2010/25, c. 2.4.3 ; TAF, arrêt 3175/2013 du 13 juin 2017, c. 9.2 ; TAF, arrêt C-2422/2014 du 9 janvier 2017, c. 4.2.

revanche, ni l'opinion de la Surveillance des prix, ni l'opinion de l'autorité qui a adopté ou approuvé le tarif ne prime dans l'absolu¹⁵³⁴.

IV. SYNTHÈSE

Les tarifs LAMal constituent un cas d'application de l'art. 14 LSPr, car le tarif peut être arrêté par les partenaires tarifaires dans une convention approuvée par une autorité, ou être fixé directement par une autorité. L'autorité est soit le gouvernement cantonal, soit le Conseil fédéral. Ceux-ci doivent dès lors, présenter tout tarif LAMal au Surveillant des prix qui aura l'opportunité de se prononcer. Ce dernier rendra un avis qui devra impérativement être pris en compte par l'autorité dans sa décision ; le Surveillant n'a en revanche aucune compétence décisionnelle. L'avis du Surveillant des prix aura également une importance en cas de litige concernant le tarif.

¹⁵³⁴ Voir p. ex. TAF, arrêt C-2997/2012 du 7 octobre 2015, c. 2-4-3 ; TAF, arrêt C-2380/2012 du 17 septembre 2015, c. 2.5 ; ATAF 2012/18, c. 5.4 ; ATAF 2010/25, c. 2.3.2 et 2.4 ; TAF, arrêt C-7967/2008 du 13 décembre 2010, c. 2.2.2 non publié in ATAF 2010/62 ; TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, c. 4.3 ; ENDRASS/STAFFELBACH, Ermessensspielraum, N 231.

Chapitre 4 : L'APPLICATION DE LA LSPR AUX TARIFS DES PRESTATIONS PRISES EN CHARGE PAR L'ASSURANCE-MALADIE COMPLÉMENTAIRE

Nous nous concentrons, dans le présent chapitre, sur l'application de la loi sur la surveillance des prix dans le domaine des tarifs et conventions tarifaires relevant de l'assurance-maladie complémentaire. L'art. 15 LSPr a été brièvement abordé dans notre partie générale. Cette disposition doit être examinée à présent ; on classe généralement la surveillance de l'assurance privée dans les exemples « d'autres régimes de surveillance des prix de droit fédéral » au sens de l'art. 15 LSPr ¹⁵³⁵. Est-ce que cela englobe également les prix des prestations prises en charge par l'assurance-maladie complémentaire ?

I. L'ART. 15 LSPR OU LE RÉGIME GÉNÉRAL

L'art. 15 LSPr est le seul article de la section 6, intitulée « mesures dans le cadre d'autres régimes de surveillance des prix de droit fédéral ». Il est un complément à l'art. 14 LSPr qui vise les « mesures en cas de prix fixés ou approuvés par les autorités ». Ce dernier n'entre cependant pas en ligne de compte puisque le prix n'est pas approuvé ou fixé par une autorité.

L'art. 15 LSPr s'applique aux prix (1^{ère} condition) convenus ou à ceux d'une entreprise puissante sur le marché¹⁵³⁶ (2^{ème} condition), qui sont déjà soumis à une surveillance en vertu d'autres prescriptions de droit fédéral (3^{ème} condition).

Cette disposition concerne le cas où la compétence pour apprécier des prix est octroyée à une autorité, en lieu et place du Surveillant des prix, si le droit fédéral le prévoit (art. 15 al. 1 LSPr). Il faut vérifier dans chaque cas si de telles dispositions existent¹⁵³⁷. La compétence relèvera de la ré-

¹⁵³⁵ Mess-LSPr, p. 804 ; WEBER, PüG, Art. 15 N 12 ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 15, N 25 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 15, N 3.

¹⁵³⁶ Cf. art. 2 LSPr. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 15 LSPr, N 18 ; SCHÜR-MANN/SCHLUEP, KG & PüG, p. 849 ; WEBER, PüG, Art. 15 N 7.

¹⁵³⁷ WEBER, PüG, Art. 15 N 6. Cf. aussi Mess-rév.LSPr-1989, p. 98.

glementation spéciale et non de la LSPr¹⁵³⁸. Le Surveillant des prix a toutefois le droit de rendre une recommandation (art. 15 al. 2^{bis} LSPr). A ce titre, le Surveillant a un droit de recommandation, notamment concernant les produits agricoles, les tarifs aériens, les droits d'auteurs¹⁵³⁹. Dans le secteur de la santé, on admet l'application de l'art. 15 pour la surveillance des prix des médicaments¹⁵⁴⁰.

Si les conditions spéciales de l'art. 15 LSPr ne sont pas remplies, il faut alors examiner les dispositions générales de la loi (art. 1 ss et 6 ss LSPr).

II. L'APPLICATION DE LA LSPR

A. Un prix convenu ou celui d'une entreprise puissante sur le marché

Pour que les dispositions matérielles de la loi ou l'art. 15 LSPr s'appliquent, il faut que l'on soit en présence d'un prix convenu ou celui d'une entreprise puissante sur le marché (art. 1 et 2 LSPr et art. 15 al. 1 LSPr)¹⁵⁴¹. Ces notions doivent être interprétées de manière large¹⁵⁴².

Dans l'assurance complémentaire, les prix des prestations sont arrêtés de manière unilatérale par les prestataires de soins, ou par un accord avec un assureur, éventuellement avec plusieurs assureurs (conventions tarifaires)¹⁵⁴³. Selon l'art. 15 al. 2^{bis} LSPr, seuls sont concernés le maintien ou

¹⁵³⁸ Mess-rév.LSPr-1989, p. 102 ; WEBER, PüG, Art. 15 N 2 et 18 ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Rem. art. 15 LSPr, N 3 ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 15 LSPr, N 2, 9, 35 ss ; Mess-LSPr, p. 804 s. et 819 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 15, N 1.

¹⁵³⁹ Pour des détails, cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 15 LSPr, N 19 ss ; WEBER, PüG, Art. 15 N 8 ss ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 15, N 2 ss. Cf. aussi Mess-rév.LSPr-1989, p. 98 et Mess-LSPr, p. 804 s.

¹⁵⁴⁰ Cela renvoie aux art. 4 al. 2 et 10 LSPr. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 15 LSPr, N 27 et nombreuses réf. ; WEBER, PüG, Art. 15 N 14.

¹⁵⁴¹ Cf. Première Partie, Chap. 4.I et II.

¹⁵⁴² CARRON, Concurrence, p. 410 s. ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 15 LSPr, N 18.

¹⁵⁴³ Sur la notion de prix, SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 41.

l'augmentation abusifs de prix¹⁵⁴⁴, mais cela peut être étendu aux baisses de prix¹⁵⁴⁵.

Les conventions tarifaires arrêtent le prix des prestations de santé. Dans la mesure où elles regroupent plusieurs partenaires tarifaires du côté des assureurs ou du côté des fournisseurs de soins, ce sont des accords en matière de concurrence, comme nous l'avons démontré dans le chapitre dédié à l'examen de l'application de la LCart¹⁵⁴⁶. Dans le cas où un seul assureur et un seul prestataire se mettent d'accord sur le tarif ou que le prestataire fixe seul son prix, on ne reconnaît toutefois pas un accord en matière de concurrence au sens de la LCart et il n'y a, vu la configuration du marché, vraisemblablement pas de position dominante. En revanche, tant dans le contexte de l'art. 14 LSPr que dans celui de l'art. 15 LSPr, on interprète la notion très largement. L'acte de l'autorité (approbation, fixation ou surveillance) se substitue au cartel ou à l'organisation analogue et produit des effets comparables à ces derniers¹⁵⁴⁷.

B. La surveillance de l'assurance-maladie complémentaire et l'art. 15 LSPr

Il faut déterminer si le prix est surveillé en vertu d'autres prescriptions de droit fédéral (art. 15 LSPr) ou si, cas échéant, on retombe dans le régime usuel des art. 6 ss LSPr.

Une refonte des dispositions légales de la surveillance de l'assurance privée a eu lieu en 2004 et a conduit à la révision totale de la LSA, entrée en vigueur en 2006¹⁵⁴⁸. Aujourd'hui, la FINMA – et non plus l'OFAP – est compétente pour exercer la surveillance¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴⁴ Ces notions sont celles des art. 4 al. 2 et 10 LSPr. Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 15 LSPr, N 39.

¹⁵⁴⁵ Avec l'ajout de l'al. 2^{bis}, ce qui a été dit pour l'art. 14 LSPr vaut aussi pour l'art. 15 LSPr.

¹⁵⁴⁶ Cf. Chap. 1.II.A. de la présente Partie.

¹⁵⁴⁷ En ce sens, Mess-LSPr, p. 812 ; CR Concurrence-BOVET, Intro. LSPr, N 51 ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 15 LSPr, N 18 ; SCHÜRMAN/SCHLUEP, KG & PüG, p. 856 s. Voir aussi sixième Partie, chap. 3.II.A.b. sur les primes.

¹⁵⁴⁸ WEBER, PüG, Art. 15 N 11.

¹⁵⁴⁹ A propos du but de la surveillance, BRULHART, Assurances privées, N 190, 202 ss et réf.

Le message relatif à la LSPr, adopté avant la révision de la LSA, classe la surveillance de l'assurance privée dans les exemples « d'autres régimes de surveillance des prix de droit fédéral » au sens de l'art. 15 LSPr¹⁵⁵⁰. La doctrine unanime arrive également à cette conclusion, et ce aussi dans les ouvrages publiés après le changement législatif. Sans en préciser les raisons, elle invoque seulement que l'art. 4 al. 2 let. r LSA prévoit que les tarifs et les conditions générales appliqués en Suisse dans l'assurance-maladie complémentaire doivent être présentés à la FINMA en vue d'obtenir l'agrément. En revanche, le reste des tarifs et primes de l'assurance complémentaire ne sont pas réglés¹⁵⁵¹.

La surveillance de la FINMA vise principalement les primes que les assurés doivent payer. L'examen de l'application de la LSPr dans le domaine des primes des compagnies d'assurance pour une couverture maladie complémentaire fait l'objet d'un chapitre distinct¹⁵⁵².

C. Le régime ordinaire de surveillance des prix

a. Les conditions d'application

Ainsi, ce ne sont ni les conventions tarifaires ni les tarifs des prestations médicales qui sont approuvés par la FINMA. Le contrôle concerne les primes et conditions générales appliquées en Suisse pour l'assurance-maladie complémentaire¹⁵⁵³. On vise les entreprises d'assurance dans leur relation avec les assurés¹⁵⁵⁴. Les primes sont certes établies selon les conventions conclues, ou selon les tarifs que les fournisseurs de prestations adoptent, mais la surveillance ne les vise qu'indirectement et la question de l'approbation ne les vise pas du tout. Or l'étendue de la compétence du Surveillant des prix selon l'art. 15 LSPR est déterminée selon la loi qui prévoit la surveillance spéciale (cf. art. 15 al. 2 LSPr).

¹⁵⁵⁰ Mess-LSPr, p. 804.

¹⁵⁵¹ WEBER, PüG, Art. 15 N 12 ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 15 LSPr, N 25 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 15, N 3.

¹⁵⁵² Voir aussi sixième Partie, chap. 3.II.B.

¹⁵⁵³ En ce sens, CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 4.3.3. Cf. aussi, RÜTSCHÉ, *Aufischt*, N 18.

¹⁵⁵⁴ En ce sens, CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 4.3.3.

La LSA ne s'applique pas lorsqu'un fournisseur de prestations établit seul des tarifs de prestations qui ne sont pas prises en charge par l'assurance-maladie ; aucune entreprise d'assurance n'est directement impliquée¹⁵⁵⁵. Pour la même raison, la LSA ne s'applique pas lorsque plusieurs fournisseurs de prestations fixent ensemble – par le biais d'une convention – des tarifs. Dès lors, les conditions générales de la LSPr peuvent s'appliquer puisque l'on sort du cadre posé par l'art. 15 LSPr. Il faut alors vérifier que les conditions des art. 1 et 2 sont remplies.

On peut ensuite penser aux conventions tarifaires conclues entre un ou plusieurs fournisseurs et un ou plusieurs assureurs dans le but d'établir le prix de la prestation complémentaire que l'entreprise d'assurance prend en charge. On a, dans ce cas, une entreprise d'assurance. Toutefois, le pouvoir octroyé à la FINMA ne lui permet pas d'intervenir dans cette relation et de vérifier la convention ; la relation entre l'assureur et les fournisseurs de prestations n'est pas l'objet de la LSA¹⁵⁵⁶. Les dispositions générales de la LSPr, et non l'art. 15 LSPr, entrent en ligne de compte. Il faut s'assurer que les conditions d'application générales de la LSPr prévues aux art. 1 et 2 de la LSPr sont remplies¹⁵⁵⁷.

Ainsi, on retient l'application des dispositions matérielles de la LSPr, dans les cas où les conditions sont en l'espèce remplies. Nous sommes en présence d'une fixation d'un prix. Particulièrement, l'art. 2 LSPr prévoit que la loi s'applique aux (entreprises qui ont conclu des) accords en matière de concurrence au sens de la LCart (art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart) et aux entreprises puissantes sur le marché qui relèvent du droit public ou du droit privé (cf. art. 2 al. 1 LCart)¹⁵⁵⁸. S'il y a une convention tarifaire, la LSPr s'applique. On peut aussi, comme nous l'avons présenté dans la partie sur la LCart ci-avant, parfois retenir qu'une entité qui arrête un prix est en position dominante sur le marché et, *a fortiori*, de puissance sur le

¹⁵⁵⁵ Le champ d'application de la LSA est décrit à l'art. 2 LSA.

¹⁵⁵⁶ CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 4.3.4.

¹⁵⁵⁷ En ce sens, sommairement, SCARTAZZINI/HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, § 16 N 41.

¹⁵⁵⁸ Pour les détails, cf. Première Partie, Chap. 4.I. Cf. not. CR Concurrence-BOVET, *Introduction LSPr*, N 11. Cf. également HÄNNI/STÖCKLI, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, N 566. Pour les renvois lors de l'adoption de la LSPr, cf. *Mess-LSPr*, p. 809.

marché. Le cas d'un consortium d'hôpitaux publics économiquement dépendant du canton constitue un bon exemple¹⁵⁵⁹.

b. Les conséquences de l'application de la LSPr

Lorsque ces conditions sont remplies, le Surveillant peut intervenir et appliquer les dispositions matérielles (art. 4 à 11 LSPr). Dans ce cadre, il peut agir directement et peut même rendre des décisions (interdire une augmentation de prix ou ordonner une baisse de prix)¹⁵⁶⁰. Nous renvoyons, pour les détails, au chapitre y relatif de la première partie¹⁵⁶¹.

La Comco semble, de manière implicite, confirmer cela. Dans la décision « *Zusatversicherung Luzern* », elle a examiné un éventuel abus de position dominante de la part du canton (qui est l'entité économiquement indépendante) dans la fixation des tarifs de l'assurance complémentaire hospitalière. Après examen selon la méthode de comparaison, elle estime que les prix ne sont pas abusifs. Les recourants demandaient un examen selon la méthode des coûts, mais la Comco refuse. Elle signale toutefois aux parties que celles-ci peuvent directement s'adresser au Surveillant des prix pour demander un contrôle des tarifs¹⁵⁶².

c. Remarque

On aurait pu argumenter que ce prix fixé se retrouve indirectement dans les tarifs des assureurs. En effet, une entreprise qui propose, par exemple, une couverture en chambre individuelle dans toute la Suisse devra rembourser à l'assuré le prix du séjour dont le montant est – dans cette hypothèse – fixé de manière unilatérale par un hôpital. Si ces tarifs sont trop élevés ou trop bas, il y a une répercussion sur la hauteur des primes que les assureurs proposent à leurs clients (report des coûts). Ces primes sont, comme nous l'avons montré, soumises à approbation de la FINMA¹⁵⁶³. On ne peut toutefois pas admettre que la surveillance de la LSA s'applique

¹⁵⁵⁹ A ce propos de cette hypothèse, cf. Quatrième Partie, Chap. 4.I.C.

¹⁵⁶⁰ En ce sens, JACOBS, Gesundheitsrecht, N 30.

¹⁵⁶¹ Cf. première Partie, Chap. 4. IV.

¹⁵⁶² Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 213. En ce sens, JACOBS, Gesundheitsrecht, N 30.

¹⁵⁶³ Art. 4 al. 2 let. r et 5 al. 1 LAMal.

directement sur le tarif de l'hôpital¹⁵⁶⁴. Toutefois, dans le cas où une répercussion se fait ressentir sur les primes, il faut admettre un droit de recommandation du Surveillant des prix selon l'art. 15 LSPr¹⁵⁶⁵.

III. SYNTHÈSE

La surveillance de l'assurance privée, y compris de l'assurance-maladie complémentaire, est exercée par la FINMA. Le Surveillant des prix n'a qu'un droit de recommandation conformément à l'art. 15 LSPr. En revanche, on ne peut pas admettre que les conventions tarifaires conclues entre un (ou plusieurs) fournisseur(s) de prestation et un (ou plusieurs) assureur(s) tombent en tant que telles sous le coup de la surveillance prévue par la LSA. Il faut admettre que le Surveillant des prix est directement compétent pour apprécier les tarifs (prix convenus).

Le Surveillant des prix est également directement compétent lorsque le prix est fixé uniquement par les fournisseurs de prestations ou par leur association, s'il y a position dominante.

¹⁵⁶⁴ Se référant à l'ancienne législation, cf. Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 43. L'ancien art. 20 de la LSA de 1978 est repris dans l'actuel LSA.

¹⁵⁶⁵ Cf. Sixième Partie, Chap. 3.II.B.

Chapitre 5 : L'ANALYSE DU SYSTÈME

L'analyse détaillée des prix des prestations sera développée dans les chapitres des parties spéciales suivantes en lien avec les hôpitaux et les médecins. Nous nous cantonnons ici à des remarques générales.

I. L'ASSURANCE-MALADIE OBLIGATOIRE

Pour les prestations prises en charge par la LAMal, il existe une tension importante entre la volonté de garantir une haute qualité des soins tout en assurant un prix aussi bas que possible¹⁵⁶⁶.

Selon l'art. 43 al. 6 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. Un changement de structure tarifaire ne doit pas entraîner de coûts supplémentaires¹⁵⁶⁷ et des mesures extraordinaires de maîtrise des coûts sont prévues dans la loi¹⁵⁶⁸. Toutefois, la qualité et la sécurité des soins doivent rester l'objectif premier¹⁵⁶⁹.

Dans ce contexte, la fixation du prix de soins de santé est régie par la LAMal. Les fournisseurs de soins et les assureurs doivent conclure des conventions tarifaires. Le contrat collectif est expressément prévu et l'on cherche une uniformisation du prix par domaine (ambulatoire, stationnaire). Des contrats divergents sont possibles ; cela peut stimuler la concurrence.

Dans ce contexte, l'accord sur les prix ne peut être sanctionné par la Comco. On réserve toutefois un cas de figure, celui où une des parties à la convention est en position dominante (collective) et qu'elle use de celle-ci pour arriver à un accord qui n'est pas déjà interdit par l'art. 46 al. 3 LAMal.

¹⁵⁶⁶ KIESER, Tarif, p. 44.

¹⁵⁶⁷ Principe de la neutralité des coûts, art. 46 al. 4 LAMal, 59c al. 1 let. OAMal. Cf. RÜTSCHKE, Spitalfinanzierung, p. 25 ; KIESER, Tarif, p. 62 ss ; OGGIER, Bildung, p. 131 ss.

¹⁵⁶⁸ Art. 54 (budget global), 55 (établissement des tarifs par les autorités d'approbation) et 55a (limitation de l'admission des fournisseurs de soins) LAMal.

¹⁵⁶⁹ Mess-LAMal, p. 116 ; KIESER, Tarif, p. 44 s.

Puisque le prix est fixé ou approuvé par une autorité fédérale ou cantonale, le Surveillant des prix peut examiner le tarif, mais uniquement rendre des recommandations.

On retient que la manière dont sont fixés les tarifs a une grande importance en lien avec les coûts de la santé, bien que cela ne soit pas la seule cause¹⁵⁷⁰.

II. L'ASSURANCE-MALADIE COMPLÉMENTAIRE

Dans l'assurance-maladie complémentaire, on ne retient pas de prescriptions réservées qui couvrent la fixation des tarifs. La LCart est pleinement applicable. On admet aussi une compétence du Surveillant des prix. Les règles de coordination entre les compétences des deux autorités s'appliquent.

¹⁵⁷⁰ Mess-LAMal, p. 153 ; KIESER, Tarif, p. 47.

Quatrième Partie :

Le droit de la concurrence et les
établissements hospitaliers

INTRODUCTION

Nous nous concentrons, dans la présente Partie, sur l'application du droit de la concurrence dans le cadre de l'activité des établissements hospitaliers, ou hôpitaux. Les hôpitaux sont définis comme « les établissements ou celles de leurs divisions qui servent au traitement hospitalier de maladies aiguës ou à l'exécution, en milieu hospitalier, de mesures médicales de réadaptation » (art. 39 al. 1 LAMal).

Nous commençons par examiner la portée des dispositions de la Constitution économique (chapitre 1).

Les chapitres 2 à 5 sont consacrés à l'application de la LCart. Nous y examinons la question de la planification hospitalière (chapitre 2). Le point délicat consiste à déterminer si le canton, qui procède à la planification, peut être qualifié d'entreprise. L'application de la LCart aux tarifs des prestations est l'objet des chapitres 3 et 4. Dans le domaine de l'AOS, il faudra distinguer l'établissement de la structure tarifaire par SwissDRG SA de la fixation du prix de base au moyen de conventions tarifaires. Sur ce dernier point, nous pourrons largement renvoyer aux développements proposés dans la Troisième Partie. Dans le domaine des tarifs de l'assurance hospitalière complémentaire, plusieurs décisions ont été rendues par la Comco. Nous les analyserons. L'examen des autres paramètres concurrentiels est traité dans le chapitre 5. Il sera alors l'occasion d'examiner si la LCart s'applique dans les relations entre établissements hospitaliers ou avec des tiers.

Nous examinons ensuite la question du régime du financement des hôpitaux, à l'aune de la LSPr (chapitre 6). Cette loi est pertinente puisque l'on fixe le prix d'une prestation tarifaire. Ici aussi, nous pourrons, dans une large mesure, renvoyer à la Troisième Partie.

L'application de la LCD dans le contexte de l'activité du médecin est l'objet du chapitre 7.

La présente partie se termine par une analyse du système choisi (chapitre 8).

Chapitre 1 : LES ÉTABLISSEMENTS HOSPITALIERS ET LA CONSTITUTION ÉCONOMIQUE

Nous étudions, en premier lieu, les principales dispositions constitutionnelles liées à la liberté économique¹⁵⁷¹ – notion comprise dans un sens large – dans le contexte des établissements hospitaliers. Nous commençons par déterminer si les établissements hospitaliers peuvent être titulaires ou destinataires de la liberté économique (I).

Nous examinons ensuite la portée de la liberté économique (II), spécialement en lien avec les subventions (A) et la planification hospitalière (B). Puis nous examinons la portée de la liberté économique en lien avec les dispositions tarifaires cantonales dans le domaine de l'assurance complémentaire (C) et la planification cantonale des équipements médico-techniques lourds (D). Nous nous fondons sur les arrêts rendus par le TF.

I. LES ÉTABLISSEMENTS HOSPITALIERS COMME TITULAIRES OU DESTINATAIRES DE LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE

A. Les établissements proposant des prestations LAMal

a. Les hôpitaux privés

D'un point de vue personnel, un hôpital privé, en tant que personne morale, peut en principe invoquer la liberté économique. D'un point de vue matériel, les hôpitaux privés exercent une activité économique. Il faut dès lors examiner si, puis dans quelle mesure, ils peuvent invoquer cette liberté lorsqu'ils fournissent des soins pris en charge selon la LAMal. La liberté économique comprend plusieurs éléments dont le libre accès à une activité économique et son libre exercice (art. 27 al. 2 Cst.). Les conditions imposées aux hôpitaux privés pour accéder à la liste LAMal touchent donc cette liberté¹⁵⁷².

¹⁵⁷¹ Sur la liberté économique, le principe de la liberté économique et les conditions d'application, cf. Première Partie, Chap. 2.II.A.b.

¹⁵⁷² MADER, Financement, N 158.

Toutefois, le Tribunal fédéral a établi que l'assurance sociale échappe dans une large mesure à la liberté économique¹⁵⁷³. Cela signifie que les hôpitaux privés sont, sur le principe, titulaires de la liberté économique, mais de nombreux tempéraments existent. Il faudra dès lors examiner si les conditions de restriction de l'art. 36 Cst. sont remplies¹⁵⁷⁴. En outre, en vertu de l'article 94 al. 4 Cst., les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons¹⁵⁷⁵.

b. Les hôpitaux publics

La liberté économique peut être invoquée par les personnes morales ; il n'est donc *a priori* pas exclu qu'un hôpital public puisse l'invoquer. Toutefois, le Tribunal fédéral a, à plusieurs reprises, précisé que, matériellement, les tâches publiques ne relèvent pas de la liberté économique¹⁵⁷⁶. Il a même expressément reconnu que les hôpitaux publics ne sont, dans un système de planification et d'admission sur une liste permettant de prester à charge de l'AOS, pas titulaires de la liberté économique¹⁵⁷⁷. On doit en outre retenir qu'un hôpital public, ou le canton, en tant qu'entité exécutant une tâche de l'Etat, est tenu au respect des droits fondamentaux compte tenu de l'art. 35 al. 2 Cst. Soulignons en outre que, parfois, le canton détient et exploite des hôpitaux. Il est également, dans ce contexte, destinataire et non titulaire des droits fondamentaux¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷³ ATF 132 V 6, c. 2.5.2, RDAF 2007 I 385.

¹⁵⁷⁴ En ce sens, ATF 138 II 191, c. 4.4 (fr) et TF, arrêt 2C_656/2009 du 24 juillet 2009, c. 4.2.

¹⁵⁷⁵ Cf. Première Partie, Chap. 2.A.b.ii. et, dans ce contexte précis, MADER, Financement, N 168.

¹⁵⁷⁶ ATF 130 I 26, c. 2.4.1 et 2.5.2, JdT 2005 I 143 ; ATF 128 I 280, c. 3, JdT 2004 I 2 ; TF, arrêt 2P.67/2004 du 23 septembre 2004, c. 1.5. Cf. aussi REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 133 ss.

¹⁵⁷⁷ ATF 132 V 6, c. 2.5.4, RDAF 2007 I 385 ; TF, arrêt 2P.67/2004 du 23 septembre 2004, c. 1.8.

¹⁵⁷⁸ Cf. ci-dessous pour des exemples.

B. Les établissements exerçant l'assurance-maladie complémentaire

a. Les hôpitaux privés

Lorsque les soins fournis ne sont pas pris en charge par l'AOS, l'établissement hospitalier privé n'exerce pas une tâche de l'Etat. Le Tribunal fédéral admet que le domaine de l'assurance complémentaire ne fait pas partie de l'assurance-maladie sociale et n'est pas soumis à une planification hospitalière, mais au droit privé et à la liberté économique¹⁵⁷⁹. Les hôpitaux privés peuvent ainsi se prévaloir de la protection liée à la liberté économique dans le cadre des soins pris en charge par une assurance-maladie complémentaire.

b. Les hôpitaux publics

Les hôpitaux publics n'exercent pas directement une tâche étatique lorsqu'ils fournissent des soins qui ne sont pas pris en charge par la LAMal, mais par une assurance complémentaire. Il s'agit d'une activité économique d'une entité publique.

On admet, en général, que l'entité publique est dans ce contexte tenue au respect des droits fondamentaux et donc de la liberté économique¹⁵⁸⁰.

Peut-on, en outre, admettre qu'une entité publique, pratiquant une activité économique, peut invoquer sa liberté économique lorsqu'elle est restreinte, par une mesure étatique, dans ces possibilités d'exercer son activité ? En d'autres termes, est-elle titulaire de la liberté économique ?

Cette question est depuis longtemps débattue et les avis divergent¹⁵⁸¹. Lorsque la doctrine¹⁵⁸² l'admet, la titularité est le plus souvent réservée

¹⁵⁷⁹ ATF 132 V 6, c. 2.4.2, RDAF 2007 I 385. En ce sens aussi, pour des EMS, TF, arrêt 2C_656/2009 du 24 juillet 2009, c. 4.3. Sur la titularité des droits fondamentaux des entités privées, SCHLATTER, Staatshandeln, p. 129 s.

¹⁵⁸⁰ Sur l'Etat en tant que destinataire de la liberté économique lors de l'exercice d'une activité économique, BIAGGINI, Unternehmen, p. 623. Sur les droits fondamentaux en général et les conflits doctrinaux et jurisprudentiels, SCHLATTER, Staatshandeln, p. 50 ss et 56 s. Le TF a, par exemple, reconnu que CFF SA, société anonyme de droit public, est tenue au respect des droits fondamentaux, cf. ATF 138 I 274, c. 2.2.1, JdT 2013 I 3.

¹⁵⁸¹ Cf. not. ABEGG/FREI, Unternehmen, p. 290 ss ; RUCH, BLS Netz AG, p. 402 ss ; SCHLATTER, Staatshandeln, p. 128 ss ; HÄSLER, Unternehmen, p. 152 ss, spécialement

aux entreprises dominées par l'Etat, mais constituées selon les formes du droit privé, à l'exclusion des établissements de droit public¹⁵⁸³, ou aux situations dans lesquelles une entreprise publique prend part à la concurrence à l'instar des particuliers¹⁵⁸⁴, ou est atteinte comme les particuliers¹⁵⁸⁵. En outre, seule la collectivité de niveau supérieur ou égal est reconnue comme titulaire de cette liberté, et non la collectivité qui détient l'établissement ou l'entreprise¹⁵⁸⁶. Une partie de la doctrine, minoritaire, considère que l'entreprise publique est titulaire de la liberté économique dès qu'une certaine autonomie lui est conférée dans l'accomplissement de sa tâche¹⁵⁸⁷, ou lorsque la collectivité lui assigne des objectifs spéciaux¹⁵⁸⁸.

Une partie des auteurs qui se sont penchés sur cette question propose d'arrêter la titularité en fonction des circonstances de l'espèce et au regard de la fonction de la liberté économique en cause¹⁵⁸⁹.

La jurisprudence ne tranche pas la question de manière absolue¹⁵⁹⁰. Elle a admis que les organisations de droit privé qui assument des tâches publiques puissent invoquer la liberté économique lorsqu'elles opèrent hors

p. 168 ss ; BIAGGINI, Unternehmen, p. 625 ss ; VOGEL, Staat, p. 101 ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, p. 124 s. ; HANGARTNER, Rechte, p. 111 ss ; SCHÜRMAN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, p. 38 ; GYGY, Wirtschaftsverfassungsrecht, p. 50 ; MARTI, Wirtschaftsfreiheit, p. 34 s. ; RHINOW, Bundesverfassung, p. 309 ; VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, p. 62 s. ; StG Komm. BV, vol.1-VALLENDER, Art. 27, N 54 s. ; BSK BV-UHLMANN, Art. 27, N 32 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, p. 99.

¹⁵⁸² Pour une présentation des avis doctrinaux, cf. ATF 142 II 369, c 6.3.1, JdT 2017 I 55 ; BIAGGINI, Unternehmen, p. 624.

¹⁵⁸³ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, p. 99.

¹⁵⁸⁴ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, p. 1066 ss ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 943 ; RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrechts, N 173 et 177 ; GRISEL, Liberté économique, p. 185 ss ; HOFMANN, Liberté économique, p. 40.

¹⁵⁸⁵ HÄSLER, Unternehmen, p. 169 ss et 175 ss.

¹⁵⁸⁶ RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrechts, p. 54 n° 174 ; SCHOTT, Wettbewerb, N 729. Cf. BIAGGINI, Unternehmen, p. 636 ; BSK BV-UHLMANN, Art. 27, N 32.

¹⁵⁸⁷ HOFMANN, Liberté économique, p. 41 ss.

¹⁵⁸⁸ SCHLATTER, Staatshandeln, p. 139 s.

¹⁵⁸⁹ BIAGGINI, Unternehmen, p. 632 ss ; SCHOTT, Wettbewerb, N 729. La titularité est reconnue principalement lorsqu'il s'agit d'assurer le marché intérieur.

¹⁵⁹⁰ ATF 142 II 369, c 6.3.3, JdT 2017 I 55 où la caisse de pensions argovienne n'opère pas principalement sur le marché concurrentiel, la question de la titularité du droit fondamental est alors laissée ouverte.

de leur mandat¹⁵⁹¹, mais réserve le cas où le secteur commercial est destiné à financer la tâche publique¹⁵⁹². Elle reconnaît également la titularité si l'organisation de droit privé assumant une tâche publique opère en concurrence avec des particuliers¹⁵⁹³. La question de savoir si une organisation dominée par une collectivité publique (en l'espèce Swisscom) peut invoquer cette liberté est, en revanche, expressément laissée ouverte par le TF¹⁵⁹⁴.

Ainsi une réponse univoque ne peut être apportée. L'organisation des établissements hospitaliers publics varie d'un canton à l'autre – pour autant que ce soit un critère. En revanche, il ressort plutôt clairement, et ce tant de la doctrine que de la jurisprudence, que la titularité pour invoquer la liberté économique doit rester l'exception¹⁵⁹⁵. Le fait que l'entité publique exerce une activité lucrative privée ne devrait en soi pas être une raison suffisante pour admettre la titularité, puisque la protection de l'autonomie des entités privées ou de leur possibilité de gain n'est pas le fait de la liberté économique¹⁵⁹⁶.

Pour les raisons présentées, si l'hôpital dépend du canton et que ce dernier arrête un tarif pour les prestations relevant de l'assurance complémentaire, ce premier n'est pas titulaire de la liberté économique¹⁵⁹⁷.

On peut également imaginer des restrictions quantitatives de l'exercice de l'activité (limite du nombre de lits voués aux patients ayant conclu une assurance complémentaire). Dans la mesure où le traitement du patient est principalement pris en charge par la LAMal et que seules les prestations complémentaires (lit en chambre privée) relèvent de l'assurance complémentaire, il nous paraît difficile d'admettre qu'un établissement public

¹⁵⁹¹ ATF 123 II 402, c. 3a, RDAF 1998 I 668.

¹⁵⁹² ATF 139 I 306, c. 3.2.2, JdT 2014 I 128.

¹⁵⁹³ ATF 138 I 289, c. 2.8.1. La question de la titularité ne se pose pas lorsque l'entité publique n'agit pas en concurrence avec d'autres et qu'elle n'est donc pas soumise aux mêmes règles que les privés, ATF 142 II 369, c. 6.3.3, JdT 2017 I 55.

¹⁵⁹⁴ ATF 131 II 13, c. 6.4.1 ; ATF 127 II 8, c. 4c.

¹⁵⁹⁵ Expressément en ce sens, BIAGGINI, *Unternehmen*, p. 636.

¹⁵⁹⁶ BIAGGINI, *Unternehmen*, p. 636.

¹⁵⁹⁷ Pour l'analyse d'une telle mesure, cf. Section II.C du présent chapitre.

soit titulaire de la liberté économique, les deux activités étant étroitement liées¹⁵⁹⁸.

II. LA PORTÉE DE LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE

A. Les subventions

Puisqu'un établissement privé est titulaire de la liberté économique, peut-il se plaindre d'une atteinte, respectivement d'une violation de la liberté économique en lien avec l'octroi de subventions ? Avant la révision de la LAMal de 2007, la conformité à la liberté économique de la planification hospitalière et celle de l'octroi de subventions faisaient l'objet de deux examens distincts¹⁵⁹⁹. Dans le contexte des subventions, le TF avait retenu que les cantons peuvent influencer la concurrence dans le domaine hospitalier au moyen de subventions, sans que cela ne constitue une atteinte à la liberté économique. Les agents économiques privés ne peuvent en principe pas obtenir, sur la base du principe d'égalité entre concurrents, d'être traités comme ceux du secteur public qui réalisent une tâche publique¹⁶⁰⁰.

En revanche, le canton est tenu, lorsqu'il octroie des subventions, de se conformer aux principes généraux régissant toute activité administrative, notamment le respect de la légalité, de l'égalité de traitement, de la proportionnalité et de la bonne foi, ainsi que l'interdiction de l'arbitraire¹⁶⁰¹. En outre, le principe de l'égalité de traitement vaut entre personnes appartenant à la même branche économique. L'Etat doit respecter ce principe entre les établissements subventionnés, lorsqu'il établit les conditions d'octroi des subventions¹⁶⁰². Cela doit aussi valoir entre privés¹⁶⁰³. Même si ce point n'est pas précisé par le TF, le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence qui impose de ne pas influencer les prix ou

¹⁵⁹⁸ Cf. Section II.B.d du présent Chapitre pour l'analyse d'une telle mesure prise envers des cliniques privées.

¹⁵⁹⁹ ATF 138 II 191, c. 4.2.2 (fr) ; ATF 126 V 172, c. 4b, RDAF 2001 I 624.

¹⁶⁰⁰ TF, arrêt 2P.94/2005 du 25 octobre 2006, c. 4.2 ; TF, arrêt 2P.204/2004 du 20 septembre 2005, c. 1.4 et 1.5 ; TF, arrêt 2P.67/2004 du 23 septembre 2004, c. 1.5 et 1.8. En doctrine, MADER, Financement, N 176 ss.

¹⁶⁰¹ ATF 138 II 191, c. 4.2.5 (fr) ; ATF 136 II 43, c. 3.2, RDAF 2011 I 537.

¹⁶⁰² Pour des EMS, TF, arrêt 2C_656/2009 du 24 juillet 2009, c. 4.2.

¹⁶⁰³ Concernant l'égalité de traitement entre hôpitaux privés, sans lien toutefois avec les subventions, ATF 132 V 6, c. 2.5.4, RDAF 2007 I 385.

comportements des acteurs économiques, exige une neutralité en matière de subventions¹⁶⁰⁴. Le moyen d'obtenir la subvention doit être décrit de manière claire dans une loi et les critères doivent être objectifs¹⁶⁰⁵.

Aujourd'hui, la planification et les subventions sont liées et examinées conjointement. La part cantonale du financement des soins dépend de l'admission sur la liste. Il n'y a qu'un seul statut (financement dual fixe). Lorsqu'un canton soumet à conditions l'octroi d'une contribution financière, cela touche la possibilité d'obtenir une contribution et le droit de pratiquer à charge de l'AOS, sous réserve du régime conventionné¹⁶⁰⁶.

En revanche, l'examen des subventions se fait seul et les éléments développés demeurent pour les autres subventions que celles portant sur les coûts des soins, en particulier pour les coûts socio-hôtelières, puisqu'ils ne sont pas régis par la LAMal¹⁶⁰⁷.

B. La planification hospitalière et le financement des hôpitaux

a. L'admission sur la liste

Le TF a retenu que, dans le domaine de l'assurance-maladie selon la LAMal, la Confédération jouit d'un monopole de droit indirect qui découle de l'art. 117 Cst.¹⁶⁰⁸, ce qui soustrait largement le domaine de l'assurance-maladie de la sphère de protection de la liberté économique¹⁶⁰⁹. Cela vaut notamment pour ce qui est de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à charge de cette assurance. Dès lors, un hôpital privé qui, malgré sa demande, ne figure pas sur la liste peut-il

¹⁶⁰⁴ HOFMANN, Liberté économique, p. 91. Cf. sur cette question, DONATSCH, Spitalfinanzierung, N 28 ss.

¹⁶⁰⁵ Concernant les exigences relatives au règlement des subventions, cf. p. ex. VALLENDER/HETTICH/LEHNE, Wirtschaftsfreiheit, § 11 N 73 ss ; RHI-NOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLAMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, § 16 N 44 s.

¹⁶⁰⁶ MADER, Financement, N 208.

¹⁶⁰⁷ ATF 138 II 191, c. 4.2.3 (fr) ; MADER, Financement, N 137.

¹⁶⁰⁸ TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 5.1. Cf. StG Komm. BV, vol.2-POLEDNA, Art. 117, N 6.

¹⁶⁰⁹ ATF 132 V 6, c. 2.4.2, 2.5.1, RDAF 2007 I 385 ; TF, arrêt 2P.134/2003 du Tribunal fédéral du 6 septembre 2004, c. 3.1 et 6.3 ; TAF, arrêts C-1569/2016, C-1570/2016, C-1575/2016, C-1576/2016, du 31 mars 2016 ; TAF, arrêts C-5800/2013, C-5802/2013, C-5803/2013, C-5806/2013 du 20 février 2014.

invoquer une violation de sa liberté économique ? En effet, un refus empêche de prester à charge de l'AOS, ce qui touche la liberté économique de l'établissement¹⁶¹⁰.

Avant la révision de la LAMal, le TF avait admis que l'exploitation d'un hôpital privé entre *a priori* dans le champ d'application de la liberté économique, mais que la question de l'admission sur la liste ne concerne pas l'accès à une activité commerciale en tant que telle. La non-admission d'un hôpital n'empêche en rien l'exploitation, mais signifie uniquement que ses prestations ne peuvent pas être mises à charge de l'AOS¹⁶¹¹. Puisqu'il n'existe pas de droit de fournir des prestations à charge de l'AOS¹⁶¹², la décision de ne pas admettre un hôpital sur la liste ne constitue pas une restriction juridique à l'exercice d'une activité protégée par l'art. 27 Cst.¹⁶¹³. Le Tribunal fédéral reconnaît toutefois qu'un hôpital non-admis subit une importante restriction de fait à son activité économique, puisque la plupart des patients évitent les hôpitaux dans lesquels le traitement n'est pas pris en charge (au moins partiellement)¹⁶¹⁴. Or, sous l'ancien droit, le milieu hospitalier était soustrait dans une large mesure à la liberté économique étant donné que les hôpitaux sont en grande partie financés par des moyens étatiques (art. 49 al. 1 aLAMal). Une inégalité de traitement entre les hôpitaux publics et les hôpitaux financés par des fonds publics d'une part, et les hôpitaux privés d'autre part, était voulue par le législateur. Dans un tel contexte, un droit à l'égalité de traitement entre hôpitaux publics et privés déduit de la liberté économique n'était, selon le TF, pas envisageable¹⁶¹⁵.

Notons en premier lieu que l'entrée en vigueur de la nouvelle LAMal ne change rien au fait que le principe de la liberté économique trouve ses limites dans le monopole de droit dont dispose la Confédération en matière d'assurance-maladie. On ne peut ensuite pas considérer une planifi-

¹⁶¹⁰ En ce sens, ATF 132 V 6, c. 2.4.2, RDAF 2007 I 385. Pour une analogie avec les médecins, cf. ATF 130 I 26, JdT 2005 I 143.

¹⁶¹¹ ATF 132 V 6, c. 2.4.2 et 2.5.2, RDAF 2007 I 385.

¹⁶¹² ATF 132 V 6, c. 2.5.2, RDAF 2007 I 385. Cf. aussi TAF, arrêts C-1569/2016, C-1570/2016, C-1575/2016, C-1576/2016, du 31 mars 2016 ; TAF, arrêts C-5800/2013, C-5802/2013, C-5803/2013, C-5806/2013 du 20 février 2014.

¹⁶¹³ ATF 132 V 6, c. 2.5.2, RDAF 2007 I 385.

¹⁶¹⁴ ATF 132 V 6, c. 2.5.3, RDAF 2007 I 385.

¹⁶¹⁵ ATF 132 V 6, c. 2.5.4, RDAF 2007 I 385. En doctrine, MADER, Financement, N 204.

cation comme une mesure de politique économique. La jurisprudence constante, selon laquelle le principe d'une planification dans le secteur de l'assurance-maladie n'est pas contraire au principe de la liberté économique, est à cet égard maintenue¹⁶¹⁶. Il n'existe aujourd'hui encore aucun droit à figurer sur la liste hospitalière¹⁶¹⁷.

b. Le critère de la masse critique

Le TF s'est spécialement penché sur la conformité à la liberté économique de la planification hospitalière dans le canton de Neuchâtel, lequel a fixé comme critère le fait de devoir justifier d'une certaine masse critique de cas (pourcentage de cas de la population du canton pour l'année de référence). Le TF a retenu que des dispositions peuvent entraîner des restrictions directes ou indirectes à l'activité économique de certains acteurs privés, en soumettant à des conditions, voire en interdisant l'accès à une activité donnée¹⁶¹⁸. Sans le mentionner clairement, le TF a procédé à l'examen des conditions de l'art. 36 Cst.

Il a en premier lieu souligné que l'art. 39 al. 1 let. d LAMal, qui prévoit la planification, n'a subi aucune modification lors de la révision de la LAMal de 2007 : l'offre est déterminée par l'autorité, et les hôpitaux qui sont exclus de la planification ne peuvent se prévaloir du principe de la liberté économique pour exercer l'activité en question¹⁶¹⁹. Les cantons sont tenus par la loi de procéder à une planification hospitalière et de tenir compte des critères qui sont désormais fixés aux art. 39 al. 1 LAMal et art. 58a ss OAMal, mais ils disposent d'un large pouvoir d'appréciation¹⁶²⁰. Ainsi, il existe une base légale¹⁶²¹.

Le TF précise ensuite que le but de la révision consiste en l'amélioration de l'efficacité et de la qualité (des prestations), notamment en instaurant une concurrence entre établissements hospitaliers intéressés à être admis à pratiquer à la charge de l'assurance de base : seuls figureront sur la liste hospitalière du canton ceux qui fournissent des prestations de meilleure

¹⁶¹⁶ TAF, arrêt C-401/2012 du 28 janvier 2014, c. 10.1.

¹⁶¹⁷ TAF, arrêt C-401/2012 du 28 janvier 2014, c. 10. En doctrine, LONGCHAMP, *Planification*, p. 92.

¹⁶¹⁸ TAF, arrêt C-401/2012 du 28 janvier 2014, c. 10.1.

¹⁶¹⁹ TAF, arrêt C-401/2012 du 28 janvier 2014, c. 10.1.

¹⁶²⁰ TAF, arrêt C-401/2012 du 28 janvier 2014, c. 10.1.

¹⁶²¹ En ce sens aussi, Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 35.

qualité et plus économiques que celles des concurrents¹⁶²². Ce développement concerne l'examen du critère de l'intérêt public.

Enfin, la LAMal impose, à l'art. 39 al. 1, que les organismes privés soient pris en considération de manière adéquate dans la planification hospitalière. Cela n'octroie pas un droit de figurer sur la liste hospitalière, mais confère seulement une place parmi les établissements admis à la procédure d'évaluation. La prise en compte « adéquate » signifie que les cantons n'ont pas à prendre en considération l'intégralité de l'offre et peuvent limiter l'accès à la procédure d'évaluation aux établissements privés qui peuvent justifier d'une certaine masse critique. Le fait d'exclure de la liste hospitalière un établissement dont la contribution est insuffisante pour justifier sa prise en considération par la planification ne constitue pas une mesure disproportionnée¹⁶²³.

Finalement, la révision de la LAMal a pour but de mettre sur un pied d'égalité les hôpitaux publics et les hôpitaux privés et d'établir un rapport de concurrence entre eux¹⁶²⁴. A ces fins, les critères d'évaluation fixés par le canton doivent l'être de la même manière pour les hôpitaux privés¹⁶²⁵. Cela permet de répondre aux exigences de l'égalité de traitement entre concurrents et à celles relatives à la neutralité de l'Etat en matière de concurrence qui s'appliquent à l'intervention de l'Etat¹⁶²⁶. Rappelons toutefois que ceux-ci ne sont pas non plus absolus¹⁶²⁷ et que les conditions de dérogations doivent être examinées si une mesure adoptée par l'Etat menace le respect de ces principes¹⁶²⁸. Puisque la portée de la liberté économique est restreinte, c'est « l'égalité de traitement entre concurrents directs qui doit assurer que la procédure d'admission dans la liste se déroule

¹⁶²² TAF, arrêt C-401/2012 du 28 janvier 2014, c. 10.1.

¹⁶²³ TAF, arrêt C-401/2012 du 28 janvier 2014, c. 10.3.

¹⁶²⁴ Cf. Partie II, Chap. 2.II.C.c.ii.

¹⁶²⁵ TAF, arrêt C-401/2012 du 28 janvier 2014, c. 10.3.

¹⁶²⁶ Sur ces exigences dans le cadre de la planification hospitalière, cf. aussi Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 35.

¹⁶²⁷ Cf. ATF 125 I 431, c. 4.e.aa, RDAF 2000 I 577 ; ATF 125 II 129, c. 10.b, JdT 2000 I 706 ; ATF 121 I 279, c. 3.d, JdT 1997 I 264 ; ATF 128 I 136, c. 4, RDAF 2003 I 441 ; TF, arrêt 2P.278/2004 du 4 avril 2005, c. 3.2 ; TF, arrêt 2P.60/2003 du 5 décembre 2003, c. 4.2 ; BIAGGINI, *Wirtschaftsfreiheit*, N 13 ; HOFMANN, *Liberté économique*, p. 99 ; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, *Wirtschaftsfreiheit*, § 5 N 74.

¹⁶²⁸ Sur les possibilités d'invoquer l'égalité de traitement entre concurrents directs, cf. MADER, *Financement*, N 215 ss.

selon des critères objectivement soutenables et dans le respect des principes de la concurrence »¹⁶²⁹.

c. La gestion quantitative des mandats de prestations

Certains cantons ont adopté une règle qui permet, dans les mandats de prestations, des limitations quantitatives (volume de prestations pouvant être pris en charge). Le TF a admis qu'une telle réglementation n'outrepasse pas la compétence des cantons et ne viole pas la LAMa¹⁶³⁰.

Ce procédé est-il compatible avec les règles de la Constitution économique ? Le TF a retenu que ces mesures, même si elles ne visent que les hôpitaux privés listés, ne contreviennent pas à l'égalité de traitement. La planification hospitalière n'a de sens que si elle assume un rôle limitatif. L'obligation de planifier relativise la portée du principe de l'égalité de traitement. Il suffit que la planification soit objectivement soutenable, à savoir qu'elle ne résulte pas de l'arbitraire¹⁶³¹.

En outre, le TF ne retient pas de violation de la liberté économique dans de tels cas. En résumé, la liberté économique ne confère pas un droit à un financement des prestations quantitativement illimité de la part de l'Etat et n'exclut, en conséquence, pas une limitation des prestations cofinancées par l'Etat. Il faut admettre la restriction dans la mesure où cela répond à un intérêt public, celui d'éviter des traitements qui ne répondent pas à un besoin médical¹⁶³². Il faut en revanche respecter l'égalité de traitement entre les hôpitaux privés admis¹⁶³³.

¹⁶²⁹ MADER, Financement, N 223.

¹⁶³⁰ ATF 138 II 398, c. 3.1 ss., RDAF 2013 I 549. Cela a été brièvement confirmé in : ATF 140 I 218 (fr), c. 5.6.1 ; Cf. aussi, TAF, arrêt C-6266/2013 du 29 septembre 2015. Selon le TF, ces mandats de prestations avec limitation peuvent être prévus pour ne concerner que les résidents du canton établissant le mandat, TF, arrêt 9C-151/2016, 9C_153/2016, 9C_507/2016 du 27 janvier 2017, c. 7.3.

¹⁶³¹ ATF 138 II 398, c. 3.6.1, RDAF 2013 I 549.

¹⁶³² RÜTSCHKE, Clinique, p. 88. Pour une critique du système, DUC, Quotas, p. 533 ss. Celui-ci met en doute que les quotas soient de nature à supprimer les surcapacités et estime qu'ils peuvent conduire à un sous-équipement et peuvent restreindre le libre choix de l'hôpital.

¹⁶³³ ATF 138 II 398, c. 3.9, RDAF 2013 I 549.

d. La gestion quantitative du nombre de patients avec une assurance complémentaire

Dans ce contexte, une autre question se pose. Comment apprécier les dispositions cantonales de planification qui prévoient une limitation du nombre d'admissions de patients au bénéfice d'une assurance-maladie complémentaire¹⁶³⁴.

Le TF a jugé que le canton du Tessin n'a pas violé la liberté économique des cliniques lorsqu'il a prévu une limitation de l'admission des assurés disposant d'une couverture complémentaire à 50% des patients au maximum. Le TF reconnaît une atteinte à la liberté économique des cliniques privées, toutefois justifiée par un intérêt public (éviter les surcapacités, tout en prévoyant une capacité hospitalière suffisante pour les personnes assurées obligatoirement). La limitation ne vise que 20 à 25% des assurés et doit être admise¹⁶³⁵. Son raisonnement ne peut selon nous pas être suivi. Avec RÜTSCHÉ, il faut retenir que les cantons doivent en effet garantir un approvisionnement en soins hospitaliers suffisant, mais la limitation aux seuls assurés au bénéfice d'une assurance complémentaire n'est pas nécessaire. Les établissements hospitaliers doivent s'organiser de manière à remplir leur mandat de prestations, ce qui peut aussi les conduire à placer, à leur frais, des assurés dans une division demi-privée ou privée si la division générale est complète. Ils doivent adapter la taille de leur division privée aux besoins effectifs. En outre, une telle limitation ne permet en réalité pas de limiter le volume des prestations couvertes¹⁶³⁶. Cette mesure n'est selon nous pas conforme à la liberté économique.

Dans cette lignée, il faut aussi admettre une violation de l'égalité de traitement entre concurrents et du principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence si la gestion quantitative¹⁶³⁷, visant uniquement les

¹⁶³⁴ Cela pose aussi la question de la conformité d'une telle règle avec l'étendue de la compétence en matière de planification et avec l'obligation d'admission. Cf. RÜTSCHÉ, Clinique, p. 78 ss qui critique les conclusions de l'ATF 138 II 398. Nous nous concentrons sur la question de la conformité à la Constitution économique.

¹⁶³⁵ ATF 138 II 398, c. 5, RDAF 2013 I 549.

¹⁶³⁶ RÜTSCHÉ, Clinique, p. 86 ss.

¹⁶³⁷ On pense aux cas où les cantons prévoient, dans les mandats de prestations, la fixation d'un quota maximal ou minimal de prestations destinées aux personnes bénéficiant d'une assurance complémentaire. On peut aussi imaginer que le canton empêche totalement un hôpital répertorié de fournir des prestations à de tels patients.

personnes bénéficiant d'une assurance complémentaire, n'est prévue que dans les mandats conclus avec des cliniques privées¹⁶³⁸. Une telle mesure comporte une distorsion de la concurrence, car les patients sont détournés des cliniques privées listées et se redirigent vers les hôpitaux publics. Aucun intérêt public ne le justifie.

C. Les dispositions tarifaires cantonales dans l'assurance-maladie complémentaire

Comme nous l'avons mentionné, les cantons sont liés par les art. 27 et 94 Cst. ; il n'existe aucun droit régalien¹⁶³⁹. Cela vaut tant lorsqu'ils adoptent des dispositions légales (pour autant que celles-ci soient conformes au droit fédéral) que lorsqu'ils agissent, sur le marché, comme acteur économique (p. ex. lorsqu'ils exploitent un hôpital). Dans la décision incidente sur les conventions tarifaires relevant de l'assurance-maladie complémentaire dans le canton de Lucerne, la Comco s'est demandé si la LCart s'appliquait et, plus spécialement, si une prescription réservée de niveau cantonal existait et si celle-ci pouvait être valable. En effet, il se peut qu'un canton adopte des dispositions qui empêchent la concurrence dans le domaine, encore faut-il qu'elles soient conformes aux compétences incombant aux cantons et qu'elles ne soient pas contraires au droit supérieur, notamment à la liberté économique¹⁶⁴⁰. Après examen, elle retient que ni la LAMal¹⁶⁴¹ ni la LCA¹⁶⁴² ni la compétence cantonale en matière d'approvisionnement en soins¹⁶⁴³ ne permettent aux cantons d'intervenir dans la formation des tarifs des soins relevant de l'assurance-maladie complémentaire. Dès lors, une telle prescription cantonale n'a pas de fondement en droit fédéral et lui est même contraire. L'assurance

¹⁶³⁸ En ce sens, RÜTSCHÉ, Clinique, p. 91 ss.

¹⁶³⁹ En ce sens, Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 59 ss.

¹⁶⁴⁰ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 30 ; CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 4.3.4..

¹⁶⁴¹ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 31 ss.

¹⁶⁴² Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 42 ss.

¹⁶⁴³ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 48 ss.

complémentaire doit être fondée sur la liberté contractuelle et la libre concurrence. De telles prescriptions seraient nulles en raison de la force dérogatoire du droit fédéral¹⁶⁴⁴.

On peut citer un exemple où des dispositions cantonales ont été annulées, notamment en raison du fait que le canton a posé un cadre aux tarifs des médecins : les hôpitaux privés ont, dans le canton de Vaud, attaqué un Règlement qui impose une organisation médicale hospitalière hiérarchisée, un barème pour les médecins-cadres, ainsi qu'une réglementation pour l'activité en cabinet au sein de l'hôpital. Le Règlement a été annulé par la Cour constitutionnelle ; il contenait une restriction non justifiée à la liberté économique des cliniques privées requérantes¹⁶⁴⁵.

En revanche, le canton est parfois directement un acteur économique, principalement dans le cas où il détient et exploite des hôpitaux. Il adopte parfois des dispositions (générales) pour limiter la concurrence ; il faut se questionner sur leur signification. La Comco s'interroge ici plutôt sur le comportement qu'un offreur de prestations étatiques peut adopter sur le marché¹⁶⁴⁶. Elle rappelle que les cantons sont liés par les art. 27 et 94 Cst. Dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire, adopter des dispositions qui limitent la libre concurrence, qui influencent la libre formation des prix entre les fournisseurs de prestations et les assureurs ou qui obligent la conclusion de conventions collectives sont dès lors contraires non seulement au droit fédéral, mais aussi au principe de la liberté économique et ne peuvent pas être introduites au niveau cantonal¹⁶⁴⁷. La Comco souligne enfin que, concernant les impacts de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence, l'Etat doit respecter ce principe quand il agit dans le domaine économique de manière autorisée et comme le ferait

¹⁶⁴⁴ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 58. En doctrine, JACOBS, *Gesundheitsrecht*, N 13 s.

¹⁶⁴⁵ Cour Constitutionnelle vaudoise, CCST 2017.0004 du 26.10.2017, c. 3-5. Les requérants accomplissent une tâche publique et ne peuvent invoquer la liberté économique pour contester que leur statut d'« intérêt public » est soumis à condition. Ils peuvent en revanche faire valoir que les conditions imposées violent la liberté économique.

¹⁶⁴⁶ En ce sens, Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 57.

¹⁶⁴⁷ En ce sens, Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 59 ss. En doctrine, JACOBS, *Gesundheitsrecht*, N 15 ss.

un privé. Il paraît illicite que le canton, dans un domaine dans lequel il est compétent économiquement, se libère lui-même de l'observation de la loi sur les cartels. Une telle libération violerait le principe de la neutralité économique¹⁶⁴⁸. En revanche, lorsque le canton détient et exploite des hôpitaux, il peut influencer la fixation de tarifs de son propre hôpital dans le domaine de l'assurance complémentaire. Il agit ici comme un privé et non pas d'après sa puissance publique¹⁶⁴⁹.

D. La planification des équipements médico-techniques lourds

La planification cantonale des équipements médico-techniques lourds a été présentée dans la deuxième partie de notre étude. Dans le contexte des hôpitaux et de l'examen de la liberté économique, nous revenons sur ce point puisque, dans certains cantons, le système est régulé. Le TF a été amené à examiner cette problématique dans le cadre d'un recours déposé suite au rejet, par le canton de Neuchâtel, d'une demande d'une clinique de mise en service d'un CT-Scan et d'un IRM. Il a commencé par déterminer que le canton est compétent pour légiférer et soumettre à autorisation, accordée selon le besoin médical cantonal, l'acquisition d'équipements médicaux lourds ; il peut prévoir la nécessité d'obtenir une autorisation aussi pour les établissements privés qui ne se situent pas sur une liste hospitalière cantonale¹⁶⁵⁰. Il s'est ensuite demandé si la réglementation est conforme à la liberté économique et au principe de la liberté économique.

a. La conformité à la liberté économique

La clause du besoin peut empêcher une entreprise privée de fournir certaines prestations que des concurrents sont autorisés à prodiguer, ce qui

¹⁶⁴⁸ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 65 s. Cf. aussi BURKI/PFUND/WALDMEIER, *Rechtliches*, p. 5 ; StGKomm BV-JACOBS, Art. 98, N 15 ; JACOBS, *Gesundheitsrecht*, N 15 ss.

¹⁶⁴⁹ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 69 ss.

¹⁶⁵⁰ ATF 140 I 218, c. 5.3 ss (fr).

constitue une ingérence dans la liberté économique de la clinique privée, garantie par l'art. 27 Cst¹⁶⁵¹.

Le TF a examiné la licéité d'une telle clause au regard des conditions de l'art. 36 Cst. et a estimé que la clause du besoin reposait sur une base légale suffisante. Il s'agit d'un décret, dont le fondement se trouve dans une loi. De plus, les critères sont suffisamment précis. Cela vaut probablement aussi pour les autres cantons¹⁶⁵².

La réglementation a pour but de maîtriser les coûts de la santé par une limitation des surcapacités et de garantir la sécurité des patients. Elle assure qu'il y ait assez de patients par unité d'équipements et que le personnel dispose ainsi d'un niveau de compétences adéquat. Cela constitue des intérêts légitimes suffisants¹⁶⁵³. Il faut, dans chaque canton, vérifier sur quels intérêts repose la décision de refus et la réglementation dont elle procède. Quant aux réglementations, nous avons vu qu'elles se fondent toutes sur de tels intérêts. Restera à procéder à l'examen de la décision même, dans un cas concret.

Les exigences relatives au principe de la proportionnalité sont également remplies. Le régime d'autorisation est apte à atteindre les intérêts publics légitimes poursuivis et on ne voit pas quelle mesure moins incisive aboutirait au même résultat. Il s'agit de la seule mesure qui permette de stopper une augmentation des coûts liée à l'utilisation excessive des équipements coûteux. Cela garantit que les appareils sont réellement utilisés par un personnel expérimenté ce qui assure la sécurité des patients¹⁶⁵⁴.

Le TF procède à un examen de la situation cantonale et vérifie la pesée des intérêts. Il examine le nombre d'appareils par habitant, le ratio avec un CT-Scan et un IRM supplémentaires, les délais d'attente et la possibi-

¹⁶⁵¹ Invocable par les personnes morales, l'art. 27 Cst. protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou revenu. La liberté économique englobe le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique. L'égalité de traitement entre concurrents n'est cependant pas absolue. Des différences sont possibles si elles se fondent sur une base légale, un intérêt public et respectent le principe de la proportionnalité. ATF 140 I 218, c. 6.3 (fr).

¹⁶⁵² ATF 140 I 218, c. 6.5 (fr). Pour le Tessin, BOLGIANI/CRIVELLI, Equipements, p. 127 s. Sur les bases légales cantonales, cf. Deuxième Partie, Chap. 2.II.C.g.ii.

¹⁶⁵³ ATF 140 I 218, c. 6.6 (fr).

¹⁶⁵⁴ ATF 140 I 218, c. 6.7.2 (fr).

lité d'élargir les plages horaires. Il confirme que les intérêts de la clinique recourante sont affectés, mais qu'ils doivent céder le pas face aux buts d'intérêts publics visés¹⁶⁵⁵. Dès lors, les conditions de l'art. 36 Cst. sont remplies et la liberté économique de la clinique n'est pas violée.

Les arguments du TF nous semblent convaincants sur le plan de l'analyse de la liberté économique (art. 27 Cst.) et de ses restrictions (art. 36 Cst.). Nous relevons toutefois que l'ingérence étatique est très lourde.

b. La conformité au principe de la liberté économique

Le TF aborde la question de la conformité du système au principe de la liberté économique (art. 94 Cst.). Il a cependant « noyé » ses arguments dans les différents considérants de sorte qu'il ne nous paraît, de prime abord, pas simple de les repérer.

Le TF reconnaît que la clause du besoin est une mesure suspecte au regard du principe de la liberté économique, puisqu'elle semble plutôt poursuivre un but de politique économique¹⁶⁵⁶. La doctrine condamne en général une telle mesure¹⁶⁵⁷. Cela vaut *a fortiori* pour un moratoire (comme celui du canton de Fribourg), qui est encore plus interventionniste.

Le TF exprime qu'une clause du besoin est susceptible de déroger au principe de la liberté économique, « ce qui revient, par voie de conséquence, à supprimer l'exercice de cette liberté dans un secteur déterminé »¹⁶⁵⁸. Toutefois, l'assujettissement des établissements médicaux qui ne figurent pas sur la liste LAMal au régime d'autorisation est justifié par le fait que les prestations d'examen fournies en ambulatoire (avec les machines acquises par autorisation) sont remboursées par l'assurance-maladie obligatoire. Or, les règles de la LAMal, qui s'appliquent ici également aux établissements non listés, font échec aux mécanismes du marché qu'entend sauvegarder le principe de la liberté économique (94 al. 4 Cst)¹⁶⁵⁹. Le caractère obligatoire de l'assurance-maladie¹⁶⁶⁰ se fonde

¹⁶⁵⁵ ATF 140 I 218, c. 6.7. 3 ss (fr).

¹⁶⁵⁶ ATF 140 I 218, c. 6.2 (fr).

¹⁶⁵⁷ Cf. HOFMANN, Liberté, p. 84 ; RÜTSCHKE, Spitalfinanzierung, p. 98 s. ; REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 875 et 877. Cf. ATF 107 Ia 340, c. 2b, JdT 1983 I 256.

¹⁶⁵⁸ ATF 140 I 218, c. 6.4 (fr).

¹⁶⁵⁹ ATF 140 I 218, c. 6.6.1 (fr).

sur l'art. 117 al. 2 Cst. et a été concrétisé aux art. 3 et 4 LAMal. « Il s'ensuit qu'en l'espèce, la "clause du besoin" litigieuse ne fonde aucune dérogation contraire à la Constitution fédérale, dès lors que la libre concurrence se trouve d'ores et déjà limitée par l'application de la LAMal aux examens par IRM ou CT-Scan. Quand bien même ces mesures déploient certains effets-réflexes au détriment de la libre concurrence, cette clause poursuit ainsi un but de politique sociale digne de protection, destiné à freiner l'augmentation des primes sur le terrain de l'assurance obligatoire des soins »¹⁶⁶¹. La réglementation n'est donc pas considérée comme étant contraire à l'art. 94 Cst.¹⁶⁶².

c. La conformité au principe de l'égalité de traitement entre concurrents directs

Nous nous interrogeons finalement sur la conformité d'une clause du besoin au principe de l'égalité de traitement entre concurrents¹⁶⁶³. Le TF rattache, dans cet arrêt, le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique et le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence à l'art. 27 Cst. Il explique que des restrictions à l'égalité entre concurrents sont possibles si elles reposent sur une base légale, qu'elles répondent à des critères objectifs et sont proportionnées¹⁶⁶⁴. Il ne mentionne toutefois pas que ce sont les critères prévus par l'art. 36 Cst.

Le TF reconnaît que l'interdiction d'acquérir un certain équipement peut désavantager une clinique vis-à-vis des concurrents qui disposent déjà d'équipements et vers qui elle doit envoyer ses patients qui demandent un examen nécessitant l'appareil soumis à autorisation¹⁶⁶⁵. Toutefois, comme dit plus haut, les conditions pour restreindre l'art. 27 Cst. sont remplies. Dès lors, le TF sous-entend que cela vaut aussi pour une restriction au principe de l'égalité de traitement puisque dans sa conclusion, il admet que le Tribunal cantonal n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation ni

¹⁶⁶⁰ Le TF se réfère à l'obligation de s'assurer et à l'obligation des assureurs, dans les limites de leur rayon d'activité territorial, d'accepter toute personne tenue de s'assurer.

¹⁶⁶¹ ATF 140 I 218, c. 6.6.1 (fr).

¹⁶⁶² ATF 140 I 218, c. 6.6.4 et 6.6.7 (fr).

¹⁶⁶³ A propos de ce principe et des délimitations, voir Partie I, chap. 2.II.A.d.ii.

¹⁶⁶⁴ ATF 140 I 218, c. 6.3 (fr).

¹⁶⁶⁵ ATF 140 I 218, c. 6.4 (fr).

violé la liberté économique, son principe garanti à l'art. 94 Cst. ou l'égalité de traitement entre concurrents directs.

III. SYNTHÈSE ET APPRÉCIATION

Un hôpital public, dans la mesure où il exécute une tâche publique, n'est pas titulaire de la liberté économique. En revanche, un hôpital privé peut l'invoquer. Toutefois, le domaine de l'assurance-maladie est, selon les termes du TF, « largement soustrait de la sphère de protection de la liberté économique »¹⁶⁶⁶. Plus précisément, on retient que l'on se trouve dans la sphère de protection de la liberté économique, mais que de nombreux tempéraments et restrictions ont été retenus par les autorités judiciaires et administratives.

Tout d'abord, la planification hospitalière et les subventions sont liées dans la mesure où la part cantonale du financement des soins dépend de l'admission sur la liste. Cette dernière permet de fournir des soins pris en charge par l'AOS, conformément à un mandat de prestations. Il faut se poser deux questions distinctes. La première concerne l'admissibilité du principe même de la planification hospitalière. La seconde concerne sa mise en œuvre par les cantons et les critères établis par eux.

On retient aujourd'hui que la planification hospitalière, en tant que telle, ne viole pas la liberté économique – dans sa dimension individuelle – des établissements privés. Les conditions de l'art. 36 Cst. sont remplies.

Le principe de la liberté économique n'est pas non plus atteint par une mesure de planification hospitalière. Selon la jurisprudence, le monopole fédéral en matière d'assurance-maladie justifie la mesure qui, au surplus, ne constitue pas une mesure de politique économique. Certains éléments peuvent être mis en évidence. Ils concernent également les équipements. Nous y revenons.

De plus, on a voulu une égalité de traitement entre hôpitaux publics et privés et les critères de planification sont fixés par la loi. Les cantons disposent toutefois d'une certaine marge de manœuvre. En outre, le canton peut lui-même exploiter des hôpitaux. Dans ce contexte, tant le principe de l'égalité de traitement que celui de la neutralité de l'Etat en ma-

¹⁶⁶⁶ ATF 141 V 557, c. 7.1.

rière de concurrence revêtent une importance primordiale¹⁶⁶⁷. Le canton doit les respecter lorsqu'il met en œuvre le droit fédéral. « La portée de la liberté économique est certes restreinte dans ce domaine, mais c'est justement l'égalité de traitement entre concurrents directs qui doit assurer que la procédure d'admission dans la liste se déroule selon des critères objectivement soutenables et dans le respect des principes de la concurrence »¹⁶⁶⁸. Concernant les subventions, l'Etat doit respecter le principe de l'égalité de traitement, lorsqu'il établit les conditions d'octroi des subventions qui ne sont pas régies par la LAMal (p. ex. pour les coûts socio-hôtelières). Le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence impose également une neutralité en matière de subventions.

En revanche, les cantons ne peuvent adopter des règlements qui fixent des tarifs pour le domaine de l'assurance-maladie complémentaire. Un tel règlement est contraire au droit fédéral ainsi qu'au principe de la liberté économique. L'assurance-maladie complémentaire est régie par le principe de la liberté contractuelle et de la libre concurrence.

Finalement, les réglementations cantonales qui prévoient une planification des équipements ont acquis une certaine légitimité après l'arrêt du TF¹⁶⁶⁹. La planification d'équipements médico-techniques particulièrement coûteux est soutenue au plan fédéral. BOLGIANI/CRIVELLI estiment même qu'une législation unifiée au niveau fédéral serait la bienvenue¹⁶⁷⁰. Toutefois, l'institution de la clause du besoin est un élément très délicat du point de vue du principe de la liberté économique et de celui de l'égalité de traitement entre concurrents.

Comme introduit, le principal problème est, selon nous, lié à l'art. 94 Cst. Une clause du besoin et une planification hospitalière sont des atteintes au principe de la liberté économique¹⁶⁷¹ et doivent être justifiées conformément à l'art. 94 al. 4 Cst. Une base légale constitutionnelle est nécessaire ou, à tout le moins, la possibilité d'une clause du besoin doit se trouver implicitement dans une disposition constitutionnelle. Selon la jurispru-

¹⁶⁶⁷ En ce sens, mais dans une réflexion plus générale, OGGIER, *Marktmacht*, p. 11.

¹⁶⁶⁸ MADER, *Financement*, N 223.

¹⁶⁶⁹ ATF 140 I 218 (fr).

¹⁶⁷⁰ BOLGIANI/CRIVELLI, *Equipements*, p. 129.

¹⁶⁷¹ A propos de clause du besoin pour les cabinets médicaux, ATF 130 I 26, c. 4.4 et 6.2, JdT 2005 I 143 ; TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 4 et 5.1.

dence, l'art. 117 Cst. contient une telle attribution de sorte que cette condition est remplie. Ce raisonnement avait été développé dans des arrêts étudiant la clause du besoin valable pour les cabinets médicaux¹⁶⁷². Cette conclusion prête à la critique dans la mesure où il paraît discutable que l'art. 117 Cst. suffise. HOTTELIER et HOFMANN ont, quant à la clause du besoin pour les cabinets médicaux¹⁶⁷³, considéré que l'art. 117 Cst. n'est pas une clause constitutionnelle suffisante et ne permet pas de déroger au principe de la liberté économique. Pourtant, les tribunaux ont réaffirmé l'existence d'une base légale suffisante et ne semblent pas prêts à changer de jurisprudence.

L'argument selon lequel la clause du besoin ou la planification hospitalière sont justifiées par un but de politique sociale destiné à freiner l'augmentation des primes sur le terrain de l'assurance obligatoire des soins nous semble justifié. Ce sont des moyens de limiter les coûts. En outre, pour la clause du besoin, on ne vise que les équipements très coûteux, ce qui est une limite importante.

En revanche, certains éléments en lien avec la mise en œuvre d'une clause du besoin doivent être relevés. Elle comprend inévitablement des conséquences pernicieuses. Elle crée une barrière entre les établissements qui disposent déjà d'équipements avant l'entrée en vigueur des réglementations et à qui les renouvellements seront en général accordés et entre établissements qui n'en disposent pas et qui se voient bloquer l'accès à ces technologies.

L'arrêt du TF présenté comprend un point que nous considérons comme positif. En effet, le besoin est déterminé de manière concrète. Le canton de Neuchâtel, dont le raisonnement a été confirmé par le TF, ne fait pas correspondre un besoin à un *statu quo*. Les chiffres ne sont pas fixés arbitrairement. Il examine le nombre d'appareils par habitant, le ratio avec un CT-Scan et un IRM supplémentaires et le compare avec la moyenne nationale, les délais d'attente et la possibilité d'élargir les plages horaires. Les comparaisons nationales sont délicates, dans la mesure où elles ne

¹⁶⁷² Pour des exemples dans d'autres domaines, ATF 130 I 26, c. 4.4 et 6.2, JdT 2005 I 143. Cf. également ATF 122 V 85, c. 5b.bb.aaa (n.t.). En doctrine, cf. StG Komm. BV, vol.2-POLEDNA, Art. 117, N 5 ; BSK BV-UHLMANN, Art. 94, N 23.

¹⁶⁷³ HOFMANN, Liberté économique, p. 87 et réf.

garantissent pas qu'il n'y a pas de besoin. En revanche, les critères des délais d'attente et de l'aménagement des plages horaires sont pertinents.

Les cantons doivent être attentifs aux critères appliqués pour examiner le besoin. A notre avis, le fait, même implicitement, de maintenir un *statu quo* ne peut être considéré comme une clause du besoin licite. Les critères analysés dans le canton de Neuchâtel peuvent servir de modèle. Cet arrêt doit, en ce sens, être salué.

Chapitre 2 : L'APPLICATION DE LA LCART À LA PLANIFICATION HOSPITALIÈRE

La question qui occupe notre réflexion est celle de savoir si la LCart s'applique au processus de planification hospitalière tel que nous l'avons décrit ci-avant. Dès lors, nous nous demandons si les conditions de l'art. 2 LCart sont remplies (II-IV). Nous examinons ensuite si le mandat cantonal d'établir une planification hospitalière pour garantir un approvisionnement en soins conforme aux besoins est régi par des prescriptions réservées (V). Nous présentons finalement la planification de la médecine hautement spécialisée en lien avec la LCart (VI).

L'enjeu est important. Si l'on conclut à l'application de la LCart, le canton peut être qualifié d'entreprise en position dominante sur le marché (art. 4 al. 2 LCart). Dans le cas où il abuse de cette position dominante (art. 7 LCart), le canton s'expose à des sanctions. Cela signifie que, conformément à l'art. 49a al. 3 let. a LCart, le canton (considéré alors comme une entreprise) doit annoncer la restriction à la concurrence, en l'espèce la décision de planification et la liste hospitalière – éventuellement également les mandats de prestations individuels – avant qu'elle ne déploie ses effets. Si la décision de planification constitue une pratique illicite – à savoir un abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart – et qu'elle n'est pas annoncée, l'autorité de la concurrence peut sanctionner le canton, conformément à l'art. 49a al. 1 LCart¹⁶⁷⁴.

L'application de la LCart au processus de planification hospitalière a été examinée dans un avis rendu le 19 avril 2010 par la Comco¹⁶⁷⁵. Cet avis faisait suite à une demande de la direction de la santé du canton de Zurich, déposée en 2009, dans le but de résoudre cette question en vue de la révision de la LAMal, non encore en vigueur à cette date¹⁶⁷⁶.

Afin de résoudre la question qui lui est posée, la Comco commence par examiner si le canton peut être qualifié d'entreprise (champ d'application

¹⁶⁷⁴ Cf. Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 3.

¹⁶⁷⁵ Selon l'art. 47 al. 1 LCart, la Comco élabore des avis à l'intention d'autres autorités sur des questions de principe qui touchent la concurrence.

¹⁶⁷⁶ Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 1 s. Pour des remarques de la doctrine, JACOBS, *Gesundheitsrecht*, p. 4.

personnel). A cet égard, elle délimite deux étapes¹⁶⁷⁷. La première concerne la *Bedarfsplanung* (établissement/planification des besoins et fixation de l'offre)¹⁶⁷⁸ et la seconde la *Bedarfssicherung* (satisfaction des besoins, choix des hôpitaux)¹⁶⁷⁹. Cette distinction est nécessaire, car l'activité du canton n'est pas identique dans les deux cas. En revanche, l'autorité de la concurrence n'examine pas en détail les conditions d'application matérielle et géographique.

Nous proposons une approche plus schématique, tout en exposant les développements principaux de la Comco. Nous distinguons également les deux phases identifiées. A cet égard, l'examen du champ d'application personnel est le point qui porte le plus à discussion. L'enjeu principal concerne la possibilité de qualifier le canton d'entreprise. Les développements concernant le champ d'application matériel et temporel sont moins sensibles en l'espèce. Nous vérifions ensuite si l'existence d'une prescription réservée doit être admise.

Précisons que la question de l'application de la LCart aux hôpitaux qui se trouvent – respectivement qui ne se trouvent pas – sur la liste hospitalière finalement arrêtée fait l'objet des chapitres suivants.

I. LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL

A. La détermination des besoins et l'évaluation de l'offre

Afin de procéder à une planification hospitalière, le canton doit procéder par étape. La première consiste à établir et planifier les besoins ainsi qu'à déterminer l'offre nécessaire pour les couvrir (de manière abstraite, sans encore procéder au choix des établissements)¹⁶⁸⁰. On s'intéresse précisément à l'activité de planificateur qu'effectue le canton, selon l'exigence posée à l'art. 39 al. 1 let. d LAMal.

¹⁶⁷⁷ Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 17.

¹⁶⁷⁸ On parle de l'établissement/planification des besoins et de la fixation de l'offre nécessaire. Cf. Deuxième Partie, Chap. 2.II.C.c.iv.

¹⁶⁷⁹ On parle du choix des hôpitaux qui peuvent prêter à charge de l'AOS (assurer les besoins, garantir les besoins). Cf. Deuxième Partie, Chap. 2.II.C.c.iv.

¹⁶⁸⁰ Cf. *supra* Deuxième Partie, Chap. 2.II.C.c.iv. En ce sens, Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 17.

La LAMal ne précise pas qui, au sein du canton, a la charge de procéder à la planification des besoins et les cantons sont ainsi libres¹⁶⁸¹. Dès lors, l'entité à examiner est le canton, à savoir une entité de droit public. Ce dernier peut entrer dans la définition d'entreprise (art. 2 al. 1 LCart) ; encore faut-il qu'il soit engagé dans le processus économique et qu'il acquière des biens ou des services (art. 2 al. 1^{bis} LCart). Une corporation de droit public sera notamment qualifiée d'entreprise si elle agit sur un marché, en concurrence avec des entreprises privées. En revanche, si l'entité agit en vertu de sa puissance publique, elle n'est pas engagée dans le processus économique et ne peut être qualifiée d'entreprise. On ne pourra pas considérer qu'elle offre ou acquiert des biens ou des services¹⁶⁸².

Dans son activité de pure planification des besoins, il faut retenir que le canton agit en vertu de sa puissance publique et non pas comme demandeur ou offreur de prestations médicales¹⁶⁸³. Il procède à une évaluation des besoins dans le but d'assurer les soins stationnaires de base à sa population, ce qui correspond à un mandat légal (art. 39 LAMal), qui est précisé dans l'OAMal. Il doit adopter une démarche vérifiable et se fonder sur des données statistiquement justifiées et sur des comparaisons (art. 58b OAMal). Ensuite, il fixe l'offre nécessaire pour couvrir ces besoins et évalue l'offre disponible. Lors de son analyse, il doit respecter les exigences et le « mode de calcul » prévus dans l'ordonnance (cf. art. 58b OAMal). Les critères d'économicité et de qualité doivent guider son analyse. Ce dernier doit aussi viser la diminution voire la suppression des surcapacités¹⁶⁸⁴. Les cantons disposent d'une marge de manœuvre quant aux procédures concrètes de planification. En revanche, ils ne peuvent déterminer les critères matériels à appliquer¹⁶⁸⁵. Par là, le canton n'agit pas « à la manière d'une entreprise », puisqu'il n'offre ni n'acquiert des prestations de santé. Le canton agit par un acte de puissance publique¹⁶⁸⁶.

¹⁶⁸¹ JOSEPH, Planification, p. 247 ss.

¹⁶⁸² Cf. *supra* Première Partie, Chap. 3.I.C.

¹⁶⁸³ Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 21.

¹⁶⁸⁴ Pour une analyse détaillée, voir *supra*. En ce sens, cf. aussi Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 21.

¹⁶⁸⁵ TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 72.

¹⁶⁸⁶ Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 21. En doctrine, JACOBS, Gesundheitsrecht, p. 4.

La première condition de l'art. 2 LCart n'est pas remplie pour ce qui concerne la première phase de planification. Le canton ne peut être qualifié d'entreprise et la LCart n'est pas applicable.

B. Le choix des établissements et la conclusion des mandats de prestations

Dans une seconde phase¹⁶⁸⁷, le canton doit satisfaire aux besoins. Pour cela, il procède au choix des hôpitaux qui peuvent prester à charge de l'AOS (assurer les besoins, garantir les besoins) parmi l'offre identifiée. Par là, il doit garantir les besoins de sa population, tels qu'il les a déterminés. Il conclut ensuite les mandats de prestations avec les établissements choisis. Le gouvernement cantonal confirme ce choix par l'élaboration de la liste des hôpitaux. Une fois sur la liste, un établissement peut prétendre au financement des prestations fournies pour des traitements en soins stationnaires aigus. Peut-on ici admettre que le canton agit à la manière d'une entreprise ? Deux argumentations sont possibles.

D'une part, on peut soutenir qu'une planification effectivement liée aux besoins signifie que le canton choisit des prestations qu'il finance ensuite à hauteur de 55% maximum. Le canton exerce alors une activité qu'il faut qualifier d'économique. En effet, il est très proche de ce que l'on considère comme un demandeur : il se procure, par sa planification, des services de santé pour les soins de base de sa population et les paie. Les conditions personnelles de l'art. 2 LCart sont alors remplies et le canton doit être qualifié d'entreprise¹⁶⁸⁸.

D'autre part, on peut argumenter que le canton n'est pas lui-même demandeur de produits ou services de santé et n'exerce pas d'activité économique. Son rôle se cantonne à assurer que sa population dispose des prestations en soins importantes. Pour cela, il doit respecter des critères légaux stricts – tout comme il le fait dans la première phase. Il est également lié par des critères de qualité et d'économicité et doit gérer les surcapacités. Il doit rester objectif et transparent dans la mesure où il ne peut avantager les hôpitaux qu'il exploite et doit rester un planificateur neutre.

¹⁶⁸⁷ Cf. *supra* Deuxième Partie, Chap. 2.II.C.c.iv. Cf. aussi Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 17.

¹⁶⁸⁸ Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 24 et 27.

Il remplit une tâche publique. Il agit ainsi également en vertu de sa puissance publique¹⁶⁸⁹.

Il est intéressant de qualifier les actes rendus/conclus lors de la planification hospitalière. La planification se termine par l'établissement de la liste hospitalière (art. 39 al. 1 let. e LAMal, art. 58b al. 3 et 58e OAMal), soumise à recours (art. 53 al. 1 LAMal). De jurisprudence constante, la liste hospitalière est considérée comme un instrument juridique *sui generis*, consistant principalement en une série de décisions individuelles¹⁶⁹⁰. La décision plaide plutôt en défaveur de la qualification du canton comme entreprise, puisqu'il agit dès lors en vertu de sa puissance publique¹⁶⁹¹. Cependant, avant d'établir la liste, le canton a conclu des mandats de prestations avec les établissements choisis¹⁶⁹². La qualification de cet instrument, qui lie le canton à l'établissement hospitalier, est complexe et controversée. On retiendra plutôt un acte contractuel qui décrit spécialement les droits et obligations des parties, mais qui est confirmé par une décision (la liste hospitalière).

Dans son avis, la Comco n'a pas tranché la question du champ d'application personnel et s'est penchée sur l'analyse de l'art. 3 LCart. Comme elle retient l'existence d'une prescription réservée, cela permet d'éluder la présente question. Selon nous, sur le plan de l'art. 2 LCart, l'application de la LCart devrait toutefois être retenue. En effet, la volonté du législateur est d'avoir une définition large de la notion d'entreprise. Elle comprend également les autorités publiques dès qu'elles sont engagées dans le processus économique et qu'elles acquièrent (ou offrent) des biens ou des services (art. 2 al. 1^{bis} LCart). En l'espèce, la question de la planification a été jointe à celle du financement. Les deux sont liées et sont presque devenues indissociables. Dès que le canton – comme planificateur au sens large – procède au choix des établissements, il conclut avec eux les mandats de prestations. La relation directe entre le canton et chaque établissement est réglée par des clauses, vraisemblable-

¹⁶⁸⁹ Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 25 et 27.

¹⁶⁹⁰ ATAF 2012/9, c. 3.2.6 ; TAF, arrêt C-401/2012 du 28 janvier 2014, c. 1.3.

¹⁶⁹¹ MOOR, Actes administratifs, p. 103 s. ; DUBEY/ZUFFREY, Droit administratif, N 885. Voir les développements ci-dessus Première Partie, Chap. 3.I.C ainsi que Troisième Partie, Chap. 1.I.D (fixation des tarifs par l'autorité au moyen d'une décision) et réf.

¹⁶⁹² JOSEPH, Planification, p. 262.

ment contractuelles¹⁶⁹³, qui prévoient plus en détail quelles prestations peuvent être fournies. Il agit ainsi à la manière d'un demandeur de prestations sur un marché, qui paie pour un bien ou un service. Le canton se procure les prestations de santé nécessaires aux soins de base de sa population, et les finance. Même si l'on admet que le canton agit en partie en vertu de sa puissance publique – en rendant une décision finale de planification – il faut retenir que son activité est dissociable de cette tâche de puissance publique, dans la mesure où les mandats de prestations sont négociés et vraisemblablement arrêtés dans des contrats. On peut aussi comparer la situation du canton avec celle de la collectivité publique qui lance un marché public (appel d'offres). En Suisse, on retient que le pouvoir adjudicateur est une entreprise qui est susceptible d'être en position dominante sur le marché (art. 4 LCart) et donc, cas échéant, d'en abuser (art. 7 LCart)¹⁶⁹⁴. Ces éléments doivent selon nous être considérés comme suffisamment importants pour retenir la qualification comme entreprise.

Cette interprétation se justifie également par le fait que le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence commande que les activités économiques étatiques soient soumises au droit de la concurrence, faute de quoi cette activité économique serait privilégiée. Une interprétation large de la notion d'entreprise permet d'imposer des exigences aux entités publiques et de renforcer ainsi la garantie de la neutralité économique¹⁶⁹⁵.

II. LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

D'un point de vue matériel, le canton qui procède à la planification (1^{ère} phase) et au choix de l'offre (2^{ème} phase) est en position dominante sur le

¹⁶⁹³ La qualification juridique des mandats de prestations est complexe et dépend des circonstances. En pratiques, ce sont souvent deux actes successifs. L'octroi du mandat fait l'objet d'une décision. Les modalités précises sont ensuite définies dans des contrats de droit public. Cf. JOSEPH, Planification, p. 272 s., et réf.

¹⁶⁹⁴ POLTIER, Marchés publics, p. 345 qui précise que cette situation devrait rester rare, car le droit des marchés publics pose un cadre à l'activité de l'autorité dans le cadre de son pouvoir d'adjudication et que les règles prévues ne devraient pas laisser de place à l'abus de la position dominante (ou plus précisément du monopole). Cf. aussi CR Concurrence-KILIAS/MARTENET, Art. 2 LCart, N 45 ; CR Concurrence-CLERC, Art. 4 al. 2 LCart, N 41, Art. 7 al. 1 LCart, N 47 et Art. 5 LMI, N 19.

¹⁶⁹⁵ Cf. ATF 138 I 378, c. 6 et 9.1, JdT 2014 I 3. Sur la notion d'entreprise, cf. première Partie, Chap. 3.I.A.

marché¹⁶⁹⁶, conformément à l'art. 4 al. 2 LCart, c'est-à-dire qu'il est à même « en matière d'offre ou de demande de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs) ».

Il détermine qui peut fournir les soins de base remboursés par l'AOS, et dans quelle mesure. Il a donc le pouvoir de décider qui a accès au marché de la fourniture en soins stationnaires de base pris en charge par l'AOS. Si toutes les conditions d'application de la LCart sont remplies, il s'agira, dans le cas d'espèce, de déterminer si le canton adopte des pratiques illícites au sens de l'art. 7 al. 1 LCart en ce sens qu'il abuse de sa position et désavantage les partenaires commerciaux.

III. LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL

Lorsque le canton établit et évalue l'offre, il se concentre avant tout sur les établissements sis sur son territoire, mais peut également prendre en considération des établissements sis sur un autre territoire. Il peut inscrire sur sa liste des hôpitaux d'autres cantons. Lors de la conclusion des mandats et de l'établissement de la liste, ce sont ces mêmes établissements qui sont concernés.

De plus, avec le libre choix de l'hôpital et l'obligation d'admission, la planification et l'établissement de la liste hospitalière ont des effets pour tous les patients potentiels, à savoir la population cantonale et extra-cantonale.

Les effets se font avant tout sentir dans le canton concerné par la planification, mais plus globalement sur le territoire suisse. La condition territoriale de l'art. 2 al. 2 LCart est remplie sans difficulté.

IV. L'ÉTUDE DES PRESCRIPTIONS RÉSERVÉES

Le canton ne peut pas être qualifié d'entreprise quand il évalue les besoins et l'offre disponible pour couvrir les besoins (*Bedarfsplanung*). La LCart n'est pas applicable.

Notre analyse n'aboutit pas à un résultat aussi limpide lorsque l'on étudie l'activité du canton qui sélectionne des hôpitaux et qui conclut des mandats de prestations (*Bedarfssicherung*). Nous retenons que le canton peut

¹⁶⁹⁶ Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 3.

être qualifié d'entreprise. Les conditions d'application matérielle et géographique sont remplies sans difficulté. Il faut encore examiner si la planification hospitalière est régie par des prescriptions réservées, à savoir des prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services (art. 3 al. 1 LCart).

A. L'existence d'une prescription réservée

De l'art. 39 al. 1 let. d et e LAMal, on déduit que les cantons sont compétents pour établir une planification hospitalière et une liste des hôpitaux admis, pour un ou plusieurs mandats de prestations, à pratiquer à charge de l'AOS. De par la loi, le canton doit en outre prendre en considération les établissements publics, mais aussi les établissements privés lorsqu'il procède à la planification. Le Conseil fédéral se voit attribuer la compétence d'édicter des critères de planification uniformes en prenant en compte la qualité et le caractère économique (art. 39 al. 2^{er} LAMal). Ces critères se trouvent aux art. 58a ss OAMal. A côté de ces règles fédérales, il existe en outre des dispositions concernant la planification hospitalière dans les constitutions cantonales ainsi que dans les lois cantonales spéciales sur la santé et la planification hospitalière¹⁶⁹⁷. Comment faut-il apprécier ces dispositions au regard de l'art. 3 al. 1 LCart ?

La première condition pour retenir une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart est l'exigence d'une base légale. Les règles de la planification se trouvent dans le droit fédéral (LAMal et OAMal), voire aussi dans le droit cantonal. Ce sont des règles de droit (générales et abstraites) qui figurent dans un acte normatif. On peut sans difficulté admettre que l'on est en présence de prescriptions au sens de l'art. 3 al. 1 LCart.

L'art. 3 al. 1 LCart pose une seconde exigence, liée au contenu : il faut une prescription qui, sur un marché, exclue de la concurrence certains biens ou services.

L'activité de planification étudiée consiste à établir quel établissement hospitalier peut fournir quelle prestation à charge de l'AOS. On peut comparer cette activité à un « service de gestion ». La loi prévoit que seul le canton est compétent. C'est donc l'Etat qui coordonne la participation des acteurs économiques au marché. Pour cela, il est fortement encadré par des prescriptions légales et n'a que peu de marge de manœuvre. On se

¹⁶⁹⁷ Cf. aussi Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 33.

situé dans le cadre d'une économie planifiée¹⁶⁹⁸. Dès lors, l'art. 39 LAMal, ainsi que les critères et précisions contenus dans l'OAMal, sont des normes qui ajustent la loi de l'offre et de la demande dans la mesure où des critères d'accès au marché sont établis et que le canton ne choisira qu'un nombre limité de fournisseurs de prestations, en fonction d'un besoin qu'il a établi, également selon des règles légales.

Il faut conclure que ces prescriptions sont incompatibles avec les dispositions matérielles de la LCart. Conformément à l'art. 39 LAMal en lien avec l'art. 117 Cst., la compétence constitutionnelle de planification hospitalière revient aux cantons et, en conséquence, la question de savoir qui peut fournir des prestations à la charge des cantons n'est pas laissée à la libre concurrence. Selon l'art. 3 al. 1 LCart, la LCart n'est pas applicable¹⁶⁹⁹.

B. La qualification de la réserve

L'art. 3 al. 1 LCart envisage deux exemples de prescriptions réservées, celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (let. a) et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (let. b)¹⁷⁰⁰. La Comco n'a pas précisé dans quel cas on se trouve et a laissé la question ouverte¹⁷⁰¹.

En l'espèce, on ne peut retenir un régime de prix de caractère étatique. En revanche, on peut hésiter entre la première hypothèse de la let. a et l'hypothèse de la let. b. En pratique, la différence entre ces deux types d'intervention étatique sur le marché est à relativiser : lorsqu'une entreprise se voit, pour remplir une tâche publique, octroyer un droit spécial sous la forme d'un monopole, il s'agit d'un régime de marché de caractère étatique de sorte que le cas prévu à la let. b peut être intégré dans celui prévu à la let. a¹⁷⁰². On se rapproche fortement de cette hypothèse.

¹⁶⁹⁸ Cf. Deuxième Partie, Chap. 2.C.c.iii.

¹⁶⁹⁹ En ce sens, Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 34 ; Comco, USB/KSBL, ch. 55 ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 46.

¹⁷⁰⁰ Cf. Première Partie, Chap. 3.V.

¹⁷⁰¹ Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 34.

¹⁷⁰² HÄNNI/STÖCKLI, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, p. 59, n. 240. Comp. BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 13 et 18 ; SCHMIDHAUSER, Art. 3 KG, N 8.

La couverture de base en soins hospitaliers est une tâche étatique¹⁷⁰³. L'art. 39 LAMal prévoit une obligation pour les cantons d'adopter une planification tout en respectant les critères fixés par le droit fédéral. Cet instrument permet aux cantons de garantir l'accès à des prestations hospitalières à un coût acceptable. Ainsi, la couverture de base des besoins de la population en prestations hospitalières, de même que l'élaboration d'une planification, est une tâche étatique des cantons¹⁷⁰⁴. Le canton doit donc exercer une tâche publique, celle de prévoir une planification hospitalière. Pour cela, il dispose d'un droit spécial, à savoir un monopole (let. b), ce qui lui donne une position concurrentielle particulière¹⁷⁰⁵. Ce monopole permet au canton d'établir un régime de marché de caractère étatique (let. a). Toutefois, l'art. 39 al. 1 LAMal n'institue pas directement le régime de marché de caractère étatique. Quoiqu'il en soit, il n'y a *in fine* plus de place significative pour la concurrence : ce n'est pas les acteurs sur le marché qui s'y disputent directement une place, mais le canton qui choisit les acteurs¹⁷⁰⁶. En revanche, cette affirmation ne préjuge en rien de l'analyse que nous tiendrons sur l'application de la LCart entre établissements admis. En effet, il faudra encore se demander si, une fois inscrits sur la liste, les hôpitaux sont soumis à la LCart.

V. LES PARTICULARITÉS DE LA PLANIFICATION DE LA MÉDECINE HAUTEMENT SPÉCIALISÉE

L'art. 39 al. 2^{bis} LAMal prévoit une règle spécifique pour la médecine hautement spécialisée. Les cantons doivent établir une planification conjointe pour toute la Suisse. La compétence de définir et de planifier le domaine de la médecine hautement spécialisée a été déléguée à une instance intercantonale (organe de décision MHS)¹⁷⁰⁷. On ne peut pas retenir ici que cet organe est une entreprise. Pour la phase de la *Bedarfsplanung*, les mêmes arguments que ceux invoqués pour le canton sont valables. En

¹⁷⁰³ TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 67 ss.

¹⁷⁰⁴ TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, p. 32.

¹⁷⁰⁵ Avec le monopole, l'intention initiale du législateur était effectivement d'exclure un certain domaine de la concurrence. Ce sont les règles générales d'interprétation qui permettent de le déterminer.

¹⁷⁰⁶ Nous verrons, dans l'analyse du système, que la LAMal prévoit quand même une mise en concurrence des hôpitaux (Chap. 8 de la présente Partie).

¹⁷⁰⁷ Art. 2 CIMHS. Cf., sur la MHS, Deuxième Partie, Chap. 2.II.C.c.vi.

revanche, pour la phase de *Bedarfssciherung*, l'organe de décision MHS n'est pas demandeur de produits ou services de santé et n'exerce pas d'activité économique. Il ne finance pas les prestations. Ainsi, la condition d'application personnelle n'est pas remplie. Soulignons tout de même que l'art. 39 al. 2^{bis} LAMal constituerait de toute façon une réserve, au même titre et selon le même raisonnement que celui tenu ci-avant.

VI. SYNTHÈSE

Le canton est tenu, de par la LAMal, de procéder à une planification hospitalière. Bien qu'il soit matériellement en position dominante, un problème se pose du point de vue du champ d'application personnel de la LCart. Un examen en deux temps s'impose. Le canton doit tout d'abord déterminer les besoins en soins et examiner l'offre disponible pour couvrir les besoins. Dans cette activité, le canton est lié par des exigences strictes et agit en vertu de sa puissance publique. Il ne peut être considéré comme une entreprise et la LCart ne s'applique pas. En revanche, dans un deuxième temps, il choisit les établissements qui pourront fournir des prestations à charge de l'AOS et conclut avec eux des mandats de prestations. On peut soutenir qu'il agit comme demandeur de prestations : une fois choisis, les établissements de la liste fournissent des prestations qui sont en partie prises en charge par le canton. La planification hospitalière déployant ces effets en Suisse, la LCart devrait être, pour la seconde activité, applicable.

Cependant, le processus de planification est principalement régi par des prescriptions que l'on considère comme réservées au sens de l'art. 3 al. 1 LCart. Cela signifie que la planification ne peut pas être contestée sur la seule base de l'art. 5 ou de l'art. 7 LCart¹⁷⁰⁸, qui ne sont pas applicables.

Dans le domaine de la médecine hautement spécialisée, l'organe chargé de la planification n'est pas une entreprise ; la LCart n'est pas applicable.

¹⁷⁰⁸ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 46.

Chapitre 3 : L'APPLICATION DE LA LCART À LA FIXATION DES TARIFS DES PRESTATIONS HOSPITALIÈRES (SOINS SOMATIQUES AIGUS)

Dans un chapitre général, nous avons étudié le champ d'application de la LCart aux conventions tarifaires de manière générale¹⁷⁰⁹. Cette présente section a pour but d'étudier, au regard de la LCart, le système du financement des hôpitaux (soins stationnaires aigus) tel que régi par des règles particulières qui diffèrent en partie du cadre général régissant la conclusion de conventions tarifaires.

Nous prenons l'exemple des SwissDRG, tarif applicable pour la rémunération des prestations hospitalières en soins somatiques aigus. Il faut dans ce cadre distinguer deux étapes. La première (II) consiste en la fixation d'une structure tarifaire qui comprend le poids relatif des prestations (*cost-weight*). La LCart est-elle applicable à SwissDRG SA, entreprise chargée d'élaborer cette structure ? Dans un second temps (III), les partenaires tarifaires arrêtent un prix de base (*base rate*) qui, multiplié au poids relatif, permet d'arrêter le montant dû pour une hospitalisation. Ce prix doit être approuvé par le canton. Ce dernier le fixe si les partenaires tarifaires ne peuvent s'entendre. Ce cas de figure correspond largement aux éléments étudiés dans la partie générale sur les tarifs et la LCart. Nous y apportons quelques considérations spécifiques.

I. LA FIXATION DE LA STRUCTURE TARIFAIRE ET LA LCART

L'objet de notre présente analyse est la structure tarifaire Swiss Diagnosis Related Groups, système de classification d'un patient dans un groupe de pathologie. Pour chaque groupe de pathologie, un poids relatif (*cost-weight*) est fixé de manière uniforme pour toute la Suisse¹⁷¹⁰.

¹⁷⁰⁹ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.

¹⁷¹⁰ Cf. Deuxième Partie, Chap. 3.X.A.a.iii.

A. Les conditions d'application de la LCart

B. L'application de la LCart à SwissDRG SA

SwissDRG SA, société anonyme instituée conformément à la clause de délégation de l'art. 49 al. 2 LAMal, est compétente pour l'élaboration, le développement, l'adaptation et la maintenance des structures tarifaires, uniformes pour toute la Suisse, qui servent de base à la rémunération du traitement hospitalier. Elle a développé une structure tarifaire qui comprend environ 1'000 groupes de cas en fonction du diagnostic et a arrêté, pour chaque groupe, le coefficient de pondération des coûts, à savoir le poids relatif (*cost-weight*)¹⁷¹¹. Nous examinons si la LCart est applicable à son activité.

La société est la seule à pouvoir exercer cette activité et est donc en position dominante (champ d'application matériel)¹⁷¹². Elle pourrait dès lors imposer des conditions inégales. Son activité a des effets sur le territoire suisse. La structure tarifaire qu'elle fixe est uniforme pour tout le territoire et applicable à chaque établissement qui se trouve sur la liste LAMal d'un canton (champ d'application territorial).

En revanche, sa qualification comme entreprise (champ d'application personnel), au sens de la LCart, est complexe. SwissDRG SA est une société anonyme d'utilité publique régie par les art. 620 ss du CO. Il s'agit d'une personne morale, de droit privé, dotée de la personnalité juridique. Cet élément n'est cependant, en soi, pas suffisant pour que l'entité soit considérée comme une entreprise¹⁷¹³. L'actionnariat de cette société anonyme d'utilité publique est composé de la CDS (conférence suisse des directrices et directeurs de la santé), de H+ (les hôpitaux de Suisse), de santésuisse (les assureurs-maladie suisses) de la FMH (fédération des médecins suisses) et de la CTM (assureurs selon la loi fédérale sur l'assurance-accidents, l'assurance-invalidité et l'assurance militaire)¹⁷¹⁴. SwissDRG SA est dès lors l'institution commune des assureurs,

¹⁷¹¹ Cf. Deuxième Partie, Chap. 3.X.A.a.

¹⁷¹² Art. 4 al. 2 LCart. Sur les critères, cf. Première Partie, Chap. 3.II.A.b.

¹⁷¹³ Cf. Première Partie, Chap. 3.I. Sur ce point, SCHLUEP, KG & PüG, p. 166 ; CR Concurrence-MARTENET/KILLIAS, Art. 2 LCart, N 23.

¹⁷¹⁴ <http://www.swissdrg.org/fr/01_swissDRG_AG/swissDRG_AG.asp?navid=1>. A propos du capital-action, des actionnaires et de la transmission des actions, voir les art. 4 et 5 des Status de SwissDRG SA du 1^{er} juillet 2009.

des cantons et des fournisseurs de prestations (médecins et hôpitaux)¹⁷¹⁵. Les milieux intéressés, à l'exception des assurés cependant, sont ainsi actionnaires. Peut-on dire que SwissDRG SA est une entité engagée dans le processus économique, du côté de l'offre ou de la demande ?

On peut soutenir qu'elle participe au processus économique dans la mesure où elle détermine une partie de la rémunération des prestations stationnaires. L'activité de la SA consiste à développer la structure tarifaire, grouper les prestations, créer l'algorithme. Cette activité peut être développée par toute entreprise et le produit peut être commercialisé. Il s'agit d'un service qui serait susceptible d'être obtenu sur un marché contre une rémunération. Il faut encore que l'entité soit indépendante économiquement.

En réalité, il faut selon nous plutôt retenir que l'activité d'élaborer une structure tarifaire n'est pas une prestation dont la nature peut directement être qualifiée d'économique. Il s'agit d'une délégation d'une tâche publique conférée par l'art. 49 al. 2 LAMal. La SA apparaît comme un organe d'exécution de la LAMal¹⁷¹⁶ et elle n'exerce aucune autre activité. Cela exclut le fait que cette entité participe au marché. Son activité est délimitée par le champ de la délégation. On sort de la logique d'une action sur un marché. En outre, si les partenaires tarifaires n'avaient pas institué une telle organisation, le Conseil fédéral aurait dû le faire de manière contraignante (art. 49 al. 2 LAMal). De plus, ce n'est pas une association qui adopte des tarifs pour les prestations de ses membres¹⁷¹⁷, mais tous les acteurs d'une branche qui se réunissent pour adopter la base de calcul de la rémunération des prestations des hôpitaux. On ne peut, selon nous, pas retenir une indépendance économique suffisante et ce, même si le patient peut être amené à financer l'activité de cette entité¹⁷¹⁸. Il n'est toutefois pas réellement bénéficiaire du « service » qu'elle fournit. Dès lors, SwissDRG SA ne peut être qualifiée d'entreprise aux sens de la

¹⁷¹⁵ A ce propos, cf. http://www.swissdr.org/fr/02_informationen_swissDRG/informationen_zu_swissDRG.asp?navid=10.

¹⁷¹⁶ En ce sens TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 94.

¹⁷¹⁷ On ne se trouve pas dans la même situation que les tarifs des notaires, par exemple.

¹⁷¹⁸ L'art. 49 al. 2 LAMal prévoit que pour financer ces activités, une contribution couvrant les coûts peut être prélevée par cas facturé.

LCart. Formellement, la Comco n'est pas compétente et la LCart n'est pas applicable.

C. L'application de la LCart aux actionnaires

Il faut alors se demander si la structure tarifaire n'est en réalité pas constitutive d'un accord en matière de concurrence conclu entre les actionnaires de SwisDRG SA. L'action collective (consciente et voulue) vise une restriction à la concurrence, à savoir fixer une base uniforme pour la rémunération de toutes les prestations stationnaires fournies en Suisse et établir une gradation entre les prestations. On a dès lors – matériellement – un accord en matière de concurrence qui déploie – territorialement – ses effets en Suisse.

Les fédérations des hôpitaux, assureurs et médecins sont actionnaires. Comme nous l'avons développé, il est douteux qu'elles soient directement considérées comme des entreprises, mais leurs membres le sont¹⁷¹⁹. Quant à la CDS, il est très délicat et même peu probable que l'on puisse la qualifier d'entreprise. Quoi qu'il en soit, il faut admettre l'existence de prescriptions réservées qui excluent l'application de la loi sur les cartels¹⁷²⁰.

D. L'étude des prescriptions réservées

L'adoption de la structure tarifaire (« accord ») est imposée par la LAMal, et soumise à des critères précis. Selon le message du Conseil fédéral, l'idée est de passer d'un financement des établissements à un financement des prestations, dans le but de renforcer la concurrence¹⁷²¹.

SwissDRG SA, par le biais de ses membres, doit élaborer cette structure dans le but d'unifier le mode de rémunération pour permettre une meilleure comparaison. « Si l'on veut garantir une transparence, pouvoir faire des comparaisons à l'échelle nationale et disposer d'une rémunération intercantonale simple, toutes ces formes de rémunération doivent reposer sur des systèmes de classification uniformes. C'est pourquoi il est néces-

¹⁷¹⁹ Cf. *supra* Troisième Partie, Chap. 1.I.A. et C. Spécialement sur la qualification d'un hôpital public qui fournit des soins somatiques aigus comme entreprise, cf. Comco, USB/KSBS, ch. 31.

¹⁷²⁰ Sur les prescriptions réservées, cf. Première partie, Chap. 3.V.A.

¹⁷²¹ Mess-rév.LAMal-2007, p. 5226 et 5234.

saire d'introduire des structures tarifaires uniformes à l'échelon national »¹⁷²². Dans ces circonstances, la LCart ne peut s'appliquer. L'art. 49 al. 1 LAMal est une réserve.

Un argument confirme cela : selon l'art. 49 al. 2 LAMal, les structures élaborées par l'organisation et leurs adaptations sont soumises par les partenaires tarifaires au Conseil fédéral pour approbation. Cette règle reprend l'art. 46 al. 4 LAMal. L'accord entre les partenaires tarifaires est dès lors directement l'objet de l'approbation¹⁷²³. Le prix fixé est vérifié, ce qui va dans le sens d'un régime de prix de caractère étatique.

En outre, on peut soutenir que SwissDRG SA est une entité en position dominante collective. Or la création d'une organisation compétente pour l'élaboration, le développement, l'adaptation et la maintenance des structures est imposée par l'art. 49 al. 2 LAMal qui constitue également une réserve. La compétence de SwissDRG est issue directement de la loi. Ainsi, même si on admet que l'élaboration d'une structure tarifaire est un service, SwissDRG SA, qui représente les partenaires tarifaires, a alors un monopole issu de l'art. 49 al.1 et 2 LAMal. Cette activité est exclue de la concurrence.

E. La fixation de la structure tarifaire par le Conseil fédéral et la LCart

Selon l'art. 49 al. 2 LAMal, dernière phrase, si les partenaires ne peuvent s'entendre sur les structures, le Conseil fédéral les fixe. Il rend une décision. Comme nous l'avons développé, le Conseil fédéral n'est pas une entreprise dans ce contexte, de sorte que la LCart n'est pas applicable. En outre, cette disposition, qui reprend le principe de l'art. 47 LAMal, peut être qualifiée de prescription réservée¹⁷²⁴.

II. LA FIXATION DU PRIX DE BASE ET LA L CART

Le prix de base est le coût par cas moyen d'un hôpital pour un poids relatif de 1.0. Il est négocié entre l'hôpital ou le groupement d'établissements

¹⁷²² Mess-rév.LAMal-2007, p. 5234.

¹⁷²³ Selon SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 709, l'approbation par le gouvernement donne au tarif une valeur de « tarif étatique », et constitue ainsi une prescription réservée.

¹⁷²⁴ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.I.D.

hospitaliers concerné et les assureurs ou le groupement d'assureurs, conformément à l'art. 49 al. 1 LAMal en lien avec les art. 43 al. 4 et 46 LAMal. On a donc une convention tarifaire entre assureurs et hôpitaux, respectivement par l'entremise des fédérations les représentant. Cette convention est approuvée par le canton (art. 46 al. 4 LAMal). Si les partenaires tarifaires ne peuvent s'entendre, le tarif est fixé de manière souveraine par le canton (art. 47 al. 1 LAMal)¹⁷²⁵. On peut dès lors très largement renvoyer à ce que l'on a exposé dans la partie générale consacrée aux conventions tarifaires. Quelques précisions sont cependant apportées en lien avec les spécificités des conventions tarifaires dans le secteur hospitalier. Nous proposons aussi des exemples tirés des décisions en la matière.

A. Le champ d'application personnel

La convention tarifaire sera conclue entre un établissement hospitalier ou une fédération d'établissements hospitaliers, d'une part, et un assureur ou une fédération d'assureurs, d'autre part.

a. Les établissements hospitaliers

Dans ce cadre, le fournisseur de prestations est un établissement hospitalier qui figure sur la liste hospitalière du canton et qui peut donc fournir des prestations remboursées – pour autant que les conditions soient remplies – dans le cadre du ou des mandat(s) qui leur sont accordé(s).

Les établissements de la liste peuvent être des hôpitaux de droit public ou de droit privé. Les hôpitaux publics sont souvent organisés en établissements dépendants de droit public sans personnalité juridique. Depuis l'introduction de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart, la forme juridique et l'organisation de l'entreprise ne sont plus déterminantes et des institutions de droit public (fédéral, cantonal ou communal) non indépendantes peuvent être des entreprises. Cela vaut aussi pour les unités de l'administration de la Confédération ou des cantons¹⁷²⁶. Que ce soit un hôpital public ou privé, il faut selon nous admettre qu'il offre des biens ou services, à savoir des presta-

¹⁷²⁵ TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 96.

¹⁷²⁶ SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 706.

tions hospitalières (soins médicaux et infirmiers, opérations, médicaments, etc.) ou en acquiert sur un marché. Il est une entreprise¹⁷²⁷.

Il reste encore à déterminer si les établissements hospitaliers participent au processus économique de manière indépendante. Ce point est délicat. En pratique, on trouve quelques décisions et rapports qui traitent de la qualification des hôpitaux comme entreprise au sens de la LCart. Un hôpital public, à savoir les hôpitaux universitaires genevois¹⁷²⁸, a été qualifié d'entreprise dans un rapport de 2008 concernant les tarifs pratiqués par les HUG en matière de soins ambulatoires, rendu par le Secrétariat. Concernant la notion d'entreprise, il rappelle les principes que la LCart s'applique aux entreprises, à savoir aux acteurs qui produisent des biens ou services et participent ainsi de manière indépendante au processus économique. Selon le Secrétariat, « les HUG (...) tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart », sans justification supplémentaire.

Dans sa décision incidente concernant les conventions tarifaires dans le secteur des assurances complémentaires d'hospitalisation dans le canton de Lucerne, les hôpitaux n'ont, en revanche, pas été qualifiés d'entreprises. Le canton l'a été à leur place, puisqu'en l'espèce, il constitue l'entité économiquement indépendante. Dans ce cas, les hôpitaux publics (et les hôpitaux subventionnés par les pouvoirs publics, distinction qui n'apparaît plus dans la loi) ne disposaient pas d'une indépendance économique concernant la tarification. C'est le canton qui exerce le contrôle économique et a une position semblable à un « consortium ». En revanche, il est possible que dans un autre cas, du fait de l'approche fonctionnelle de l'art. 2 LCart, un hôpital public tombe dans le champ d'application de la LCart dans la mesure où il occupe le marché de façon autonome¹⁷²⁹. Cette décision concerne l'assurance complémentaire et sera

¹⁷²⁷ La Comco l'a expressément admis et a qualifié d'entreprise un hôpital public qui fournit des soins somatiques aigus, cf. Comco, USB/KSBS, ch. En ce sens, JACOBS, Gesundheitsrecht, N 22.

¹⁷²⁸ Secrétariat, DPC 1998/4, p. 562, *Tarifs pratiqués par les Hôpitaux de Genève (HUG) en matière de soins ambulatoires*, ch. 9. En ce sens, CF, DPC 1991/1, p. 185, *Tarifs concernant les traitements ambulatoires*, ch. 2 et 6.

¹⁷²⁹ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 75 ss. Cf. aussi SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 706.

examinée en détail dans ce cadre¹⁷³⁰. Toutefois, on peut en tirer une règle plus générale. Les hôpitaux cantonaux ne sont considérés comme économiquement indépendants que lorsqu'aucune disposition n'existe qui réduit la marge de manœuvre de l'entité et que la collectivité n'a pas d'influence déterminante dans les activités de l'hôpital¹⁷³¹.

b. Les assureurs

Face aux établissements hospitaliers, on trouve des assureurs. A leur propos, il peut entièrement être renvoyé aux développements tenus dans la partie générale consacrée aux tarifs. Les assureurs-maladie (au sens de la LAMal) sont des entreprises¹⁷³².

c. Les fédérations

Conformément à l'art. 46 al. 1 LAMal, les fédérations représentant les assureurs respectivement les fournisseurs de prestations peuvent conclure des conventions tarifaires. Dans le domaine du financement hospitalier, les assureurs et les hôpitaux négocient aussi par le biais de leur fédération. Comme nous l'avons développé, les fédérations ne sont pas clairement considérées comme des entreprises, car elles ne fournissent pas directement des prestations sur le marché. Les membres de l'organisation sont les entreprises¹⁷³³.

d. Le gouvernement cantonal

Lorsque les partenaires tarifaires ne peuvent s'entendre sur le prix de base, le gouvernement cantonal le fixe. Il agit en vertu de sa puissance publique ; la LCart ne lui est pas applicable¹⁷³⁴.

B. Le champ d'application matériel

Comme dans la partie générale sur la fixation de tarifs et la LCart, deux possibilités sont ici envisagées. La convention tarifaire établissant le prix de base est un accord sur les prix, sauf si elle n'est conclue qu'entre un assureur et un établissement hospitalier (ou le canton). Lorsqu'une fédéra-

¹⁷³⁰ Cf. Chap. 4.I.B et C. de la présente partie.

¹⁷³¹ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 78.

¹⁷³² Cf. Troisième Partie, Chap. 1.I.B.

¹⁷³³ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.I.C.

¹⁷³⁴ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.I.D.a.

tion ou un grand groupe négocie et conclut une convention tarifaire ou refuse de négocier avec un ou un petit groupe d'assureur(s) ou de prestataire(s), on peut envisager un comportement d'une entreprise en position dominante (collective)¹⁷³⁵.

C. Le champ d'application territorial

Les conventions tarifaires fixant le prix de base ont un effet entre partenaires tarifaires, à savoir l'assureur et l'hôpital qui figure sur la liste hospitalière cantonale ainsi que sur les patients qui se font soigner dans un établissement partie à l'accord. Dès lors, les effets de la restriction se déploient en Suisse¹⁷³⁶.

D. L'étude des prescriptions réservées

a. L'art. 49 al. 1 et 46 al. 1 et 2 LAMal

Les conditions d'application de la LCart sont remplies – exception faite de la situation où le gouvernement cantonal arrête le prix de base ou d'une convention tarifaire conclue entre un assureur et un hôpital. Si une fédération est partie à la convention, ses membres sont les entreprises. Il faut cependant encore analyser l'existence de prescriptions réservées.

On peut ici aussi reprendre les développements de la partie générale concernant la conclusion de tarif entre groupes importants et de force égale. L'art. 49 al. 1 prévoit que « pour rémunérer le traitement hospitalier (...), les parties à une convention conviennent de forfaits ». D'une part, cette disposition renvoie implicitement à l'art. 46 al. 1 et 2 LAMal qui prévoit les modalités de conclusion des conventions tarifaires (parties à la convention et spécificités pour les conventions conclues par des fédérations). Cette disposition est une prescription réservée¹⁷³⁷. D'autre part, l'art. 49 al. 1 LAMal lui-même doit également être qualifié de prescription réservée. Règle de droit fédéral, elle impose la conclusion d'une convention pour rémunérer le traitement hospitalier. Cette rémunération doit impérativement être liée aux prestations. En outre, l'art. 49 al. 1 *in fine* LAMal donne même des indications sur le contenu du tarif : « les tarifs hospitaliers sont déterminés en fonction de la rémunération des hôpitaux qui

¹⁷³⁵ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.II.

¹⁷³⁶ Cf. aussi Troisième Partie, Chap. 1.III.

¹⁷³⁷ Pour des arguments détaillés, cf. Chap. 1.IV.A.

fournissent la prestation tarifée obligatoirement assurée, dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse ». Les exigences liées à la conclusion du tarif sont donc strictes. Il nous semble douteux qu'il reste une place pour l'application de la LCart.

En revanche, si une convention tarifaire est négociée et conclue entre une fédération ou un groupe important (comme le canton) et un hôpital ou un assureur, il faudrait se poser la question d'un abus de position dominante (collective), de même que si l'entité en position dominante collective refuse de négocier. Les dispositions matérielles de la LCart peuvent être appliquées ; ce point n'est pas couvert par les prescriptions réservées. Nous renvoyons au chapitre général pour les détails¹⁷³⁸.

b. L'art. 47 LAMal

Si le prix de base n'est pas arrêté par les partenaires tarifaires, le gouvernement cantonal le fixe (art. 47 LAMal). Selon nous, l'autorité n'est pas une entreprise au sens de la LCart. En outre, nous avons établi que l'art. 47 LAMal est une prescription réservée¹⁷³⁹.

III. LE FINANCEMENT DES SOINS HOSPITALIERS EN PSYCHIATRIE ET RÉADAPTATION ET LA LCART

SwissSRG SA arrête également des structures tarifaires pour le financement des soins hospitaliers psychiatriques et des soins hospitaliers de réadaptation. Nous n'avons délibérément pas traité de cette question en détail. La structure tarifaire n'est pas exactement la même que Swiss-DRG, mais les principes de la fixation sont identiques de sorte que les développements ci-dessus s'appliquent.

IV. LE FINANCEMENT DES SOINS HOSPITALIERS AMBULATOIRES ET LA LCART

Les hôpitaux prodiguent également des soins en ambulatoire. Dans ce cadre, c'est le tarif Tarmed qui s'applique (cf. art. 49 al. 6 LAMal). Celui-ci est présenté dans la partie consacrée aux médecins.

¹⁷³⁸ Cf. Troisième Partie, Chap.1.IV.A.b.

¹⁷³⁹ Cf. Troisième Partie. Chap.1.IV.B.

V. SYNTHÈSE

La structure tarifaire SwissDRG est arrêtée par SwissDRG SA qui ne peut être qualifiée d'entreprise ; la LCart ne lui est pas applicable. En revanche, les actionnaires de la SA sont les associations qui représentent les assureurs, les médecins et les hôpitaux. Les membres des fédérations sont des entreprises. Ils concluent ensemble un accord qui a pour but la fixation uniforme de la structure permettant de calculer le prix des prestations fournies pour les soins somatiques aigus. L'effet de l'accord se déploie en Suisse. La LCart est applicable. Toutefois, l'organisation du système repose sur des prescriptions réservées (art. 49 al. 1 et 2 LCart) qui couvre tant le « volet accord » que le « volet position dominante » de sorte que la Comco n'a qu'un pouvoir de recommandation.

En outre, le prix de base est fixé par conventions tarifaires conformément aux principes généraux valant pour la LAMal. Comme nous l'avons développé, les conditions d'application de l'art. 2 LCart sont remplies. Tant qu'il n'y a pas une situation d'un éventuel abus d'une position dominante, l'application des dispositions matérielles de la LCart est exclue puisque la LAMal prévoit expressément la conclusion de conventions tarifaires, ce qui constitue une réserve au sens de l'art. 3 al. 1 let. a LCart. En revanche, si les prestataires ne se mettent pas d'accord, le gouvernement cantonal intervient. Ne pouvant être considéré comme une entreprise, la loi sur les cartels ne est pas applicable à ce dernier.

Chapitre 4 : L'APPLICATION DE LA LCART À LA FIXATION DES TARIFS DES PRESTATIONS PRISES EN CHARGE PAR L'ASSURANCE-MALADIE COMPLÉMENTAIRE HOSPITALIÈRE

Certaines prestations fournies par des établissements hospitaliers ne sont pas prises en charge par l'AOS. Si le patient a conclu une assurance-maladie complémentaire, celle-ci peut prendre en charge les coûts. Le cas de figure principal concerne les assurances hospitalières complémentaires, en chambre privée ou demi-privée, qui garantissent ou non le libre choix du médecin.

Nous avons examiné, dans le chapitre 2 de la Troisième partie, les tarifs des prestations de santé dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire en général. Cependant, concernant la LCart, certaines particularités ont spécialement été développées en lien avec des établissements hospitaliers et sont présentées dans le présent chapitre. En effet, la Comco a rendu deux décisions qui concernent le secteur hospitalier.

La première affaire (conventions tarifaires dans le canton d'Argovie) concernait des accords entre fédérations, médecins, cliniques, et assureurs qui portaient sur la fixation de facture pour les patients hospitalisés en division demi-privée. La Comco examine si ce sont des accords illicites en matière de concurrence.

Dans la seconde affaire (conventions tarifaires dans le canton de Lucerne), la Comco a ouvert, en 2006, une enquête contre une dizaine d'assureurs, des hôpitaux publics et financés par des pouvoirs publics (ancienne dénomination) et le département de la santé et de l'action sociale du canton de Lucerne¹⁷⁴⁰. L'objet de l'examen est les « *Tarifverträge II* », des conventions dans lesquelles des tarifs sont arrêtés, qui valent pour les assurés qui disposent d'une assurance complémentaire hospitalière pour le séjour en division privée ou demi-privée et qui se font soigner, dans le canton de Lucerne, en division privée ou demi-privée d'un hôpital public ou subventionné par les pouvoirs publics. La Comco vérifie si ces conventions sont des accords illicites sur les prix ou si les fournis-

¹⁷⁴⁰ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 1.

seurs de prestations se comportent de manière illicite au sens de l'art. 7 LCart¹⁷⁴¹.

Dans la présente analyse, il faudra à nouveau distinguer le cas où un tarif est adopté par l'hôpital, respectivement par le canton, du cas où une convention tarifaire est conclue entre un assureur et un hôpital ou un canton et vise la prise en charge de prestations fournies par l'hôpital.

I. LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL

A. Les assureurs proposant des assurances-maladie complémentaires

Comme présenté dans la partie consacrée à l'étude du champ d'application de la LCart dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire en général¹⁷⁴², les entreprises d'assurance et les caisses-maladie qui proposent des assurances complémentaires hospitalières sont des entreprises au sens de l'art. 2 al. 1 et 1^{bis} LCart. Nous y renvoyons pour les détails et nuances.

B. Les établissements hospitaliers

Dès qu'une condition de prise en charge par la LAMal fait défaut¹⁷⁴³, la prestation n'est pas remboursée et l'on peut alors se trouver dans le domaine de l'assurance complémentaire. Dans le secteur hospitalier, un traitement n'est pas pris en charge par l'AOS s'il est prodigué par un établissement public ou privé qui ne figure pas sur la liste hospitalière cantonale¹⁷⁴⁴ ou par un établissement public ou privé qui figure sur ladite liste, mais qui fournit des prestations non remboursées. L'exemple typique est la facturation en chambre privée ou demi-privée¹⁷⁴⁵.

¹⁷⁴¹ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 2.

¹⁷⁴² Cf. Troisième Partie, Chap. 2.I.

¹⁷⁴³ Comme présenté, une prestation ou un traitement est pris en charge s'il est prodigué par un fournisseur de prestations reconnu, qui remplit les conditions et que les prestations sont prises en charge (listées ou non exclues).

¹⁷⁴⁴ Cf. pour les nuances, cf. Deuxième Partie, Chap. 2.II.C.c (planification hospitalière).

¹⁷⁴⁵ A propos des prestations qui font l'objet d'assurances complémentaires, cf. partie Deuxième Partie, Chap. 2.III.B.a.

Ainsi, on a affaire à des entités de droit public ou de droit privé¹⁷⁴⁶. Elles sont engagées dans le processus économique dans la mesure où elles fournissent des prestations à leurs patients contre rémunération versée par un assureur complémentaire (ou par le patient s'il n'a pas conclu d'assurance-maladie complémentaire).

Encore faut-il qu'elles disposent de l'indépendance économique nécessaire. Ceci est l'élément-clé. Dans les cas où l'indépendance économique est suffisante, l'entité est une entreprise aux yeux du droit des cartels puisque toutes les conditions sont remplies. C'est souvent assez évident lorsque l'on est en présence de cliniques privées indépendantes, sans lien avec l'Etat. Dans une affaire, quatre cliniques privées ont été qualifiées, sans examen complémentaire, d'entreprises par la Comco¹⁷⁴⁷. Parfois, c'est le canton – en tant que détenteur d'établissements hospitaliers – qui dispose de l'indépendance économique nécessaire à la qualification comme entreprise¹⁷⁴⁸. Cette question avait été abordée dans le chapitre général sur le droit de la concurrence et la fixation des tarifs et reprise plus en détail dans la fixation du prix de base dans le cadre des conventions SwissDRG. Le développement de cette hypothèse provient de l'affaire des conventions tarifaires hospitalières dans le canton de Lucerne, raison pour laquelle nous la présentons en détail à présent (C).

Nous pouvons aussi rappeler le cas des fédérations d'établissements hospitaliers. A notre connaissance, aucune décision n'a traité explicitement de la question ni n'a qualifié l'association de fournisseurs de prestations comme l'entité personnellement soumise à la LCart. En pratique, cela doit s'expliquer par le fait que ces entités ne disposent pas de l'indépendance économique nécessaire à une telle qualification. Nous avons développé ce

¹⁷⁴⁶ Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 1 et 30.

¹⁷⁴⁷ Cf. Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 1 et 30.

¹⁷⁴⁸ Pour un exemple, cf. Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 78 et 92. Cet exemple sera examiné en détail dans le chapitre dédié aux conventions tarifaires dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire. En doctrine, ZIMMERLI/TRÜEB, *Wettbewerbsrecht* 2007-2009, p. 708.

point en détail dans la section « L'application de la LCart à la fixation des tarifs » et y renvoyons¹⁷⁴⁹.

Une autre éventualité est celle d'un groupe de cliniques privées qui a le pouvoir de décision sur les questions économiques. Les mêmes critères que ceux développés ci-dessus doivent être appliqués pour déterminer à quel niveau se situe l'entreprise¹⁷⁵⁰.

C. Le canton, détenteur d'un ou de plusieurs hôpitaux publics

Le canton est compétent en matière d'approvisionnement en soins et peut, dans ce cadre, détenir un ou plusieurs hôpitaux. Plus précisément, il peut décider combien d'hôpitaux il exploite et quelle autonomie il leur garantit. Cette situation pose une question de qualification.

a. En théorie

Selon l'art. 2 al. 1 et 1^{bis} LCart, la personnalité juridique n'est pas une condition à la qualification comme entreprise. On retient une définition fonctionnelle de la notion ; l'indépendance économique est déterminante. Dans un consortium (*Konzern*), on a affaire à des entités juridiques indépendantes, mais non économiquement indépendantes. Il n'y a qu'une direction économique menée par l'entreprise dominante¹⁷⁵¹.

Pour savoir s'il faut considérer les hôpitaux comme un seul groupement d'entreprises (et donc comme une seule entreprise), il faut déterminer qui détient le contrôle économique. Dans ce contexte, les établissements hospitaliers ne sont pas autonomes si le canton peut effectivement les contrôler et qu'il fait usage de cette possibilité. Ils doivent être qualifiés d'entreprises dépendantes¹⁷⁵². En effet, le canton a la possibilité de limiter ou supprimer la concurrence entre les hôpitaux qu'il exploite ou de limiter la marge de manœuvre économique de l'entité par des dispositions cantonales, comme pour le cas d'un groupement d'entreprises privées qui

¹⁷⁴⁹ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.I.C.

¹⁷⁵⁰ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.I.B.c.

¹⁷⁵¹ Sur les éléments théoriques, cf. Première Partie, Chap. 3.I.A. et en lien avec la définition d'entreprises dans ce contexte, cf. Troisième Partie, Chap. 2.I.A. et les réf.

¹⁷⁵² Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 77 ; VLCEK/WEBER, *Entwicklungen* 2008, p. 23.

limite ou supprime la concurrence interne. Lorsqu'on ne peut pas identifier des unités économiques différentes, les comportements du *Konzern* sont considérés comme un tout. Dès que le canton édicte de telles prescriptions, il y a un état de fait de groupement d'entreprises¹⁷⁵³.

Le fait de retenir l'existence d'un consortium a plusieurs conséquences. Notamment et comme pour un *Konzern* privé, les accords passés entre les éléments d'un groupement d'entreprises ne sont pas soumis au droit des cartels (*Konzernprivileg*). De plus, le groupement d'entreprises est pris en considération lorsque l'on se questionne sur une éventuelle position dominante¹⁷⁵⁴.

b. Les conventions tarifaires dans le canton de Lucerne

La Comco a été amenée, dans la décision des tarifs dans le canton de Lucerne, à examiner cette question. Nous présentons à titre illustratif le raisonnement qu'elle a tenu.

Selon le droit cantonal, le Département de la santé et de l'action sociale (*Gesundheits- und Sozialdepartement*, ci-après GSD) a la tâche d'exploiter les hôpitaux cantonaux et les cliniques (à savoir l'hôpital cantonal de Lucerne, l'hôpital cantonal Sursee-Wolhusen, la psychiatrie Lucerne et la clinique Montana)¹⁷⁵⁵. A cet égard, l'ordonnance lucernoise sur les hôpitaux (« *Spitalverordnung* »), en vigueur au moment de la décision, détermine que le GSD peut contrôler la fixation des tarifs des hôpitaux cantonaux et qu'il peut négocier pour les hôpitaux, avec les assureurs et leur fédération. En outre, un contrôle effectif est prévu dans la mesure où les tarifs doivent être validés par le gouvernement cantonal. Le GSD élabore ensuite une « *Taxverordnung* » ; celle-ci est arrêtée par le Conseil d'Etat. Selon la Comco, il ressort déjà de ces dispositions que les hôpi-

¹⁷⁵³ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 77. En doctrine, VLCEK/WEBER, *Entwicklungen* 2008, p. 23 ; ZIMMERLI/TRÜEB, *Wettbewerbsrecht* 2007-2009, p. 708 ; LANG/JENNY, *Konzern*, p. 300 ; GOBAT, *Fusions*, p. 346.

¹⁷⁵⁴ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 77. En doctrine, CANDREIA, *Konzerne*, N 116 ; JACOBS, *Gesundheitsrecht*, N 23.

¹⁷⁵⁵ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 81 ss.

taux cantonaux ne peuvent pas être considérés comme économiquement indépendants¹⁷⁵⁶.

La Comco relève que le contrôle du canton va en l'espèce plus loin, ce qui permet de confirmer le raisonnement. L'ordonnance soumet les hôpitaux du canton à la surveillance directe du GSD. La haute surveillance incombe au gouvernement cantonal. Le GSD et le gouvernement se voient attribuer diverses tâches qui sont équivalentes à celles valant dans une SA (art. 716 a CO). En effet, l'ordonnance précise que le GSD a une compétence étendue dans le *controlling* (contrôle de gestion) des prestations, des finances, du personnel et de la qualité. Cela correspond peu ou prou à l'art. 716a al. 1 ch. 3 CO. De plus, les décisions importantes concernant le personnel (choix du directeur de l'hôpital, du directeur médical, etc.) sont prises par le GSD et le gouvernement. Finalement, le GSD réalise, en coopération avec les hôpitaux, des propositions à l'intention du gouvernement concernant le crédit global et les forfaits d'investissements. Il fait aussi la demande d'approbation des dépenses. Ainsi, le GSD et le gouvernement cantonal disposent de compétences de décision et de surveillance et les diverses tâches ne sont pas assumées par les hôpitaux de manière autonome. Cela exclut l'indépendance économique des hôpitaux¹⁷⁵⁷.

En conclusion, la Comco a retenu que le canton de Lucerne contrôle les hôpitaux cantonaux, de telle sorte qu'ils ne peuvent pas être considérés comme économiquement indépendants au sens de l'art. 2 LCart. Les hôpitaux cantonaux sont à considérer comme un groupement d'entreprises soit comme une seule entreprise soumise à la LCart et dirigée par le canton. Les dispositions qui traitent de l'organisation des hôpitaux cantonaux ne sont pas soumises à la législation cartellaire¹⁷⁵⁸.

¹⁷⁵⁶ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 92, cf. aussi ch. 82 et 84. En doctrine, VLCEK/WEBER, *Entwicklungen* 2008, p. 23 et 31 ; ZIMMERLI/TRÜEB, *Wettbewerbsrecht* 2007-2009, p. 708 ; JACOBS, *Gesundheitsrecht*, N 22 ss.

¹⁷⁵⁷ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 92, cf. aussi ch. 82.

¹⁷⁵⁸ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 93. En doctrine, VLCEK/WEBER, *Entwicklungen* 2008, p. 49 s. ; ZIMMERLI/TRÜEB, *Wettbewerbsrecht* 2007-2009, p. 707 ; CANDREIA, Kon-

Cette décision a été rendue avant l'entrée en vigueur du régime du financement hospitalier. Elle doit dès lors être quelque peu relativisée. En effet, la Comco a récemment examiné la fusion de deux hôpitaux dans le canton de Bâle. Elle a relevé que la modification de la LAMal impose aux hôpitaux publics une plus grande autonomie financière. En l'espèce la législation cantonale prévoit une autonomisation économique, juridique et opérationnelle, de sorte que les hôpitaux sont des entreprises, en tout cas dans le cas d'espèce¹⁷⁵⁹. On retient de cette décision que seules les circonstances du cas examiné permettent de déterminer à quel niveau se situe l'entreprise au sens de la LCart. On relève également que la question de la qualification du canton comme entreprise se pose principalement en raison du fait que le comportement de plusieurs entités distinctes – en l'espèce des hôpitaux – est examiné.

II. LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

A. Les tarifs adoptés par un hôpital

Les décisions rendues en la matière concernent principalement les tarifs adoptés par les médecins, par le biais de leurs associations. Celles-ci ont été présentées¹⁷⁶⁰. On peut transposer le raisonnement tenu au contexte des établissements hospitaliers. Deux cas de figure sont à distinguer.

Si un établissement hospitalier (ou le canton) fixe seul son tarif pour les prestations complémentaires qu'il garantit, il n'y a pas d'accord en matière de concurrence. La question de la position dominante sur le marché peut se poser (art. 7 LCart). Il faut examiner le marché (géographique et de produits) pour déterminer la position de l'établissement. Quant au fond, il faudra déterminer si son prix est abusif¹⁷⁶¹.

On peut ensuite imaginer des tarifs fixés conjointement par plusieurs hôpitaux. Comme il vient d'être dit, lorsque l'on retient un consortium,

zerne, N 116 ; HEIZMANN, Marktmacht, p. 183 ; JACOBS, Entwicklungen, p. 217 ; GOBAT, Fusions, p. 346.

¹⁷⁵⁹ Comco, USB/KSBL, ch. 9 ss. En doctrine, GOBAT, Fusions, p. 346.

¹⁷⁶⁰ Voir Troisième Partie, Chap. 2.II.A, spécialement 2.II.A.b.i. sur les conventions tarifaires et la LCart dans l'assurance complémentaire.

¹⁷⁶¹ Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*. En doctrine, VLCEK/WEBER, Entwicklungen 2008, p. 49 s. ; ZIMMERLI/TRÜEB, Wettbewerbsrecht 2007-2009, p. 708 ; JACOBS, Entwicklungen, p. 217.

l'accord ne peut faire l'objet d'un contrôle¹⁷⁶². Si l'on ne retient pas de consortium, on peut avoir un accord en matière de concurrence. En effet, les tarifs (fixes ou fourchettes de prix) et les recommandations tarifaires privées constituent des accords horizontaux en matière de concurrence puisqu'ils ont pour effet une restriction de la concurrence sur le paramètre du prix (art. 5 al. 3 let. a LCart). On retient une telle situation si le tarif est obligatoire pour les participants, mais également si ceux-ci le respectent de manière consciente et voulue¹⁷⁶³.

B. Les conventions tarifaires conclues entre un assureur et un établissement hospitalier ou le canton

Lorsqu'un assureur et un établissement hospitalier concluent une convention tarifaire, on ne retient pas d'accord en matière de concurrence lors d'une négociation individuelle des prix. Dans pareil cas, il s'agit d'une fixation du prix entre offereur et demandeur de biens et de services. On doit en revanche se poser, selon le contexte, la question d'une éventuelle action d'une entité en position dominante (art. 7 LCart) si l'une des parties se comporte, par la conclusion de ces conventions, de manière illicite au sens de l'art. 7 LCart¹⁷⁶⁴.

Lorsque plusieurs fournisseurs et/ou plusieurs assureurs fixent des tarifs uniformes, les conventions tarifaires peuvent constituer un accord restreignant la concurrence. Il faut alors identifier, selon les règles établies, le ou les accords indépendants qui lient les parties¹⁷⁶⁵. Les conventions tarifaires peuvent aussi être négociées ou conclues par une entité en position dominante¹⁷⁶⁶.

¹⁷⁶² ZÄCH, Kartellrecht, N 256 ; Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 77.

¹⁷⁶³ Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*. En doctrine, VLCEK/WEBER, *Entwicklungen* 2008, p. 31 ; ZIMMERLI/TRÜEB, *Wettbewerbsrecht* 2007-2009, p. 708.

¹⁷⁶⁴ En ce sens, Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 2 ; En doctrine, VLCEK/WEBER, *Entwicklungen* 2008, p. 49 s.

¹⁷⁶⁵ Cf. Troisième Partie, Chap. 2.II.A.

¹⁷⁶⁶ En ce sens, Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 2. Cf. Troisième Partie, Chap. 2.II.B.

Les conventions tarifaires dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire hospitalière ont fait l'objet de deux affaires importantes qui ont occupé les autorités de la concurrence. La question de l'examen des accords en matière de concurrence, respectivement de l'existence d'une position dominante (et *a fortiori* d'une puissance sur le marché) est précisée. Nous présentons à présent ces éléments.

a. Les conventions tarifaires en Argovie

Une enquête a été ouverte par la Comco qui a rendu une décision (*Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*) le 1^{er} octobre 2001. Etait en cause un accord dans le canton d'Argovie conclu entre l'association argovienne des médecins (AAV) représentant les médecins, quatre cliniques privées et plusieurs assureurs-maladie et qui portait sur la facturation relative aux patients en division semi-privée dans les cliniques privées¹⁷⁶⁷. Cet accord fixait les taxes des prestations médicales fournies dans ce contexte. Il n'a pas été question d'un éventuel abus de position dominante. En revanche, la Comco a identifié quatre différents accords en matière de concurrence : trois accords horizontaux, un entre les médecins, un entre les cliniques, un entre les assureurs, et le quatrième, un accord vertical, conclu entre ces trois groupes¹⁷⁶⁸. Ces accords constituent chacun une limitation de la concurrence concernant la facturation aux patients dans une division demi-privée d'une clinique privée¹⁷⁶⁹. Sans entrer dans les développements, ces quatre accords ont été qualifiés, après examen des conditions matérielles, d'illicites¹⁷⁷⁰. Cette décision a fait l'objet d'un recours auprès de l'ancienne Commission de recours pour les questions de concurrence (CoRe)¹⁷⁷¹.

La CoRe a, en revanche, retenu que les accords au sein des groupes ne remplissent pas les conditions de l'art. 4 al. 1 LCart et que seul l'accord

¹⁷⁶⁷ Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 1.

¹⁷⁶⁸ Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 31 ss.

¹⁷⁶⁹ Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 33, 35, 37 et 39

¹⁷⁷⁰ Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 81, 94, 107 et 136.

¹⁷⁷¹ L'activité de la CoRe relève désormais de la compétence du TAF.

entre tous les groupes doit être examiné puisque c'est le seul qui a pour objet et effet une restriction de la concurrence, et par lequel un certain prix pour une certaine prestation est fixé de manière contraignante pour toutes les parties. Ce n'est que par ce contrat qu'elles se lient¹⁷⁷². Elle examine ensuite la licéité de cet accord vertical¹⁷⁷³. La Commission de recours a, quant au fond, renvoyé la cause à la Comco pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Entre-temps, les parties ont résilié l'accord et la Comco a clos l'enquête¹⁷⁷⁴. Elle a cependant requalifié les accords selon les éléments développés par la CoRe : il faut tout de même retenir différents accords qui sont indépendants les uns des autres : un entre les médecins et les assureurs et un entre les cliniques privées et les assureurs (dans la mesure où ils peuvent être dénoncés séparément). Ces accords doivent encore être distingués de celui conclu avec les hôpitaux publics et financés par les pouvoirs publics. On a donc trois accords en matière de concurrence. En revanche, selon la CoRe, il faut examiner ensemble l'admissibilité au regard du droit de la concurrence de l'accord entre les assureurs et les cliniques privées et de celui entre les assureurs et les hôpitaux publics/financés par les pouvoirs publics. Le premier se fonde sur le second et le reprend¹⁷⁷⁵.

b. Les conventions tarifaires à Lucerne

Les conventions tarifaires conclues par les hôpitaux lucernois ont également occupé la Comco qui a, à cette occasion, rendu deux décisions. La première, une décision incidente, concernant l'existence de prescriptions réservées et la seconde présentant l'examen au fond.

La Comco a, dans ce cadre, examiné les « *Tarifverträge II* », à savoir les conventions tarifaires des assurances complémentaires d'hospitalisation conclues dans le canton de Lucerne. Elles prévoient des taxes de base, des

¹⁷⁷² CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 5.

¹⁷⁷³ Application de l'art. 5 al. 3 let. a LCart puis de l'art. 5 al. 1 et 2 LCart.

¹⁷⁷⁴ La Comco a rendu deux décisions et a conclu à la clôture de l'enquête. Cf. Comco, DPC 2004/4, p. 1026, *Tarifvertrag mit Privatkliniken in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton AG* et Comco, DPC 2004/3, p. 1019, *Tarifvertrag mit öffentlichen Spitälern in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton AG*.

¹⁷⁷⁵ Cf. Comco, DPC 2004/4, p. 1026, *Tarifvertrag mit Privatkliniken in der halbprivaten Zusatzversicherung im Kanton AG*, ch. 41 s.

taxes complémentaires pour prestations hospitalières complémentaires et pour prestations du médecin et autres prestations spéciales, qui s'appliquent pour les séjours en division privée ou demi-privée. Formellement, chaque assureur a négocié et conclu avec chaque hôpital sa propre convention tarifaire. Toutefois, des indices selon lesquels le contenu des contrats (y compris la hauteur des tarifs) est identique existent¹⁷⁷⁶. Plusieurs analyses sont possibles du point de vue du droit des cartels. La Comco examine s'il s'agissait d'un accord illicite sur les prix et/ou, au vu de la composition du marché, si les fournisseurs de prestations abusaient d'une position dominante¹⁷⁷⁷. Nous nous concentrons ici sur la possibilité d'appréhender cette situation au regard du 1^{er} pilier du droit de la concurrence.

(i) Un accord en matière de concurrence au niveau des hôpitaux

La Comco a d'abord examiné l'existence d'un accord au niveau des hôpitaux. Dans le cas d'espèce, d'un point de vue personnel, on retient un consortium d'entreprises. Une coordination entre les hôpitaux ne tombe pas dans le champ d'application de la loi sur les cartels et la Comco ne peut rendre de décision¹⁷⁷⁸. En revanche, dans une situation où l'on n'aurait pas retenu de consortium, l'analyse aurait dû avoir lieu. La Comco aurait investigué pour déterminer s'il y a un accord et, dans l'affirmative, aurait apprécié cet accord (art. 5 LCart), comme elle l'a fait pour l'accord entre assureurs.

(ii) Un accord en matière de concurrence au niveau des assureurs

Alors que les hôpitaux présentent des tarifs élevés différents (les taxes journalières des hôpitaux ne sont notamment pas identiques), les conventions tarifaires conclues avec les assureurs sont dans l'ensemble identiques (les taxes sont les mêmes pour les assureurs). Cela peut être dû au fait que les assureurs ont communiqué entre eux ou qu'ils se comportent

¹⁷⁷⁶ Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 31.

¹⁷⁷⁷ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 2.

¹⁷⁷⁸ Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 33 et 34. Pour les détails, cf. Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 75 ss.

ensemble et ont fixé les taxes, ce qui pourrait constituer une fixation illicite de prix selon l'art. 5 al. 3 let. a LCart. En raison de la jurisprudence de la CoRe un tel accord illicite entre les assureurs conduirait à ce que l'ensemble des « *Tarifverträge II* » soit illicite¹⁷⁷⁹.

La Comco examine alors précisément les relations entre tous les acteurs et les conventions tarifaires finalement conclues et qui composent les « *Tarifverträge II* »

(iii) Les Tarifverträge II

Les hôpitaux publics de Lucerne ont conclu des conventions tarifaires avec les différents assureurs (« *Tarifverträge II* »). La majorité de ces contrats sont absolument identiques pour l'année 2006/2007. La Comco a examiné en détail les structures tarifaires et enquêté sur leur établissement. Sans entrer dans les détails techniques, elle a finalement constaté que leur contenu n'est pas toujours le résultat de négociations bilatérales entre chaque assureur et chaque hôpital. Il ressort de l'enquête préalable quatre situations. Dans le premier cas, il y a eu des négociations bilatérales à propos de la hauteur des tarifs entre le GSD et un assureur qui a également inclus dans ses négociations deux autres petits assureurs. Dans d'autres cas, la hauteur des tarifs a été arrêtée de manière bilatérale. Il n'est, en revanche, pas établi de manière claire dans quelle mesure il y a eu des négociations¹⁷⁸⁰. Dans le troisième cas, il n'y a pas eu de négociations concernant la hauteur des tarifs, mais le GSD a fixé les montants de manière unilatérale. Finalement, il a été établi que, concernant les éléments qui ne sont pas en lien avec la hauteur des tarifs, les assureurs ont agi partiellement seuls et partiellement de manière coordonnée pour donner au GSD leur proposition de changement¹⁷⁸¹.

Notre thèse se limite à l'examen du champ d'application. Cela signifie que notre analyse devrait s'arrêter là. L'arrêt de la Comco de 2008 étant, sur le fond, très intéressant et présentant de riches développements, nous le présentons tout de même globalement. Notons toutefois que

¹⁷⁷⁹ Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 33 et 35. Pour des détails, cf. ch. 40 ss (examen quant au fond).

¹⁷⁸⁰ Sur la qualification de l'échange d'informations entre concurrents comme accord en matière de concurrence, GÜBELI, *Wettbewerbsabrede*.

¹⁷⁸¹ Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 49 ss. En doctrine, VLCEK/WEBER, *Entwicklungen* 2008, p. 32 s.

l'appréciation d'un accord ne devrait avoir lieu qu'après avoir vérifié que toutes les conditions de l'art. 2 LCart sont remplies et qu'il n'y a pas de prescription réservée au sens de l'art. 3 LCart.

(iv) Excursus : l'appréciation de l'accord

La Comco procède à un examen de ces quatre situations. Concernant l'existence d'un accord en matière de concurrence, elle relève que la coordination des éléments non tarifaires ne concerne pas des paramètres concurrentiels et n'est donc pas un accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart¹⁷⁸². Il n'y a pas non plus d'accord en cas de fixation unilatérale des tarifs¹⁷⁸³. En revanche, on retient un accord dans le cas de figure où il y a eu une négociation « bilatérale » entre le GSD et un assureur dans le but d'arrêter un tarif pour l'assureur et pour deux autres petits assureurs (première situation identifiée). Les trois assureurs ont négocié ensemble. On retient un accord horizontal entre eux ; celui-ci concerne la fixation du prix. On tombe sous le coup de l'art. 5 al. 3 let. a LCart. En effet, cet article couvre aussi l'accord concernant la fixation directe ou indirecte d'un prix maximal commun à l'achat par une communauté d'achat¹⁷⁸⁴.

L'accord est ainsi présumé illicite (art. 5 al. 3 let. a LCart). La présomption peut être renversée si une concurrence interne (entre parties à l'accord) ou externe (avec d'autres parties) efficace (actuelle et potentielle) subsiste. Pour vérifier l'intensité de la concurrence externe, il faut commencer par délimiter le marché pertinent (marché des produits et marché géographique) puis déterminer dans quelle mesure les entreprises participant à l'accord sont disciplinées dans leur comportement par la concurrence actuelle ou potentielle¹⁷⁸⁵.

¹⁷⁸² Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 64 ss.

¹⁷⁸³ Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 68 s.

¹⁷⁸⁴ Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 70 ss. En doctrine, VLCEK/WEBER, *Entwicklungen* 2008, p. 32 ; ZIMMERLI/TRÜEB, *Wettbewerbsrecht* 2007-2009, p. 708 ; JACOBS, *Gesundheitsrecht*, N 32 s.

¹⁷⁸⁵ Comco, DPC 2008/4, p. 544 ss, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 79 ss. En doctrine, VLCEK/WEBER, *Entwicklungen* 2008, p. 32 s. ; ZIMMERLI/TRÜEB, *Wettbewerbsrecht* 2007-2009, p. 708 s.

Le Comco procède à l'examen du marché des produits et conclut que l'on est en présence de deux marchés distincts. Le premier concerne le marché des prestations de santé en stationnaire dans le domaine demi-privé et le second les prestations de santé en stationnaire dans le domaine privé¹⁷⁸⁶. Le marché géographique, quant à lui, est limité aux cantons de Lucerne et de Nidwald¹⁷⁸⁷. Quant à l'examen de la concurrence actuelle, la majorité des assureurs (demandeurs de prestations) actifs sur le marché pertinent n'ont pas participé aux négociations. La présomption d'illicéité peut être renversée puisqu'une concurrence actuelle suffisante subsiste¹⁷⁸⁸.

La Comco procède ensuite à l'examen de la notabilité de l'accord (art. 5 al. 1 LCart). Selon sa pratique¹⁷⁸⁹, des petits assureurs peuvent mener des négociations de groupes ou un petit assureur peut se joindre à un gros dans la mesure où certaines parts de marché ne sont pas dépassées. Dans le cas de négociations, un seuil de part de marché de 20 à 25% a été jugé licite. Dans le cas d'espèce, ce seuil est dépassé. L'assureur principal a entre 20 et 30% des parts de marché. Les petits assureurs ont en revanche des parts minimales (moins de 3%). L'addition des parts de marché n'augmente que légèrement les parts du premier et ne conduit que très faiblement à un renforcement de son pouvoir de négociation. De plus, la majorité des assureurs, qui ont la majorité des parts de marché, n'ont pas participé ou ne se sont pas laissés représenter. Dans ce contexte, la Comco conclut que l'accord n'est pas notable. L'analyse devrait ainsi s'arrêter¹⁷⁹⁰.

Toutefois, cela laisse une question-clé ouverte, à savoir celle de l'existence d'un motif d'efficacité (économique) lors de négociations de groupe du côté des assureurs ; la Comco a alors décidé de trancher dans quelle mesure des négociations collectives du côté des assureurs, qui

¹⁷⁸⁶ Comco, DPC 2008/4, p. 544 ss, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 81 ss.

¹⁷⁸⁷ Comco, DPC 2008/4, p. 544 ss, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 91 ss.

¹⁷⁸⁸ Comco, DPC 2008/4, p. 544 ss, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 87 et 109 s.

¹⁷⁸⁹ Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 76.

¹⁷⁹⁰ Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 111 ss. En doctrine, VLCEK/WEBER, *Entwicklungen 2008*, p. 33 ; ZIMMERM/TRÜEB, *Wettbewerbsrecht 2007-2009*, p. 708 s.

conduiraient à une atteinte notable de la concurrence, peuvent être justifiées par des motifs d'efficacité économique selon l'art. 5 al. 2 LCart. Selon la let. a, un accord est réputé justifié pour de tels motifs lorsqu'il est nécessaire pour réduire les coûts de production et de distribution. Il faut ainsi vérifier si un contre-pouvoir (*Gegenmacht, countervailing power*) du côté des assureurs – parce qu'ils se regroupent pour négocier – conduit à des tarifs plus bas que lorsqu'ils sont négociés individuellement, car les assureurs disposent ainsi d'une position plus forte¹⁷⁹¹.

Idéalement, il faudrait que les prestataires de services et les assureurs mènent des négociations bilatérales, éventuellement en petits groupes homogènes. Or, les hôpitaux publics sont parfois en position dominante sur le marché lorsque le canton est propriétaire et qu'il négocie les conditions d'assurances complémentaires d'hospitalisation pour ses hôpitaux. En contrepartie, il peut être efficient – et donc autorisé – que les assureurs s'organisent en groupes pour créer un contre-pouvoir lors des négociations des tarifs. Cette situation doit être admise dans la mesure où la concurrence sur le marché des assurances fonctionne. Cela signifie qu'un groupe qui couvre tout le marché ne doit pas être admis. La formation de groupe est permise tant qu'elle conduit à des pouvoirs de négociation semblables. Dans ce cadre, on reconnaît un motif d'efficacité économique¹⁷⁹².

Dans le cas d'espèce, le canton est propriétaire de tous les hôpitaux publics et se trouve dans une position dominante. Ils disposent d'un pouvoir de négociation très fort. Un assureur isolé ne peut quasiment pas exercer de pression sur les prix quand il négocie. Les assureurs doivent pouvoir se regrouper en une communauté de négociation et créer un contre-pouvoir. Deux communautés de négociation de 60 et 40% sont, dans ce cas, justifiées¹⁷⁹³.

¹⁷⁹¹ Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 118 ss. En doctrine, VLCEK/WEBER, *Entwicklungen* 2008, p. 33 ; ZIMMERM/TRÜEB, *Wettbewerbsrecht* 2007-2009, p. 708 s. ; JACOBS, *Entwicklungen*, p. 217 ; JACOBS, *Gesundheitsrecht*, N 33 s.

¹⁷⁹² Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 121 ss. Cf. aussi Comco, DPC 2009/1, p. 16, *Rapport annuel* 2008, p. 18.

¹⁷⁹³ Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 128 ss, spécialement 144. Cf. Comco, DPC 2009/1, p. 16, *Rapport annuel* 2008, p. 18.

En conclusion, l'accord horizontal entre les trois assureurs n'est, en l'espèce, pas illicite. Tout d'abord, il ne peut être considéré comme affectant de manière notable la concurrence. Si tel avait été le cas, il aurait de toute façon été justifié par un motif d'efficacité économique, à savoir la création d'un contre-pouvoir du côté des assureurs pour contrebalancer le pouvoir du canton, propriétaire d'hôpitaux, lors de la négociation de conventions tarifaires et de l'arrêt de tarifs dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire.

III. LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL

Les effets des accords ou d'une position dominante dans le domaine de l'assurance complémentaire conclue avec un hôpital suisse se déploient en Suisse (art. 2 al. 1 LCart). Ce point n'est même pas abordé dans les différentes décisions présentées ; celui-ci apparaît suffisamment évident.

IV. L'ÉTUDE DES PRESCRIPTIONS RÉSERVÉES

Dans la mesure où les conditions d'application de la LCart sont remplies, il faut encore examiner s'il existe des prescriptions réservées qui concernent spécifiquement les établissements hospitaliers et leur activité liée à l'assurance-maladie complémentaire¹⁷⁹⁴.

Les décisions rendues dans les affaires liées aux conventions tarifaires dans les cantons d'Argovie et de Lucerne sont, ici aussi, intéressantes. Une caisse-maladie (Helsana) demande une décision incidente séparément attaquant pour déterminer l'existence d'une prescription réservée dans le domaine des conventions tarifaires de l'assurance-maladie complémentaire. La Comco se déclare compétente¹⁷⁹⁵. Nous avons examiné cette décision dans le chapitre général, car certains points développés ne concernent pas seulement le secteur hospitalier¹⁷⁹⁶. Cette affaire avait toutefois pour objet des conventions tarifaires pour le remboursement de séjour en division privée et demi-privée d'hôpitaux. Ces éléments seront

¹⁷⁹⁴ Puisque la Comco a examiné la conformité à la LCart des *Tarifverträge II*, nous avons déjà sous-entendu qu'il n'y a pas de prescription réservée. En réalité, l'appréciation de l'accord doit avoir lieu après s'être assuré que l'on est pas dans une situation couverte par l'art. 3 LCart.

¹⁷⁹⁵ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 3 ss et 10 ss.

¹⁷⁹⁶ Cf. Troisième Partie, Chap. 2.IV.

présentés plus en détail. Les questions liées aux conventions tarifaires privées en général sont résumées au maximum et nous renvoyons à ce propos au chapitre général.

A. Au niveau fédéral

Concernant les tarifs et les conventions tarifaires, nous avons relevé qu'il n'existe pas de prescription réservée dans le droit fédéral. La LAMal n'est pas applicable et on ne peut déduire qu'elle a un effet « réflexe » sur l'assurance complémentaire, malgré l'interdépendance des deux domaines. La LCA ne concerne pas les tarifs établis unilatéralement – aucune assurance n'étant impliquée – et ne comprend pas de limite pour l'assurance-malade complémentaire quant à la conclusion des tarifs, à la fixation des prix ou à la possibilité de faire des conventions tarifaires collectives. La LSA prévoit un contrôle des tarifs des assurances, mais elle ne supprime pas la concurrence sur le marché. En conclusion, aucune prescription réservée au sens de l'art. 3 LCart n'existe dans le droit fédéral¹⁷⁹⁷.

B. Au niveau cantonal

Une prescription réservée peut relever du droit cantonal, à la condition toutefois que le canton soit compétent pour adopter une telle norme et que celle-ci soit valable¹⁷⁹⁸. Il faut le vérifier.

Comme établi dans le chapitre général, la Confédération est compétente en matière d'assurance de base et d'assurance privée. Elle a usé de sa compétence de manière exhaustive. En outre, le droit fédéral adopté ne transfère pas de compétence en la matière aux cantons. Le canton ne peut

¹⁷⁹⁷ Cf. Troisième Partie, Chap. 2.IV.A. et les références, not. Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 22 ss ; CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 4.3. En doctrine, ZIMMERLI/TRÜEB, Wettbewerbsrecht 2007-2009, p. 707 s. ; JACOBS, *Entwicklungen*, p. 217.

¹⁷⁹⁸ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 30. Cf. aussi CoRe, DPC 2003/4, p. 847, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 3.3.4. Cf. Troisième Partie, Chap. 2.IV.B.

se fonder sur la LAMal, sur la LCA ou sur la LSA pour adopter une norme tarifaire¹⁷⁹⁹.

En revanche, les cantons sont compétents en matière d'approvisionnement en soins de santé (art. 3 et 43 Cst.). Dans ce contexte, ils exploitent des hôpitaux ou les subventionnent, organisent les hôpitaux, procèdent à la planification hospitalière. Il se pose la question de savoir si les cantons, en raison de cette compétence en matière de planification et d'organisation des hôpitaux, peuvent fixer des tarifs dans le domaine de l'assurance complémentaire qui vaudraient comme prescriptions réservées selon l'art. 3 al. 1 LCart¹⁸⁰⁰.

La première composante est celle de la planification hospitalière qui relève de la LAMal. Les cantons sont compétents pour procéder à une planification et établir une liste d'hôpitaux (art. 39 al. 1 let. d et e LAMal). Si un établissement figure sur la liste, il peut prester à charge de l'AOS. Les établissements privés doivent être pris en considération. Le but de cette règle est de limiter le nombre de lits où des patients pris en charge par l'AOS peuvent séjourner et donc de diminuer les surcapacités¹⁸⁰¹.

A ce propos, le Tribunal fédéral a établi que le domaine de l'assurance complémentaire n'appartient pas à l'assurance-maladie sociale et n'est pas soumis à planification, mais au droit privé et à la liberté économique. Cependant, les assurés, lors d'un traitement à l'hôpital, ont une prétention à un montant de base payé par l'assurance-maladie. Cela signifie que l'assurance-maladie sociale doit payer le montant qu'elle aurait dû payer s'il était soigné en division commune¹⁸⁰². Pour cette raison, la planification hospitalière doit aussi couvrir les hôpitaux et les lits dans lesquels des personnes au bénéfice d'assurance complémentaire seront installées : sinon, des patients disposant d'une couverture complémentaire seraient pris en charge, sans être limités par la planification hospitalière, et l'assurance de base devrait ensuite payer le montant de base. Dans ce cas,

¹⁷⁹⁹ Cf. Troisième Partie, Chap. 2.IV.B.et réf., not. Cf. art. 3 et 42 al. 1 Cst. Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 30 ss, spécialement ch. 47. En doctrine, JACOBS, *Gesundheitsrecht*, p. 7.

¹⁸⁰⁰ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 49 s.

¹⁸⁰¹ Pour des précisions et nuances concernant la planification hospitalière cf. Deuxième Partie, Chap. 2.II.C.c..

¹⁸⁰² ATF 123 V c. 6b/dd.

le but de la planification, à savoir l'endiguement des coûts par la limitation de l'offre, ne pourrait pas se réaliser¹⁸⁰³. Les développements du TF sont clairs ; le canton peut également intervenir, avec la planification hospitalière, dans le domaine de l'assurance complémentaire. Toutefois, cette compétence de planification ne concerne pas, matériellement, le domaine des tarifs. De plus, la compétence de planification ne comprend pas une habilitation à intervenir dans la fixation des tarifs dans le domaine de l'assurance complémentaire¹⁸⁰⁴. Aucune prescription réservée ne peut être retenue de ce point de vue.

La seconde composante concerne l'organisation hospitalière. Les hôpitaux qui obtiennent des moyens des cantons doivent remplir un mandat (qui peut comprendre une obligation de prendre en charge des patients, une obligation d'exploitation d'un service d'urgence, etc.). Outre ses compétences en matière de mandats de prestations, le canton décide s'il exploite lui-même les hôpitaux, s'il transfère la compétence à une commune, quel hôpital il subventionne, etc. La compétence d'organiser l'hôpital ne concerne cependant pas le secteur des tarifs dans le domaine de l'assurance complémentaire. Le canton ne peut pas, à ce titre, édicter de normes générales qui prévoient une fixation de tarif cantonal dans le domaine de l'assurance complémentaire ou qui autorisent des négociations collectives. De telles normes seraient contraires au droit fédéral¹⁸⁰⁵.

En conclusion, les prescriptions cantonales qui fixent des prix et tarifs dans le domaine de l'assurance complémentaire, qui prévoient la possibilité de conventions collectives ou qui limitent de toute autre manière la libre formation des tarifs dans le domaine n'ont pas de fondement dans les lois fédérales et contredisent le droit fédéral. L'assurance complémentaire est fondée sur la libre concurrence et la liberté contractuelle. De telles prescriptions seraient nulles en raison de la force dérogatoire du droit fédéral et ne peuvent pas être considérées comme des prescriptions réservées au sens de l'art. 3 al. 1 LCart. Pour la formation de tarifs entre

¹⁸⁰³ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 51.

¹⁸⁰⁴ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 52.

¹⁸⁰⁵ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 54 ss.

assureurs en fournisseurs de prestations dans l'assurance complémentaire, c'est le droit privé qui trouve application¹⁸⁰⁶.

C. Le canton comme détenteur d'hôpitaux

La dernière question concerne la situation où le canton détient l'hôpital. Il faut se demander la signification d'éventuelles dispositions que le canton adopte en cette qualité. Peut-il influencer la fixation des tarifs de son propre hôpital ?

a. Les limites imposées par le principe de la liberté économique

Un canton peut détenir et exploiter des hôpitaux. Dans ce cadre, il adopte parfois des dispositions. Il sera alors limité par le principe de la liberté économique et le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence, puisqu'il agit comme un acteur privé. Cet élément a été évoqué dans le précédent chapitre de la présente partie¹⁸⁰⁷. Nous rappelons toutefois les conséquences de ce constat. Le canton doit se comporter de manière conforme à la législation sur les cartels. Il ne peut éluder ce contrôle grâce à l'élaboration de normes. Cela constituerait un avantage non justifié à l'encontre de ses concurrents et violerait la neutralité économique¹⁸⁰⁸.

Cela signifie que les prescriptions cantonales, adoptées par un canton qui détient un hôpital, qui influencent la libre fixation des prix entre les fournisseurs de prestations et les assureurs dans le domaine de l'assurance complémentaire, à savoir qui permettent des tarifs cantonaux ou des conventions collectives, sont d'une part contraires à la règle générale de la force dérogatoire du droit fédéral. Nous l'avons démontré. Elles constituent, d'autre part, des atteintes à la liberté économique. Elles ne valent

¹⁸⁰⁶ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 58, pour des exemples cf. ch. 87 ss (négociations collectives), ch. 95 (approbation des tarifs), ch. 96 ss (ordonnance tarifaire) ; Comco, USB/KSBL, ch. 41. En doctrine, ZIMMERLI/TRÜEB, *Wettbewerbsrecht 2007-2009*, p. 708 ; JACOBS, *Gesundheitsrecht*, p. 7 ; JACOBS, *Entwicklungen*, p. 217 ; GOBAT, *Fusions*, p. 346.

¹⁸⁰⁷ Cf. Chap. 3.II.A.a. de la présente Partie.

¹⁸⁰⁸ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 66.

dès lors pas comme prescriptions réservées au sens de l'art. 3 al. 1 LCart¹⁸⁰⁹.

b. Les dispositions que le canton adopte comme détenteur d'hôpitaux

Les hôpitaux publics disposent d'une division commune, mais aussi de divisions demi-privée et privée. Ils offrent des prestations supplémentaires par rapport à l'assurance de base¹⁸¹⁰. Il faut, dans ce cadre, déterminer dans quelle mesure le canton, en sa qualité de détenteur d'un hôpital, peut influencer la fixation de tarifs de son propre hôpital dans le domaine de l'assurance complémentaire. Du point de vue du droit des cartels, ce n'est plus la question de savoir s'il y a un régime de marché ou prix de caractère étatique, mais cela relève de l'examen du comportement d'un offreur étatique sur le marché privé¹⁸¹¹. Nous relèverons tout de même plusieurs éléments.

Comme exploitant d'un hôpital, le canton n'a pas seulement la compétence de fixer son organisation médicale et fonctionnelle, mais il peut aussi régler ses affaires financières¹⁸¹². Il n'agit pas en vertu de sa puissance publique et les dispositions tarifaires adoptées dans ce domaine ne sont pas des prescriptions réservées. De plus, le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence s'applique. La relation avec les assureurs doit ainsi être réglée au moyen de contrats privés¹⁸¹³.

Si le droit cantonal prévoit une approbation des conventions tarifaires de l'assurance complémentaire par le gouvernement du canton, il ne s'agit pas pour autant d'une prescription réservée. En tant que détenteur d'un hôpital, le canton peut – comme une entreprise privée – décider qui peut

¹⁸⁰⁹ Cf. partie générale sur les tarifs et les assurances complémentaires.

¹⁸¹⁰ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 69. En doctrine, EUGSTER, *Unterscheidung*, N 2 ss.

¹⁸¹¹ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 70 et 57.

¹⁸¹² Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 71.

¹⁸¹³ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 72 s., pour un exemple cf. ch. 95.

garantir ses intérêts lors des négociations et peut prévoir que les conventions doivent être validées¹⁸¹⁴.

Finalement, rappelons que le canton peut décider combien d'hôpitaux il exploite et quelle autonomie il leur garantit. Il se peut donc qu'un canton détienne et exploite plusieurs hôpitaux. Si ces derniers ne disposent pas de l'indépendance économique nécessaire, on retient un consortium¹⁸¹⁵. Comme pour un *Konzern* privé, la LCart ne s'applique pas dans les relations internes. Le canton a la possibilité de limiter ou supprimer la concurrence entre les hôpitaux qu'il exploite par des dispositions cantonales, comme pour le cas d'un groupement d'entreprises privées qui limite ou supprime la concurrence à l'interne. Dans ce cas, la question d'une prescription réservée ne se pose plus. Nous ne nous trouvons pas dans le champ d'application de la LCart lorsque l'on examine les relations internes. En revanche, la LCart s'applique pour les relations externes : l'entreprise est le canton et il n'existe pas de prescription réservée¹⁸¹⁶.

V. SYNTHÈSE

Dans le domaine des tarifs arrêtés et des conventions tarifaires conclues pour fixer les tarifs valables pour les prestations relevant de l'assurance-maladie complémentaire hospitalière, les conditions d'application de la LCart sont remplies. Les assureurs et les établissements hospitaliers sont des entreprises. Selon l'entité économiquement indépendante au sens de l'art. 2 LCart, les établissements hospitaliers sont soumis, individuellement ou sous l'égide du canton, à la loi sur les cartels¹⁸¹⁷. Les conventions tarifaires peuvent être des accords en matière de concurrence ou issues du comportement d'une entreprise puissante sur le marché. Les effets de telles conventions se font ressentir en Suisse.

De plus, il n'existe pas de prescription réservée dans la législation fédérale. Le législateur fédéral n'a pas réglé les relations entre l'assureur et le

¹⁸¹⁴ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 72 s., pour un exemple cf. ch. 94 s.

¹⁸¹⁵ Cf. ci-dessus, examen du champ d'application personnel, Section. I.C. du présent chapitre.

¹⁸¹⁶ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 77.

¹⁸¹⁷ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 79 s.

fournisseur de prestations et elles sont dès lors soumises à la concurrence. Si des normes cantonales vont à l'encontre de cela, elles sont contraires au droit fédéral. Ainsi, elles ne peuvent pas entrer en ligne de compte comme prescriptions réservées au sens de l'art. 3 LCart. Des normes cantonales divergentes constituent, en outre, des atteintes illicites à la liberté économique et violent le principe de la neutralité économique des mesures étatiques.

En conclusion, les relations entre les assureurs et les établissements hospitaliers sont soumises à la loi sur les cartels ; la Comco peut rendre une décision.

Chapitre 5 : L'APPLICATION DE LA LCART AUX ÉTABLISSEMENTS HOSPITALIERS

Dans la présente section, nous examinons dans quelle mesure la LCart peut s'appliquer à un établissement hospitalier ou dans les relations entre eux. Nous serons brève, car la plupart des éléments déterminants ont déjà été développés. Nous avons traité des relations entre hôpitaux dans le cadre de la fixation de tarifs. Le prix n'est toutefois pas le seul paramètre qui peut intéresser le droit de la concurrence. D'autres situations impliquant des établissements hospitaliers peuvent être pertinentes au regard du droit des cartels, raison pour laquelle cette section est nécessaire. On peut penser à des restrictions des quantités de services fournis, ou une répartition géographique des marchés.

I. LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL

La qualification des établissements hospitaliers comme entreprises a été à maintes reprises examinée. En résumé, les établissements hospitaliers publics ou privés, qu'ils offrent ou non des prestations prises en charge par l'AOS, peuvent être considérés comme des entreprises¹⁸¹⁸. Il faut réserver le cas où le canton – et non les établissements hospitaliers – dispose de l'indépendance économique suffisante. Dans ce cas, il faut retenir un consortium qui est soumis en bloc à la LCart¹⁸¹⁹.

II. LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

A. Un accord

Outre la fixation des prix des prestations prises en charge par l'assurance-maladie ou par l'assurance-maladie complémentaire, on peut imaginer plusieurs hypothèses où un établissement hospitalier conclut un accord qui vise ou entraîne une restriction de la concurrence.

¹⁸¹⁸ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.I.A et Chapitre 2.I.A ; Chap. 3.II.A.a et c. ainsi que Chap. 4.I.B et C de la présente partie Cf. sur les hôpitaux publics spécialement, Comco, USB/KSBL, ch. 31. En doctrine, GOBAT, Fusions, p. 345 ss.

¹⁸¹⁹ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.I.A et C ; Troisième Partie, chap. 2.I.A ; Chapi 3.II.A.a et c. ainsi que Chap. 4.I.B et C. de la présente partie. Cf. aussi Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung* ; Comco, USB/KSBL, ch. 9 ss. En doctrine, GOBAT, Fusions, p. 345 ss.

La LCart vise tout accord qui porte atteinte au libre jeu de l'offre et de la demande et affecte un paramètre de la concurrence. Le prix est visé, mais aussi les quantités, la qualité, le service clients, ou les conditions commerciales¹⁸²⁰. La restriction peut concerner la concurrence interne (entre participants à l'accord) ou externe (entreprise non partie à l'accord)¹⁸²¹.

De tels accords restrictifs peuvent être conclus avec d'autres entités que des établissements hospitaliers, comme des fournisseurs de matériel, des entreprises informatiques, etc. Ce sont alors des accords verticaux. Ils peuvent aussi lier plusieurs établissements hospitaliers entre eux. Ce sont alors des accords horizontaux. Par exemple, des hôpitaux peuvent se mettre d'accord pour se répartir des patients par zone géographique ou s'engager à ne recevoir qu'un certain nombre de patients et à transférer les autres vers un établissement tiers.

B. Une puissance sur le marché

On peut ensuite imaginer une puissance sur le marché – voire une position dominante – d'un grand hôpital, spécialement si le canton est considéré comme l'entreprise.

Dans la décision concernant les conventions tarifaires dans le canton de Lucerne, une prise de position remettait en doute le fait que la LCart s'applique, car aucune prescription réservée ne peut exister dans le droit cantonal. L'argument mis en avant est que certains comportements usuels d'hôpitaux, comme les ventes liées ou le fait d'imposer des prix ou autres conditions commerciales inéquitables, pourraient donc être contraires à l'art. 7 LCart. En effet, des hôpitaux peuvent par exemple monter les prix de certaines prestations (de manière inéquitable) pour en financer d'autres, moins rentables. Pourtant, ces procédés doivent être soumis à un examen au regard du droit des cartels¹⁸²².

C. Une concentration d'entreprises

Finalement, une opération de concentration d'établissements hospitaliers peut être envisagée. La Comco a examiné et approuvé la fusion de

¹⁸²⁰ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 4 I LCart, N 72 s.

¹⁸²¹ CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 4 I LCart, N 74.

¹⁸²² Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 68. Cf. aussi JACOBS, *Gesundheitsrecht*, N 28.

l'Hôpital universitaire de Bâle et de l'Hôpital cantonal de Bâle-Campagne en septembre 2017. Il s'agit de la première fusion d'hôpitaux soumise à l'obligation de notifier (art. 9 LCart)¹⁸²³. La Comco a jugé que cette opération n'entraînait pas la possibilité de supprimer la concurrence efficace, malgré la position forte de la nouvelle entité¹⁸²⁴.

III. LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL

Les effets de ces comportements se produisent en Suisse, plus particulièrement à un niveau cantonal, voire régional.

IV. L'ÉTUDE DES PRESCRIPTIONS RÉSERVÉES

A. Au niveau fédéral

Concernant l'activité prise en charge par l'assurance de base, nous avons relevé l'existence de prescriptions réservées dans la LAMal. Il s'agit principalement des art. 46 et 49 LAMal. Ces dispositions concernent la fixation des tarifs. Il faut encore se demander s'il existe des prescriptions qui empêchent l'application de la LCart en lien avec d'autres paramètres.

Le canton procède à la planification hospitalière cantonale et octroie des mandats de prestations aux hôpitaux qu'il inscrit sur la liste. Dans ce cadre, il peut limiter, pour certains établissements, le champ de l'activité qui sera remboursée. Les établissements listés sont liés¹⁸²⁵.

En revanche, cela n'autorise, par exemple, pas les établissements listés à passer des accords pour se répartir des zones géographiques. Un tel accord contredit la LAMal qui prévoit le libre choix entre les hôpitaux listés et l'obligation d'admission. Les hôpitaux sont tenus de garantir la prise en charge de tout assuré qui réside dans le canton où se situe l'hôpital (art. 41 et 41a LAMal)¹⁸²⁶.

Excepté la fixation des prix et les exigences qu'un canton peut imposer aux établissements qui figurent sur sa liste, la LAMal n'exclut pas la concurrence entre hôpitaux. On rappelle en effet qu'un des buts de la révision

¹⁸²³ Comco, USB/KSBL, ch. 67 ss. En doctrine, GOBAT, Fusions, p. 344.

¹⁸²⁴ Comco, USB/KSBL, ch. 171 s. En doctrine, GOBAT, Fusions, p. 344 ss.

¹⁸²⁵ Art. 39 al. 1 let. d et e LAMal, 58a ss, spécialement 58e OAMal. Le système de la planification hospitalière est présenté en détail dans la Partie II, chapitre 9, section III.

¹⁸²⁶ Cf. Partie II, chapitre 9, section V.

de la loi est de renforcer la concurrence entre les hôpitaux pour qu'ils fournissent des soins rapides, de qualité et économiques. L'idée est également d'assurer une égalité de traitement entre hôpitaux¹⁸²⁷. Aucune autre disposition ne limite la concurrence entre établissements hospitaliers listés¹⁸²⁸. La Comco a récemment souligné que le système tarifaire Swiss-DRG exclut certes la concurrence sur les prix, mais jusqu'à un certain degré seulement. Elle n'empêche pas que la concurrence entre établissements hospitaliers subsiste en matière de coûts et de qualité. Le système de tarification ne conduit pas à des prix identiques et les hôpitaux sont incités à optimiser leurs dépenses afin d'augmenter leur marge. Même lorsque le traitement est facturé selon Tarmed, cela n'empêche pas la concurrence sur la qualité et les coûts. La LCart doit s'appliquer pour le surplus¹⁸²⁹.

En outre, la LAMal n'exclut pas la concurrence quand un établissement hospitalier entre en relation commerciale avec une entreprise tierce (un fournisseur par exemple). Les établissements hospitaliers, qu'ils relèvent du droit public ou du droit privé, sont soumis à la concurrence concernant ce point.

Dans le domaine relevant de l'assurance-maladie complémentaire, aucune loi fédérale ne limite la concurrence. On l'a dit en lien avec les accords sur les tarifs¹⁸³⁰, cela vaut pour toutes les autres activités.

B. Au niveau cantonal

La LAMal ne délègue pas de compétence aux cantons qui leur permettraient de supprimer la concurrence. Dans l'assurance complémentaire, nous avons vu que cela n'est pas non plus possible. Le canton ne peut pas prévoir de règle qui va à l'encontre de cette libre concurrence. Les éléments développés dans la section IV du précédent chapitre s'appliquent.

¹⁸²⁷ En ce sens, Comco, USB/KSBL, ch. 56. Pour une analyse de la perception de concurrence entre hôpitaux français, MOIDSON/TONNEAU, *Hôpital*, p. 22.

¹⁸²⁸ Dans le cas de l'examen de la fusion d'hôpitaux, la Comco ne retient pas de prescription réservée. Comco, USB/KSBL, ch. 56 ss. En doctrine, GOBAT, *Fusions*, p. 347.

¹⁸²⁹ Comco, USB/KSBL, ch. 57 ss. En doctrine, GOBAT, *Fusions*, p. 349 s.

¹⁸³⁰ Cf. Chapitre 2 et Chapitre X de la présente partie.

V. SYNTHÈSE

Les établissements hospitaliers, outre la question de la fixation des tarifs dans l'assurance-maladie obligatoire, sont soumis à la LCart. Les pratiques des hôpitaux peuvent être contrôlées par les autorités de la concurrence, et ce indépendamment de savoir si l'on est en présence d'une entreprise privée ou d'une entreprise publique qui agit comme un privé. Cela vaut pour les relations qu'ils nouent avec d'autres établissements hospitaliers ou avec des entreprises tierces. La Comco est également compétente pour apprécier les opérations de concentration entre établissements hospitaliers, pour autant que ce soit eux qui soient désignés comme les entreprises au sens de l'art. 2 et 4 LCart. En effet, en cas de consortium, le canton est l'entreprise et les groupements internes ne peuvent être appréciés par la Comco.

Chapitre 6 : L'APPLICATION DE LA LSPR AUX TARIFS DES PRESTATIONS HOSPITALIÈRES

I. LA LSPR ET SWISSDRG

L'art. 14 LSPr prévoit notamment l'intervention du Surveillant des prix dans les cas où une « augmentation » de prix est fixée ou approuvée par une autorité exécutive de la fédération ou d'un canton. Concernant la structure tarifaire, elle n'est pas un prix, mais une composante du prix. Elle est approuvée par le Conseil fédéral et doit donc être soumise au Surveillant des prix. Quant au prix de base, il est fixé par conventions approuvées par le gouvernement cantonal ou, faute d'accord, fixé directement par lui. Le Surveillant doit également être avisé¹⁸³¹. L'art. 14 LSPr s'applique dans ces situations ; nous pouvons sur ce point renvoyer entièrement aux propos tenus concernant l'application de la LSPr et la fixation des tarifs¹⁸³².

Selon l'art. 14 al. 3 LSPr, la Surveillance des prix tient compte des dispositions des lois spéciales applicables. En ce qui concerne les tarifs hospitaliers des soins aigus stationnaires, il s'agit des art. 43, 49 et 49a LAMal, de l'OCP ainsi que de la jurisprudence y relative. Les art. 32 al. 1, 43 al. 6, 46 al. 4 et 49 al. 1, 5^{ème} phrase LAMal forment les bases légales de l'examen de l'économicité des forfaits hospitaliers calculés selon les principes de la gestion d'entreprise¹⁸³³.

Dans les faits, le Surveillant s'est penché sur les tarifs hospitaliers, plus précisément sur la structure tarifaire SwissDRG. Il avait fait des recommandations au Conseil fédéral concernant les premiers « projets » soumis par SwissDRG SA. Le Conseil fédéral les a largement prises en compte¹⁸³⁴. Le Surveillant avait alors considéré que la structure SwissDRG 1.0 pouvait être approuvée, mais précisait cependant quelques exigences (concernant, par exemple, la qualité des données fournies par les

¹⁸³¹ Pour un examen des tarifs hospitaliers en particulier, SURVEILLANCE DES PRIX, Tarifs, p. 6.

¹⁸³² Cf. Troisième Partie, Chap. 3.

¹⁸³³ SURVEILLANCE DES PRIX, Tarifs, p. 8.

¹⁸³⁴ Surveillant des prix, DPC 2010/5, p. 849, *Rapport annuel*, p. 589.

hôpitaux)¹⁸³⁵. Chaque version révisée de la structure tarifaire est également soumise à la Surveillance¹⁸³⁶.

Concernant les *baserates*, le Surveillant des prix a formulé des attentes en espérant influencer les négociations tarifaires cantonales qui avaient débuté en 2011¹⁸³⁷. En pratique toutefois la nouvelle structure tarifaire est entrée en vigueur en 2012 et dans bien des cas, les négociations entre partenaires tarifaires ont échoué ou donné lieu à des tarifs que le Surveillant juge « étonnamment élevés »¹⁸³⁸. Il a alors usé de son droit de recommandations à l'égard des cantons qui doivent approuver les conventions¹⁸³⁹. Le Surveillant a rendu des recommandations pour les tarifs d'environ 60 hôpitaux¹⁸⁴⁰. Son but est que, si possible, le nouveau système n'engendre pas de coûts supplémentaires pour l'assurance-maladie sociale¹⁸⁴¹.

Les gouvernements cantonaux n'ont que partiellement suivi les recommandations du Surveillant¹⁸⁴². Les points de désaccord portent directement sur le montant des tarifs, mais aussi sur une interprétation différente des nouvelles règles de la LAMal. La discorde concerne notamment le mode de calcul exact des *baserates*, la manière précise de comparer les hôpitaux et de procéder au *benchmarking*, ou la transmission par les hôpitaux, de leurs données relative à leurs coûts¹⁸⁴³. C'est le Tribunal administratif fédéral qui est amené à préciser ces points et à trancher les conflits d'approche¹⁸⁴⁴.

¹⁸³⁵ Surveillant des prix, DPC 2011/5, p. 727, *Rapport annuel*, p. 731.

¹⁸³⁶ Surveillant des prix, DPC 2010/5, p. 849, *Rapport annuel*, p. 859.

¹⁸³⁷ Surveillant des prix, DPC 2010/5, p. 849, *Rapport annuel*, p. 859 et 861 s.

¹⁸³⁸ Surveillant des prix, DPC 2012/5, p. 930, *Rapport annuel*, p. 935.

¹⁸³⁹ Surveillant des prix, DPC 2010/5, p. 849, *Rapport annuel*, p. 859 ; Surveillant des prix, DPC 2011/5, p. 727, *Rapport annuel*, p. 732 s. ; Surveillant des prix, DPC 2012/5, p. 930, *Rapport annuel*, p. 935.

¹⁸⁴⁰ Surveillant des prix, DPC 2012/5, p. 930, *Rapport annuel*, p. 935 ; Surveillant des prix, DPC 2013/5, p. 917, *Rapport annuel*, p. 917.

¹⁸⁴¹ Surveillant des prix, DPC 2011/5, p. 727, *Rapport annuel*, p. 731 s. ; Surveillant des prix, DPC 2012/5, p. 930, *Rapport annuel*, p. 935.

¹⁸⁴² Surveillant des prix, DPC 2013/5, p. 915, *Rapport annuel*, p. 917.

¹⁸⁴³ Surveillant des prix, DPC 2013/5, p. 915, *Rapport annuel*, p. 917 s.

¹⁸⁴⁴ SURVEILLANCE DES PRIX, Tarifs, p. 27. Le TAF a notamment arrêté que le tarif n'a pas à correspondre aux coûts effectifs ; le principe de la rémunération des coûts n'est donc légalement plus applicable (ATAF 2014/3, c. 2.8.5 ; TAF, arrêt C-108/2015 du 2

La Surveillance des prix a publié, en 2016, une présentation de sa pratique où ses méthodes d'examens et les résultats sont détaillés¹⁸⁴⁵. Il a également publié un rapport dans lequel il examine la qualité des soins et le niveau des coûts hospitaliers suisse en comparaison internationale¹⁸⁴⁶.

II. LA LSPR ET LES TARIFS DES PRESTATIONS PRISES EN CHARGE PAR L'ASSURANCE-MALADIE COMPLÉMENTAIRE HOSPITALIÈRE

Les éléments développés dans la troisième partie, dédiés à l'application de la LSPR aux tarifs des prestations prises en charge par l'assurance-maladie complémentaire s'appliquent ici¹⁸⁴⁷. Il n'y a pas de spécificité liée au fait que l'assurance-maladie complémentaire concerne le secteur hospitalier.

novembre 2017, c. 8.1). Le TAF a, en outre, établi que les gains d'efficience des hôpitaux (ayant une valeur de base inférieure au benchmark déterminé selon la LAMal) ne sont pas contraires à la loi (ATAF 2014/3, c. 2.9.4.4 et 2.9.5 ; TAF, arrêt C-108/2015 du 2 novembre 2017, c. 8.1). Selon l'art. 49 al. 1, 5^{ème} phrase LAMal, les tarifs hospitaliers sont déterminés en fonction de la rémunération des hôpitaux qui fournissent la prestation tarifée obligatoirement assurée, dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse. Un tel tarif doit être déterminé sur la base d'une comparaison avec d'autres hôpitaux qui fournissent la prestation tarifée obligatoirement assurée dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse. Pour la détermination et le choix des hôpitaux, une comparaison de coûts par cas entre hôpitaux est nécessaire (ATAF 2014/36, c. 3.6 et 3.7). La comparaison peut avoir lieu entre hôpitaux, indépendamment de leurs types et catégorie (ATAF 2014/36, c. 3.8 ; TAF, arrêt C-108/2015 du 2 novembre 2017, c. 8.3). Les conditions idéales d'une comparabilité des coûts ont été précisées (ATAF 2014/36, c. 4 et 5). Le CF est invité à faire procéder au benchmark, à publier les résultats et à édicter des précisions sur la méthode de benchmark (ATAF 2015/8, c. 4.4.6) En outre, si le TAF se prononce sur une non-approbation d'une convention tarifaire, il doit vérifier si l'autorité d'approbation a respecté la marge d'appréciation des partenaires tarifaires (ATAF 2015/37, c. 3.1).

¹⁸⁴⁵ SURVEILLANCE DES PRIX, Tarifs, p. 6 ss, spécialement 10 ss.

¹⁸⁴⁶ SURVEILLANCE DES PRIX, Ländervergleich. Il y est conclu qu'il est nécessaire d'améliorer le rapport prix-prestation.

¹⁸⁴⁷ Cf. Troisième Partie, Chap. 4.

Chapitre 7 : L'APPLICATION DE LA LCD ET LES ÉTABLISSEMENTS HOSPITALIERS

Nous examinons dans le présent chapitre l'application de la LCD en lien avec l'activité des établissements hospitaliers. Nous commençons par analyser les conditions d'application telles que nous les avons identifiées dans la partie générale (I-III). Qui peut être, dans ce contexte, l'auteur d'un comportement déloyal ? Quels comportements sont spécialement visés ? Nous déterminons, dans un deuxième temps, qui a la possibilité d'ouvrir une action s'il est atteint ou potentiellement atteint par un acte de concurrence déloyale (IV).

I. LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL

A. La problématique

La question de l'application de la LCD aux hôpitaux et aux cliniques n'est pas aisément résolue. Il faut déterminer si l'entité participe au marché et si son comportement a, ou peut avoir, des répercussions sur la concurrence¹⁸⁴⁸. La LCD concerne un large cercle : les concurrents sont visés, mais l'Etat peut aussi, dans certains cas, être l'auteur d'un comportement déloyal. En l'espèce, quelles sont les entités potentiellement en cause ? Comment les appréhender au regard de cette loi ?

On peut distinguer deux types d'acteurs : les établissements sanitaires publics et privés. Or l'application de la LCD ne devrait pas dépendre de la forme juridique ou organisationnelle d'une entité, d'autant que cette distinction n'est de loin pas toujours évidente¹⁸⁴⁹.

Dans le système institutionnel de santé, un autre critère de distinction est également important, celui du « type » d'activité. Est-ce que les soins fournis sont pris en charge selon la LAMal ou relèvent-ils de l'assurance complémentaire ? Le premier cas concerne, d'une part, les soins stationnaires fournis dans le cadre de la planification hospitalière cantonale éta-

¹⁸⁴⁸ Cf. Première partie, Chap. 6.I.B., spécialement a. et c. et référence not. à CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 120 et Art. 1 N 30 ss. Voir aussi SCHOTT, Wettbewerb, N 848 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.62 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 29.

¹⁸⁴⁹ Cf. sur les critères de distinction, VAN GESSEL/GUILLOD, Responsabilité, p. 422 ss.

blie en vue de couvrir les besoins en soins hospitaliers des habitants des cantons qui l'établissent (art. 39 al. 1 let. d LAMal et 58a al. 1 OAMal). Le système de planification hospitalière a pour objectif une meilleure coordination des fournisseurs de prestations, une utilisation optimale des ressources et une maîtrise des coûts¹⁸⁵⁰. Les dispositions de la LAMal doivent aujourd'hui « favoriser l'économicité de la fourniture des prestations ainsi que la concurrence en matière de qualité »¹⁸⁵¹. Sont visés, d'autre part, les soins fournis en ambulatoire dans le cadre de la LAMal, par un hôpital listé ou non listé, puisque les soins ambulatoires ne sont pas liés à la planification hospitalière.

Le second cas concerne les soins stationnaires d'un établissement qui ne se trouve pas sur la liste ainsi que les soins ambulatoires qui ne sont pas pris en charge par l'AOS, comme les soins fournis par un médecin-dentiste, p. ex. Cette délimitation est également problématique, car un établissement fournit souvent les deux sortes de soins en un même lieu¹⁸⁵². Il faut maintenant déterminer si ces entités peuvent être l'auteur d'un comportement déloyal au sens de la LCD. Si cela ne fait pas de doute dans le cas d'une clinique privée qui fournit un traitement relevant de l'assurance complémentaire (C), cette question est plus discutable dans les autres cas (B).

B. Un hôpital, une « division » publique d'une clinique privée

Il est délicat de déterminer si un hôpital public qui fournit un traitement pris en charge par l'AOS peut adopter un comportement soumis à la LCD. Ceci est également délicat dans les cas mixtes, à savoir celui d'un hôpital public qui fournit un traitement pris en charge par l'assurance complémentaire et celui d'un hôpital privé qui fournit un traitement pris en charge par l'assurance de base. Cette question est d'autant plus intéressante que certains hôpitaux publics sont directement des organes de

¹⁸⁵⁰ Mess-LAMal, p. 149 ; ATF 125 V 448, c. 3b (fr). Cf. en ce sens, ROSSINI, Gouvernance, p. 82 ; ERLANGER, Spitalfinanzierung, p. 3.

¹⁸⁵¹ CF, Rapport planification 2013, p. 13.

¹⁸⁵² Un hôpital public fournit des traitements pris en charge, mais peut aussi avoir une activité relevant de l'assurance privée ; une clinique privée peut être sur la liste hospitalière pour une partie de son activité et/ou fournir des soins ambulatoires pris en charge selon le forfait Tarmed par l'assurance de base.

l'Etat¹⁸⁵³. Leur comportement a-t-il ou peut-il avoir des répercussions sur la concurrence ? Exercent-ils une activité économique, agissent-ils en vertu de la puissance publique¹⁸⁵⁴, cas échéant par le biais d'une délégation ? On remarque que ces deux notions sont opposées lorsque le champ d'application de la LCD est présenté en lien avec l'activité de l'Etat¹⁸⁵⁵, ce qui n'est, à notre avis, pas si aisé. A notre connaissance, il n'existe pas de doctrine sur ce point précis¹⁸⁵⁶.

En revanche, certains éléments connexes ressortent de la lecture de la doctrine et de la jurisprudence rendue dans d'autres domaines.

1. Tout d'abord, la question de la responsabilité en cas de dommage lié à un traitement médical a fait couler beaucoup d'encre. Selon la jurisprudence constante, les hôpitaux publics ont pour mission de fournir à la population les soins hospitaliers dont elle a besoin. Ce faisant, ils exercent une tâche publique, par définition soumise au droit public. Cela signifie que la responsabilité relève du droit cantonal si une telle réglementation existe, comme le permet l'art. 61 CO, puisque l'activité ne relève pas de l'exercice d'une industrie¹⁸⁵⁷. Le TF a même

¹⁸⁵³ C'est par exemple le cas du CHUV qui est un service de l'Etat de Vaud, rattaché au Département de la santé et de l'action sociale (DSAS).

¹⁸⁵⁴ La notion de puissance publique avait été définie plus en détail, cf. Première Partie, Chap. 3.I.c. Pour rappel, l'Etat est doté d'un pouvoir de puissance publique lorsqu'il peut, par un acte normatif ou administratif, manifester unilatéralement sa volonté et modifier ou de définir la situation juridique des particuliers et lorsqu'il peut contraindre les particuliers à se conformer aux obligations créées, sans devoir passer par un tribunal. L'activité souveraine de l'administration recouvre les tâches dans l'accomplissement desquelles l'administration se trouve, par rapport aux administrés, dans un rapport d'inégalité ou de supériorité/subordination.

¹⁸⁵⁵ Cf. Première Partie, Chap. 6.I.B.c.

¹⁸⁵⁶ Un arrêt du TF semble mettre en doute le fait que le jeu de la concurrence et le fonctionnement de l'économie de marché soient en cause dans le cas d'une action d'un médecin-chef contre un hôpital (tout deux liés par un contrat de mandat, art. 394 al. 1 CO), fondée sur l'art. 9 LCD. Cela semble plutôt concerner la qualité pour ouvrir action du médecin contre l'hôpital et non la capacité de l'hôpital à être l'auteur d'un comportement déloyal. Cf. TF, arrêt 4A_155/2012, du 14 mai 2012, c. 5.

¹⁸⁵⁷ ATF 139 III 252, c. 3.1 (fr) ; ATF 133 III 462, c. 2.1, JdT 2009 I 47 ; ATF 122 III 101, c. 2aa et bb, JdT 1996 I 616 ; ATF 111 II 149, c. 3a, JdT 1986 III 46 ; ATF 102 II 45, c. 2a (n.t.) ; ATF 101 II 177, c. 2 (n.t.). En doctrine, DUCOR, Responsabilité, p. 202 s. ; WERRO, Responsabilité, p. 8 et 15 ss ; VAN GESSEL/GUILLOD, Responsabilité, p. 420 ss ; SPRUMONT/BORCARD, Responsabilité, p. 44 ; POLTIER, Délégation, p. 230.

précisé que les dommages sont causés dans l'exercice d'une activité de puissance publique¹⁸⁵⁸, sans toutefois en préciser les raisons. Il retient aussi que le médecin-chef qui agit à titre privé dans l'hôpital public engage en général la responsabilité de l'Etat selon le droit public¹⁸⁵⁹. On remarque dans plusieurs arrêts que l'on oppose l'activité de puissance publique à l'activité économique¹⁸⁶⁰.

Un arrêt ancien rendu en lien avec une contestation d'un hôpital de droit privé exclu de la planification hospitalière précise que ce dernier participe aux tâches de l'Etat et est chargé d'une tâche publique¹⁸⁶¹. La question de la responsabilité d'un hôpital ou d'une clinique privée pour les soins pris en charge par la LAMal n'a, en revanche, pas fait l'objet de jurisprudence¹⁸⁶². VAN GESSEL/GUILLOD soutiennent que l'activité répond plutôt à un intérêt public et que le régime de la responsabilité relève aussi du droit public, si le canton le prévoit¹⁸⁶³.

Toutefois, on ne peut reprendre la jurisprudence et la doctrine telles quelles, et en déduire que la LCD ne s'applique pas. En effet, on vise ici la fourniture de soins et la relation soignant-soigné en cas de dommage.

2. En matière fiscale, on admet que les soins et traitements médicaux fournis par les hôpitaux ou d'autres centres de diagnostic et de traite-

¹⁸⁵⁸ ATF 122 III 101, c. 2 a, JdT 1996 I 616. Cf. aussi ATF 111 II 149, c. 3a, JdT 1986 III 46 ; ATF 101 II 177, c. 2b (n.t.).

¹⁸⁵⁹ En tout cas, s'il exerce avec la collaboration du personnel de l'hôpital. La jurisprudence a évolué dans ce domaine. ATF 122 III 101, JdT 1996 I 616 ; ATF 112 Ib 334, JdT 1984 I 182 ; ATF 111 II 149, c. 3a, JdT 1986 III 46 ; ATF 102 II 45, c. 2a (n.t.). En doctrine, WERRO, Responsabilité, p. 15 ; SPRUMONT/BORCARD, Responsabilité, p. 46 ; VAN GESSEL/GUILLOD, Responsabilité, p. 422.

¹⁸⁶⁰ Cf. p. ex. ATF 101 II 77, c. 3a « *Nach der herrschenden Auffassung gilt die Krankenbetreuung in öffentlichen Spitälern, soweit sie von Ärzten in amtlicher Eigenschaft ausgeübt wird, als hoheitliche, nicht als gewerbliche Tätigkeit* ».

¹⁸⁶¹ ATF 121 I 218, c. 3, SJ 1996 462.

¹⁸⁶² Cf. VAN GESSEL/GUILLOD, Responsabilité, p. 427 ss.

¹⁸⁶³ Cf. VAN GESSEL/GUILLOD, Responsabilité, p. 427 ss. La division publique de l'hôpital privé devrait, selon eux, être considérée comme un « établissement public » au sens de la jurisprudence fédérale. En ce sens, cf. ATF 121 I 218, c. 3, SJ 1996 462, le TF se penche sur le recours d'un hôpital privé contre la planification cantonale.

ments médicaux ne sont pas soumis à la TVA¹⁸⁶⁴. La jurisprudence en a précisé la raison : ils proposent leurs prestations en usant de la puissance publique¹⁸⁶⁵.

3. Dans la doctrine récente concernant la délégation d'activité étatique¹⁸⁶⁶, on peut lire une précision sur la délimitation des activités de l'Etat, entre activités d'intérêt public (à savoir les fonctions publiques impliquant la puissance publique, d'une part, et les fonctions de service public, d'autre part) et activités économiques. Dans le contexte de l'analyse de la délégation d'activité étatique, POLTIER décrit le système de réglementation de la LAMal concernant les hôpitaux (planification, financement, liste d'hôpitaux tant publics que privés) et souligne que la jurisprudence qualifie l'activité d'un hôpital d'exécution d'une tâche publique¹⁸⁶⁷. En revanche, il estime qu'il n'est « guère possible d'affirmer de manière tranchée que la délégation des (telles) tâches (...) en faveur des hôpitaux porte ou non sur des activités économiques »¹⁸⁶⁸.

La qualification de l'activité est dès lors complexe. En lien avec la LCD, il faut selon nous retenir ce qui suit :

Un établissement hospitalier, qu'il soit de droit public ou de droit privé, qui fournit des soins dans le cadre de la planification hospitalière remplit une tâche qui répond à un intérêt public (couvrir les besoins en soins de la population) ; il est peut-être même doté de la puissance publique¹⁸⁶⁹. On y assimile aussi le médecin qui agit à titre privé dans un hôpital public. On ne peut dès lors pas retenir qu'il s'agit à proprement parler d'une activité

¹⁸⁶⁴ Art. 21 de la loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (Loi sur la TVA, LTVA) RS 641.20.

¹⁸⁶⁵ ATF 124 II 372, c. 4b (n.t.).

¹⁸⁶⁶ BELLANGER, Délégation, p. 43 s.

¹⁸⁶⁷ POLTIER, Délégation, p. 229 s.

¹⁸⁶⁸ POLTIER, Délégation, p. 231.

¹⁸⁶⁹ Les classifications des activités étatiques ne sont pas évidentes et ne font pas non plus l'unanimité. Il n'est pas question ici de prendre position sur ce point, ce qui sortirait du champ de notre étude. Nous retiendrons simplement que l'activité de fournir des soins pris en charge par la LAMal répond à un intérêt public prépondérant et que, selon le domaine, on peut retenir une activité de puissance publique.

purement économique (soumise sans discussion à la LCD)¹⁸⁷⁰. On ne peut, selon nous, pas non plus retenir que l'activité est au premier plan – ou principalement – économique. Les soins sont au premier plan. Cela ne veut toutefois pas encore dire que la LCD n'est jamais applicable.

L'organisation actuelle du secteur met les acteurs en concurrence ; ils sont dans une situation proche de celle d'un marché, bien que la réglementation reste relativement importante. Les entités publiques et privées sont en concurrence afin de pouvoir figurer dans la planification hospitalière ; des incitations économiques existent dans la mesure où il y a une marge de négociation possible dans les tarifs (valeur du point¹⁸⁷¹) ; des comparaisons (*benchmarking*) entre institutions figurant sur la liste ont lieu ; les patients ont en outre le libre choix de l'établissement de soins conformément à l'art. 41 al. 1^{bis} LAMal. La plupart de ces éléments ont été prévus ou renforcés par la révision de la LAMal (2007) dont l'un des buts explicites est de favoriser et de renforcer la concurrence¹⁸⁷² : le législateur souhaite inciter les établissements hospitaliers à fournir des soins rapides et de qualité, mais de manière économique. Cela traduit une volonté générale du législateur qui doit, selon nous, aussi passer par la reconnaissance de l'application de la LCD. Des actes contraires à la LCD ne sauraient mettre en péril ces efforts.

Ensuite, lors de l'examen de l'application de la LCart, nous avons retenu que les hôpitaux publics et privés sont des entreprises ; ils offrent des biens ou services, à savoir des prestations hospitalières (soins médicaux et infirmiers, opérations, médicaments, etc.). Le seul point à trancher dans un cas d'espèce est celui de déterminer quelle entité dispose effectivement de l'indépendance économique (l'hôpital ou le canton, p. ex.). Certains auteurs proposent de soumettre une entité à la LCD lorsqu'elle est

¹⁸⁷⁰ SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 17. La notion de « *gewerbliche Tätigkeit* » est principalement utilisée en lien avec la question de la responsabilité de l'Etat et du droit applicable, conformément à l'art. 61 CO.

¹⁸⁷¹ Cf. deuxième Partie, Chap. 3.X.A.a.iv.

¹⁸⁷² CF, Rapport planification 2014, p. 13 ; TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 7 ; Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung* 2012, N 4.

qualifiée d'entreprise au sens de la LCart¹⁸⁷³. On peut dans ce contexte retenir l'application de la LCD.

Suivant les développements de la doctrine actuelle, on admet l'application de la LCD à un hôpital listé – même si son activité n'est pas économique – lorsque, du point de vue objectif des participants au marché, ses actes ou propos sont propre à influencer la concurrence et doivent ainsi être qualifiés d'acte de concurrence¹⁸⁷⁴. Ce sera le cas si l'Etat va au-delà de ce qui est intimement lié à la relation de soins ou à l'exploitation de l'établissement. Selon nous, un hôpital public qui dénigre une clinique privée hors liste pourra être recherché en se fondant sur la LCD. Celle-ci ne s'applique en revanche pas dans le cas où l'effet sur la concurrence est un effet accessoire qui découle de la poursuite d'un intérêt public¹⁸⁷⁵. On pense notamment aux informations. Par exemple, des mises en garde officielles (même incorrectes) émises par un hôpital contre un traitement ou un produit dangereux pour la santé ne tombent pas dans le champ d'application de la loi quand elles sont formulées dans un intérêt public prépondérant (en l'espèce la santé publique) et sont un effet accessoire de la garantie d'une tâche publique non économique¹⁸⁷⁶. Dans ce dernier cas, l'Etat doit toutefois respecter le principe de neutralité en matière de concurrence¹⁸⁷⁷.

Nous pouvons tirer un parallèle avec la solution qui prévaut dans la LCart. Nous avons déterminé que les conditions d'application de cette dernière sont remplies et que les hôpitaux sont des entreprises. En revanche, il existe des prescriptions réservées, en lien avec la planification hospitalière et la fixation des tarifs : ce qui relève de l'exploitation usuelle de l'hôpital et de la relation de soins – ainsi que de la fixation des prix – ne peut faire l'objet d'une décision de la Comco. Dans cette lignée, l'établissement qui agit dans le cadre de ce qui correspond à la réglemen-

¹⁸⁷³ Cf. Première Partie, Chap. 6.I.B.c. et référence à SCHOTT, Wettbewerb, N 848 ; SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 19 ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 122 ; STOFFFEL, Wirtschaftstätigkeit, p. 227 s. et 269 ss.

¹⁸⁷⁴ Cf. Première Partie, Chap. 6.I.B.c.

¹⁸⁷⁵ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 123 s. ; PEDRAZZINI/PEDAZZINI, UWG, N 17.04 ; SCHOTT, Wettbewerb, N 848.

¹⁸⁷⁶ Cf. SCHOTT, Wettbewerb, N 848 s. ; NÜTZI, Information, p. 256 s. ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 123.

¹⁸⁷⁷ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 123.

tation de droit public régissant son activité ne peut être sanctionné en application de la LCD. En revanche, s'il dépasse ce qui est permis, son comportement peut être apprécié et, cas échéant, considéré comme déloyal. Selon nous, cela vaut aussi lors de l'examen de l'activité d'une entité privée (clinique, p. ex.) qui exécute une tâche étatique suite à une délégation. La LCD doit s'appliquer dans la même mesure.

C. Les cliniques privées (« division » privée)

L'application de la LCD est plus évidente pour une clinique privée qui fournit des soins qui ne sont pas pris en charge par l'AOS. On vise ici les entités qui exercent des soins stationnaires et qui ne se trouvent pas sur la liste cantonale, voire qui prodiguent des soins ambulatoires non pris en charge (chirurgie esthétique, par exemple). L'Etat n'est pas impliqué ; il n'y a ni tâche publique ni exercice de la puissance publique. Les critères généraux s'appliquent.

On se trouve ici sur un marché qui n'est pas affecté par des règles relevant d'une planification. Les cliniques sont en concurrence. On peut retenir que ces entités participent au marché et leur comportement a, ou peut avoir, des répercussions sur la concurrence. Elles exercent une activité économique. La LCD s'applique à leurs actes ou propos puisqu'ils peuvent se comporter de manière déloyale au sens de la loi¹⁸⁷⁸.

On trouve quelques exemples dans la jurisprudence : une clinique privée (A. SA)¹⁸⁷⁹ et un cabinet dentaire privé¹⁸⁸⁰ ont été poursuivis pour des actes potentiellement contraires à la LCD. Les juges ont examiné les conditions matérielles de la loi, ce qui signifie qu'elle s'appliquait à eux.

D. Les fédérations

Puisque l'on admet l'application de la LCD aux hôpitaux publics qui sortent du cadre de l'exécution de la tâche publique, on doit aussi retenir que des actes contraires à la LCD commis par une association ou une

¹⁸⁷⁸ Sur ces conditions d'application, cf. Première Partie, Chap. 6.II. et références. Sur ces éléments, cf. ATF 124 III 297, JdT 1999 I 268 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.62, 1.64, 17.02 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 1, N 17 et ad Art. 2, N 6 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 29.

¹⁸⁷⁹ TF, arrêt 4A_41/2014 du 25 mai 2014, c. 6.6.1 non publié in : ATF 140 III 251.

¹⁸⁸⁰ TF, arrêt 2C_367/2008 du 20 novembre 2008 ; DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 203.

fédération sont soumis à la LCD. Il faudra encore déterminer qui peut civilement être tenu responsable (qui a la personnalité juridique). Les fédérations sont souvent organisées en associations et ont donc la personnalité juridique. C'est par exemple le cas de H+, l'association nationale des hôpitaux, cliniques et institutions de soins publics et privés¹⁸⁸¹.

E. L'employé, le médecin

Le médecin employé par un hôpital ou une clinique ou lié avec lui par un mandat peut également être l'auteur d'un comportement déloyal, par exemple un dénigrement. Il peut alors être recherché en vertu de l'art. 9 LCD¹⁸⁸². En outre, l'art. 11 LCD prévoit que, lorsque l'acte de concurrence déloyale a été commis par un travailleur ou par un autre auxiliaire dans l'accomplissement de son travail, les actions en interdiction, cessation ou constatation, prévues à l'art. 9 al. 1 LCD, ainsi qu'en rectification, communication ou publication du jugement, prévue à l'art. 9 al. 2 LCD, peuvent également être intentées contre l'employeur¹⁸⁸³. Si le lésé entend ouvrir une action en dommages et intérêts, il doit toutefois se fonder sur l'art. 55 CO¹⁸⁸⁴, par renvoi de l'art. 9 al. 3 LCD¹⁸⁸⁵.

F. Les tiers

L'acte peut aussi être commis par des tiers, comme les médias par exemple. Ceux-ci, lorsqu'ils réalisent des reportages, sont liés par la LCD. Le TF a rappelé que des avertissements contre des risques d'atteinte à la santé publique sont d'intérêt public et qu'une des fonctions de la presse est de sauvegarder l'intérêt public et de diffuser les savoirs qui sont en lien avec lui. Cependant, l'intérêt public à des reportages sur d'éventuels risques sanitaires ne libère pas le journaliste du respect des

¹⁸⁸¹ Cf. art. 1 des statuts de H+ Les hôpitaux de suisse, du 6 novembre 2014.

¹⁸⁸² Cf. Première Partie, Chap. 6., spécialement section I.B, II, V.b et VI.

¹⁸⁸³ CR LCD-FORNAGE, Art. 11, N 2 ss.

¹⁸⁸⁴ Pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, il faut que les conditions générales de l'art. 41 CO soient remplies (préjudice, lien de causalité entre l'acte illicite de l'auxiliaire et le défaut de diligence de l'employeur). Il faut ensuite que les conditions spécifiques de l'art. 55 CO soit remplies (l'existence d'un employeur et d'un auxiliaire, un acte illicite de l'auxiliaire dans l'accomplissement de son travail et l'absence de preuve libératoires). Cf. CR CO I-WERRO, Art. 55, N 5 ss ; BSK OR I-KESSLER, Art. 55 CO, N 6 ss.

¹⁸⁸⁵ CR LCD-FORNAGE, Art. 11, N 5.

règles de diligence. Il ne justifie pas une discrimination exercée à l'encontre de certains acteurs économiques. Les informations transmises doivent être objectives¹⁸⁸⁶.

II. LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

La LCD vise les comportements qui constituent un acte de concurrence, c'est-à-dire qui aboutissent objectivement à un impact (même abstrait) sur les relations de concurrence¹⁸⁸⁷. Il faudra, dans un cas litigieux, le vérifier.

Nous proposons ici de nous pencher plus brièvement sur les principales dispositions matérielles potentiellement applicables.

A. L'art. 3 LCD

On peut imaginer un cas de dénigrement d'une clinique ou d'un hôpital par un autre hôpital ou une autre clinique (art. 3 al. 1 let. a LCD) ou un cas de tromperie par indications inexactes ou fallacieuses, par exemple sur lui-même, son entreprise, ses prestations ou ses prix (art. 3 al. 1 let. b)¹⁸⁸⁸. On peut envisager un risque de confusion (art. 3 al. 1 let. d LCD)¹⁸⁸⁹. On peut encore penser à des comparaisons inexactes fallacieuses ou inutilement blessantes, dans les médias ou par le biais d'une publicité (art. 3 al. 1 let. e LCD).

B. L'articulation avec les dispositions cantonales sur la publicité

Selon nous, les dispositions de la LCD s'appliquent aux hôpitaux et cliniques, dans les limites décrites ci-avant lors de l'examen du champ

¹⁸⁸⁶ Pour un exemple dans le domaine pharmaceutique, ATF 124 III 72, c. 2.b.bb, JdT 1998 I 329.

¹⁸⁸⁷ ATF 126 III 198, c. 2 (fr) ; ATF 120 II 76, c. 3a, JdT 1994 I 365 ; SHK UWG-JUNG, Einleitung, N 2 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 1, N 18 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 21 N 96 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 104. Cf. aussi DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 23 s. ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 9.

¹⁸⁸⁸ TF, arrêt 2C_367/2008 du 20 novembre 2008 : sont en cause des affirmations inexactes ou fallacieuses d'une clinique dentaire. Cf. aussi DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 203.

¹⁸⁸⁹ Cf. p. ex. TF, arrêt 4A_41/2014 du 20 mai 2014, c. 6 non publié in : ATF 140 III 251. Le TF laisse toutefois la question ouverte du rapport de concurrence entre une clinique et la Croix rouge. Le litige a pu en l'espèce être réglé par le biais du droit au nom.

d'application personnel¹⁸⁹⁰. D'une manière générale, un hôpital qui fait de la publicité doit respecter les conditions de LCD. La publicité ne doit donc pas constituer un dénigrement, contenir d'indications inexactes ou fallacieuses, ou encore créer de risque de confusion. La publicité comparative et superlative est licite, dans les limites de l'art. 3 al. 1 let. e LCD. Une comparaison est licite si elle est exacte et qu'elle n'est pas fallacieuse, inutilement blessante ou parasitaire. La violation de l'art. 3 LCD permet une action civile. Il est aussi possible de porter plainte pénale conformément à l'art. 23 LCD. En lien avec les hôpitaux et cliniques, ni la LAMal, ni une autre loi fédérale ne limite la possibilité de faire de la publicité¹⁸⁹¹.

Certains cantons ont prévu des dispositions spéciales sur la publicité faite par des établissements sanitaires. Celle-ci doit être objective et répondre à l'intérêt général. Elle ne doit, en outre, ni importuner ni induire en erreur¹⁸⁹². Ces dispositions cantonales relèvent du droit public. Une sanction pénale à leur violation est parfois (mais rarement) prévue¹⁸⁹³. L'articulation entre ces dispositions fera l'objet de longs développements dans le chapitre traitant de l'application de la LCD aux médecins, les dispositions cantonales sur la publicité des médecins prévues par presque tous les cantons étant souvent plus détaillées. Pour cette raison, nous renvoyons aux propos tenus dans ce contexte¹⁸⁹⁴. En guise de résumé, ces dispositions s'appliquent en parallèle dans la mesure où elles ne poursuivent pas le même but. Les dispositions pénales entrent en concours idéal ; ne prévoyant pas des peines de même nature, elles peuvent être cumulées.

C. L'art. 8 LCD

Qu'en est-il de l'application de l'art. 8 LCD ? Celui-ci limite le contrôle des conditions générales à certaines conditions : l'utilisation de conditions commerciales (ou générales) ; au détriment du consommateur ; une dis-

¹⁸⁹⁰ Cf. ci-dessus, Section I du présent Chapitre.

¹⁸⁹¹ En ce sens, POLEDNA, Werbung, p. 109.

¹⁸⁹² Art. 150 en lien avec l'art. 82 al. 1 de la loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (LSP VD), RSV 800.01 ; art. 106 en lien avec l'art. 91 de la loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (LSan FR), RS FR 821.0.1 ; art. 108 en lien avec l'art. 89 de la loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé (LS GE), RS GE K 1 03.

¹⁸⁹³ Cf. art. 128 al. 1 let. c LSan FR (amende jusqu'à 100'000.-).

¹⁸⁹⁴ Cinquième Partie, Chap. 5.B.c et d.

proportion entre droits et obligations découlant du contrat (déséquilibre, absence de compensation, caractère notable) ; l'absence de justification ; la contradiction aux règles de la bonne foi¹⁸⁹⁵. L'interprétation de ces différentes notions est discutée en doctrine. Nous avons retenu que les conditions problématiques et pouvant être examinée dans notre contexte sont au nombre de deux¹⁸⁹⁶.

a. Un consommateur

En premier lieu, les conditions générales doivent être utilisées à l'encontre d'un consommateur. L'interprétation de la notion de consommateur au sens de l'art. 8 LCD est débattue en doctrine. Nous retenons que celle-ci doit être interprétée largement, à savoir comme toute personne physique (voire morale) qui achète une marchandise ou une prestation de services à des fins qui ne sont pas – en tout cas de manière prépondérante – en rapport avec son activité commerciale ou professionnelle¹⁸⁹⁷.

En pratique, peu importe la forme juridique de l'établissement ou son activité, toute institution de soins conclut des contrats avec des tiers (fournisseurs de matériel notamment) et use, parfois, dans ce cadre, de conditions générales. Toutefois, le cocontractant n'est pas un consommateur. Cela signifie, par exemple, que les conditions générales d'achat publiées par le CHUV et les HUG ne peuvent faire l'objet d'un contrôle au regard de l'art. 8 LCD, puisque ces conditions ne sont pas utilisées au détriment du consommateur.

Qu'en est-il des éventuelles clauses utilisées par l'institution de soin dans sa relation avec le patient ? Le patient est-il un consommateur ? Un patient est une personne physique qui acquiert un service (des prestations) dans le but de préserver sa santé ou de se soigner. Il n'y a pas de rapport avec son activité professionnelle. On peut donc, en lien avec la LCD, retenir que le patient est un consommateur. Cette affirmation est corroborée par le fait que le TF a estimé que les organisations de patients ont la qualité pour agir au sens de l'art. 10 al. 2 let. b LCD (qui prévoit la quali-

¹⁸⁹⁵ Cf. CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 118 ss ; SHK UWG-PROBST, Art. 8, N 233 ss ; KUONEN, Contrôle, p. 4 ss.

¹⁸⁹⁶ Sur ce point, cf. Première Partie, Chap. 6.V.D.

¹⁸⁹⁷ Cf. Première Partie, Chap. 6.V.D.b.

té pour ouvrir action des organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs)¹⁸⁹⁸.

b. Des conditions générales et un contrat

En second lieu, l'art. 8 LCD vise les conditions générales adoptées en marge d'un rapport contractuel. Qu'en est-il en pratique ?

La problématique est ici complexe. En effet, il n'est pas certain que la relation entre le patient et l'hôpital soit de nature contractuelle¹⁸⁹⁹. Si l'on retient l'existence d'un contrat, il est douteux que ce soit un contrat de droit privé. Dans la mesure où l'on ne retient pas l'existence d'une relation contractuelle¹⁹⁰⁰, l'art. 8 LCD ne trouvera pas à s'appliquer, les conditions d'application n'étant pas remplies. Qu'en est-il si l'on retient un contrat de droit public ? A notre connaissance, la question n'est pas tranchée. Il faut alors s'en remettre aux principes du droit administratif. Les dispositions de droit privé ne peuvent être directement appliquées à un contrat de droit public¹⁹⁰¹. On retient toutefois qu'un contrat de droit ad-

¹⁸⁹⁸ « *Der Vergleich, den der Beschwerdeführer [Verein gegen Tierfabriken Schweiz] mit anderen Konsumentenorganisationen wie Mieterverbände, Patientenverbände und dergleichen zieht, ist verfehlt. Denn diese Organisationen befassen sich hauptsächlich und vor allem mit Belangen ihrer Mitglieder, welche als eigentliche Konsumenten auftreten und die klarerweise als solche unterstützt werden* », TF, arrêt 6P.235/2006 du 20 février 2007, c. 6.2. Sur la qualification du patient comme consommateur, cf. partiellement DREIFUSS, BO CN 1993, 1860.

¹⁸⁹⁹ GÄCHTER/VOLLENWEIDER, Gesundheitsrecht, § 4 N 288 ss et 92 ; WERRO, Responsabilité, p. 8. Le TF a même précisé que les dommages qui peuvent survenir dans les hôpitaux publics « sont causés dans l'exercice d'une activité de puissance publique ; ils ne constituent pas la violation d'un contrat de droit privé, et ce même si la relation nouée entre le patient et l'hôpital est semblable à un rapport contractuel », ATF 122 II 101, c. 2a.aa (fr). Dans un autre arrêt, il a pourtant précisé que « même les patients privés sont liés à l'hôpital par un contrat de droit public », ATF 124 V 97, c. 6 (fr).

¹⁹⁰⁰ Sur la licéité des contrats de droit public, cf. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 33 N 20 ss.

¹⁹⁰¹ Sur l'application du droit privé (CO) à un contrat de droit administratif, NGUYEN, Contrat, p. 22 ; MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 459 ; DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, N 1107. On ne retient pas d'application directe. En revanche, en l'absence de renvoi direct dans le contrat, le CO peut s'appliquer par analogie au contrat de droit privé. Pour des exemples où le TF admet que le juge qui doit apprécier un contrat d'assurance de droit public (LAA) peut s'inspirer des règles du

ministratif doit respecter certaines exigences ; les prestations et contre-prestations doivent notamment être dans un rapport objectif et pertinent ainsi que proportionné¹⁹⁰². Dans ce contexte, le juge pourrait s'inspirer de la LCD¹⁹⁰³.

En réalité, cette question restera vraisemblablement théorique. En effet, l'Etat ne pourrait, dans le cadre d'un traitement, limiter sa responsabilité ou déroger aux dispositions des lois cantonales sur la protection de la personnalité, par exemple par le biais de conditions générales – ce qui constituerait vraisemblablement des conditions générales abusives. Dans l'exercice de sa tâche publique, il doit de toute façon respecter le droit public et les lois cantonales. Notons que cette question reste d'autant plus hypothétique qu'à notre connaissance, aucune institution hospitalière n'use de telles conditions pré-formulées.

Il se peut en revanche qu'on retienne une relation¹⁹⁰⁴ contractuelle relevant du droit privé entre le patient et l'établissement de soins, le plus vraisemblablement une clinique¹⁹⁰⁵. Dans ce cas, l'art. 8 LCD s'applique à l'usage de conditions générales par la clinique. Un examen détaillé aura lieu, par exemple en cas de limitation de la responsabilité. Soulignons que la relation contractuelle est parfois uniquement conclue entre le médecin et le patient, nous l'examinons dans le chapitre traitant de cette problématique¹⁹⁰⁶.

Est ainsi déterminant, dans chaque cas, le fait d'identifier si une relation contractuelle existe entre l'établissement de soins et le patient et de la qualifier.

droit privé, en l'espèce le CO et la LCA, cf. ATF 131 V 431, c. 2 (fr) ; TF, arrêt U 307/03 du 19 août 2004, c. 4.3, non publié in ATF 130 V 553.

¹⁹⁰² En ce sens, DUBEY/ZUFFEREY, Droit administratif général, N 1100. Ces auteurs établissent une série de critères à respecter lorsque le contrat de droit public ne repose pas directement sur une base légale. Selon SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, N 1795, l'Etat est également lié par les principes de l'intérêt public et de la proportionnalité quand il conclut des contrats.

¹⁹⁰³ Pour une application directe de la LCD aux contrats de droit public, sans justification toutefois, cf. SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, N 1801.

¹⁹⁰⁴ Sur la qualification de la relation entre une clinique et son patient respectivement entre le médecin d'une clinique et le patient, cf. DUCOR, Responsabilité, p. 183.

¹⁹⁰⁵ DUCOR, Responsabilité, p. 183 ; SPRUMONT/BORCARD, Responsabilité, p. 41.

¹⁹⁰⁶ Cf. Cinquième Partie, Chap. 5.II.C.

III. LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL

Pour les actions civiles, le principe de la territorialité prévaut ; la LCD s'applique au territoire de la Suisse¹⁹⁰⁷. En présence d'un élément d'extranéité, la LDIP prévoit, à l'art. 136 al. 1, l'application du principe des effets : les prétentions fondées sur un acte de concurrence déloyale sont régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel le résultat se ou s'est produit¹⁹⁰⁸. Dans les cas étudiés dans le présent travail, la condition du champ d'application territorial de la loi est remplie.

IV. LA QUALITÉ POUR AGIR

Les parties concernées ont, sous réserve du respect des conditions fixées aux art. 9 ss LCD, la qualité pour ouvrir une action. On retient qu'il n'y a pas besoin d'un rapport de concurrence entre l'auteur et le lésé. Plusieurs personnes ou entités peuvent ouvrir action.

A. Les patients et les organisations de patients

En premier lieu, on peut imaginer une action ouverte par un patient lésé ou menacé dans ses intérêts économiques (art. 9 et 10 al. 1 LCD). Ensuite, les organisations de patients d'importance nationale ou régionale qui se consacrant statutairement à la protection des patients ont la qualité pour agir conformément à l'art. 10 al. 2 let. b LCD¹⁹⁰⁹ ; on admet dans ce cadre que le patient est un consommateur. Le but d'information, de conseil ou de représentation doit clairement ressortir – par interprétation ou explicitement – des statuts¹⁹¹⁰. Puisque le TF a reconnu la qualité pour agir

¹⁹⁰⁷ BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 119 ss ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 31 s.

¹⁹⁰⁸ Cf. ATF 87 II 113 (n.t.) ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 108 ss ; HEIZMANN, UWG ad Art. 1, N 19 ; DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 25 ss ; SHK UWG-GROLIMUND, Einleitung, N 107 ss ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 31 s. ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 122 ss ; BSK IPRG-DASSER, Art. 136, N 4 ss.

¹⁹⁰⁹ TF, arrêt 6P.235/2006 du 20 février 2007, c. 6.2 ; SHK UWG, JUNG/SPITZ, Art. 10, N 30.

¹⁹¹⁰ TF, arrêt 6P.235/2006 du 20 février 2007, c. 6.2 ; SHK UWG, JUNG/SPITZ, Art. 10, N 30. Il faut aller le vérifier, p. ex. dans les statuts de la DVSP Dachverband Schweizerische Patientenstellen (Association faitière des associations suisses de défense et d'information des patients), voire de la Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) Association pour la protection des consommateurs ou de la Fédération Romande des Consommateurs (FRC).

des associations de patients, il a implicitement admis que les patients ont des intérêts économiques qui peuvent être menacés ou lésés.

B. Les cliniques privées facturant à l'assurance-maladie complémentaire

On peut facilement admettre qu'une clinique privée a un intérêt économique qu'elle peut défendre si un acte de concurrence déloyale au sens de la LCD est dirigé contre elle. Les conditions de l'art. 9 LCD seraient remplies. Elle pourrait notamment faire valoir une atteinte dans sa clientèle ou sa réputation. On peut penser à un cas de dénigrement ou à un boycott. La qualité pour agir a par exemple été reconnue, en 1997 et dans le canton de Genève, à une association de cliniques privées suite à une décision d'un groupe d'assureurs de ne plus prendre en charge leur frais d'hospitalisation¹⁹¹¹. Cette décision touche la relation entre les établissements de soins et leurs clients (les patients et leurs garants, les assureurs).

C. Les établissements de soins fournissant un traitement à charge de l'AOS

Admettre que les établissements qui facturent à charge de l'AOS peuvent ouvrir action est plus discutable. La condition est – y compris pour les corporations de droit public¹⁹¹² – d'être touché par l'acte de concurrence déloyale¹⁹¹³ et de participer de manière directe ou indirecte à l'échange économique et de défendre un intérêt économique propre. Cela ne sera par exemple pas le cas si une entité de droit public remplit une tâche pour laquelle elle dispose d'un monopole qui lui permet d'exercer une activité à l'exclusion des privés¹⁹¹⁴.

Selon nous, il faut retenir que les établissements (publics ou privés) se trouvant sur la liste hospitalière ou facturant à l'AOS pour un traitement ambulatoire ont un intérêt économique à invoquer une violation de la

¹⁹¹¹ Pour un exemple, cf. Cour de Justice de Genève, Chambre du Conseil, DPC 1997/1 p. 72, *Caisse maladie, exclusion de clinique*, c. 7.

¹⁹¹² ATF 123 III 395, c. 2a, JdT 1998 I 338 ; TF, arrêt 4C.79/1997 du 5 janvier 2001 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Art. 9, N 8.

¹⁹¹³ CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 120.

¹⁹¹⁴ ATF 123 III 395, c. 2a, JdT 1998 I 338 ; TF, arrêt 4C.79/1997 du 5 janvier 2001 ; BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Art. 9, N 8.

LCD¹⁹¹⁵. En effet, le patient dispose de la liberté de choisir son institution de soins. Les établissements sont constamment comparés (not. par le *benchmarking*). Ils doivent parfois justifier d'un certain nombre de patients pour être compétitif et rester sur la liste cantonale. On retient – certes pas uniquement, mais aussi – des enjeux économiques relativement importants qui justifient d'admettre la possibilité d'ouvrir une action selon la LCD. Nous réservons ici les questions liées à la procédure (not. quelle entité peut effectivement ouvrir action, p. ex. l'hôpital ou le canton).

D. Les médecins dans un établissement de soins

Une certaine indépendance dans la lutte économique est nécessaire pour pouvoir invoquer la LCD, ce qui signifie qu'un employé ne pourra en général pas s'en prévaloir¹⁹¹⁶. D'ailleurs, un arrêt du TF semble mettre en doute le fait que le jeu de la concurrence et le fonctionnement de l'économie de marché soient en cause dans le cas d'une action d'un médecin-chef contre un hôpital (tout deux liés par un contrat de mandat, art. 394 al. 1 CO), fondée sur l'art. 9 LCD. Cet arrêt semble plutôt concerner la qualité pour ouvrir action du médecin contre l'hôpital et non la capacité de l'hôpital à être l'auteur d'un comportement déloyal¹⁹¹⁷. En revanche, il se peut que l'on accorde la qualité pour recourir à un médecin d'une clinique privée, notamment lorsqu'il facture de manière indépendante¹⁹¹⁸.

E. Les associations

Les associations professionnelles ou économiques ont la qualité pour agir au sens de l'art. 10 al. 2 let. a LCD si leurs statuts les autorisent à défendre les intérêts économiques de leurs membres. Sous réserve du respect de ces conditions, H+ (Les hôpitaux de suisse) peut vraisemblablement ouvrir action dans la mesure où elle serait plutôt considérée comme

¹⁹¹⁵ Sur la possibilité d'ouvrir une action civile et le lien avec le secteur public, cf. brièvement, TF, arrêt 2C_584/2915 du 24 février 2017, c. 6.6.

¹⁹¹⁶ ATF 80 IV 33 (n.t.) ; MARTIN-ACHARD, LCD, p. 92.

¹⁹¹⁷ Cf. TF, arrêt 4A_155/2012 du 14 mai 2012, c. 5. Cf. en ce sens, ATF 126 III 198, c. 2c/aa (fr).

¹⁹¹⁸ Cf. Quinquième Partie, Chap. 5.IV.B.

une association économique¹⁹¹⁹. En effet, l'art. 1 des statuts de H+ prévoit que l'association a pour objectif la défense, la promotion et la représentation des intérêts politiques, économiques et juridiques des hôpitaux, cliniques, établissements de soins et de réadaptation publics et privés et la participation à l'élaboration des conditions générales relevant des domaines médicaux, soignants, économiques, sanitaires, sociaux et éducatifs du secteur suisse de la santé.

V. SYNTHÈSE

La LCD s'applique aux établissements de soins qui remplissent une tâche publique, mais qui violent la LCD en outrepassant leur mission sans que cela réponde à un intérêt public. Les cliniques privées, en tant que participantes au marché, sont aussi tenues au respect de la LCD. Un médecin employé peut, si les conditions sont remplies, engager la responsabilité de son employeur (hôpital ou clinique). Conformément aux principes généraux de la LCD, des tiers peuvent également violer cette loi.

Les principales dispositions de la LCD qui relèvent du droit de la concurrence peuvent s'appliquer. Une réserve concerne l'art. 8 LCD dans le secteur hospitalier public. Le patient peut être qualifié de consommateur. Il n'est cependant pas certain qu'une relation contractuelle soit retenue. Si elle l'est, elle sera toutefois régie par le droit public. Au mieux, le juge peut s'inspirer de l'art. 8 LCD.

Finalement, la qualité pour invoquer la loi contre la concurrence déloyale doit être reconnue aux patients et organisations de patients, aux établissements de soins lésés par un acte de concurrence déloyale et aux associations les représentant.

¹⁹¹⁹ Sur cette notion, BSK UWG-RÜETSCHI, Art. 10, N 18 ; SHK UWG-JUNG/SPITZ, Art. 10, N 23. Les associations économiques garantissent les intérêts économiques en général des participants au marché. La notion est comprise de manière large.

Chapitre 8 : L'ANALYSE DU SYSTÈME

I. GÉNÉRALITÉS

On admet une situation de concurrence lorsque plusieurs entreprises offrent des biens ou des services de même nature, sur le même marché, en même temps, et à un groupe identifiable de consommateurs¹⁹²⁰. En Suisse, la politique de la concurrence a pour but de créer, sur les marchés, les conditions de réalisation d'une concurrence efficace¹⁹²¹, c'est-à-dire une situation où les fonctions du marché sont intactes et les fonctions de la concurrence¹⁹²² sont opérationnelles¹⁹²³. La concurrence porte dès lors sur la liberté d'action relative aux différents paramètres concurrentiels¹⁹²⁴.

Or, dans la LAMal, le prix n'est pas toujours directement fixé, mais le mode de rémunération l'est, puisque l'on impose le système de financement (SwissDRG). Les négociations se font entre l'assureur et le fournisseur de prestations, leur marge de manœuvre étant toutefois limitée¹⁹²⁵. Les règles sont imposées, par la loi, aux établissements hospitaliers, tant publics que privés, qui figurent sur la liste hospitalière cantonale. En outre, le « consommateur final » (patient) n'a aucun poids dans les négociations. Les établissements hospitaliers et les assureurs n'ont *a priori* pas les mêmes intérêts que les patients. Quant aux prestations fournies, elles ne sont remboursées que si les conditions de la LAMal sont remplies. L'établissement qui fournit les soins doit en outre être admis. Le nombre d'acteurs ainsi que les biens et services sont dès lors limités par l'Etat.

Lorsque les prix – paramètre concurrentiel central – ou un autre paramètre concurrentiel ne sont pas fixés par le jeu du marché, la concurrence est

¹⁹²⁰ Voir Première Partie, chap. I.I. et les références citées, notamment Mess-LCart, p. 477 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 10 et 12 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 20 N 1 s. ; OESCH/ROLF/WEBER, Einleitung, N 1 s. ; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 2.

¹⁹²¹ Cf. partie générale. Cf. aussi Mess-LCart, p. 477 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 20 N 2.

¹⁹²² Les fonctions de la concurrence sont les suivantes : fonctions d'allocation, d'innovation, d'équilibre entre l'offre et la demande, fonction de répartition des risques et de normalisation des rendements.

¹⁹²³ TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 81 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 20 ss.

¹⁹²⁴ MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 28 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 277.

¹⁹²⁵ Mess-rév.LAMal-2007, p. 5235.

« entravée »¹⁹²⁶. Cette entrave (neutralisation de la concurrence ou modification des règles du marché) ressort cependant en grande partie de la LAMal, raison pour laquelle la LCart ne s'applique pas. On reconnaît en effet largement l'existence de prescriptions réservées. On réserve cependant les cas où une marge d'action nécessaire est ménagée¹⁹²⁷. Le surveillant des prix peut, quant à lui, rendre des recommandations sur les tarifs hospitaliers. Finalement, la LCD s'applique dans les limites décrites. Cela permet de garantir une certaine loyauté dans les relations entre acteurs sur le marché.

Il est intéressant d'examiner et d'analyser le choix du législateur quant à la concurrence dans le secteur hospitalier.

II. LE CHOIX DU LÉGISLATEUR POUR LES HÔPITAUX LISTÉS

Dans le domaine des soins stationnaires, le législateur a opté pour deux choix qui paraissent contradictoires¹⁹²⁸.

A. Un système de planification et un marché régulé

Il fait, d'une part, le choix d'un système de planification. Le marché de la santé fait l'objet d'une forte régulation. Cela s'explique par la vocation sociale et par les objectifs de prévoyance du système¹⁹²⁹.

a. La planification hospitalière

Dans le secteur des soins hospitaliers spécialement, le système correspond en grande partie à un système planifié ; le législateur a prévu une obligation pour les cantons de planifier¹⁹³⁰. Les prestations et les acteurs pouvant fournir ces prestations à charge de l'AOS sont limités, puisque seul le traitement fourni par des hôpitaux de la liste cantonale, dans le cadre de leur mandat, est pris en charge. Des critères stricts pour l'évaluation des

¹⁹²⁶ En ce sens, TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 82.

¹⁹²⁷ TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 83.

¹⁹²⁸ Sur cette contradiction, voir aussi LONGCHAMP, Prestations, p. 370 ss.

¹⁹²⁹ TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 85.

¹⁹³⁰ Certains invoquent que la planification devrait se faire par région. Cf. not. PREVITALI, Planification, p. 67 ss. Sur les tensions entre planification hospitalière et ouverture des marchés dans l'Union européenne, BLANC, Planification, p. 21 ss.

établissements intéressés à figurer sur la liste sont établis (art. 39 al. 1 let. d et e LAMal, 58a ss OAMal)¹⁹³¹. Avec un tel système de planification, les barrières à l'entrée au marché sont importantes. Ce système « sélectif » d'accès au marché conduit vraisemblablement à des oligopoles¹⁹³².

En outre, la planification hospitalière influence de manière importante l'organisation des prestations. Les hôpitaux sont liés par leur mandat de prestation conclu avec le canton¹⁹³³.

b. La rémunération et le financement des prestations de l'AOS

Les prix des soins dispensés en stationnaire sont encadrés par des règles de financement et de tarification. Le prix n'est pas directement arrêté par le législateur, mais les modes de rémunération et de financement le sont.

Les prestations sont rémunérées à l'aide de forfaits, dont une part est fixée de manière uniforme pour toute la Suisse. On note une volonté d'harmoniser des composantes essentielles du prix sur le plan national¹⁹³⁴. L'autre composante de la rémunération est le fruit d'une négociation entre assureurs et établissements hospitaliers. Ce n'est donc pas le consommateur (patient) qui négocie le prix de la prestation qui lui est fournie, mais un tiers, l'assureur. Ces règles s'appliquent tant aux hôpitaux publics, qui sont parfois un organe de l'Etat, qu'aux cliniques privées, qui figurent sur la liste cantonale.

De plus, la LAMal instaure une protection tarifaire : les fournisseurs de prestations sont tenus, sauf cas de récusation, de respecter les tarifs et ne peuvent exiger une rémunération plus élevée¹⁹³⁵.

La LAMal prévoit une régulation par le contrôle des prix dans la mesure où le prix de base, fixé par convention, doit être approuvé par le gouvernement cantonal et que la structure tarifaire SwissDRG doit être validée par le Conseil fédéral.

¹⁹³¹ A ce propos, cf. Deuxième Partie, Chap. 2.II.C.c.iv.

¹⁹³² HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 106 s. Sur les oligopoles dans le domaine de la santé, MORABIA, Médecine, p. 54.

¹⁹³³ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 109.

¹⁹³⁴ Sur ce point, cf. TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 100 ; Mess-LAMal, p. 178 s.

¹⁹³⁵ Art. 44 LAMal.

Le mode de financement de la rémunération est également fixé par la loi (le canton assume 55% au moins, le reste est à la charge des assureurs). Ce mode de financement est qualifié de dual.

Le mode de rémunération prévu par la LAMal correspond essentiellement à un régime de prix à caractère étatique, selon l'art. 3 LCart. Une entrave à la libre formation d'un prix de marché est issue de la loi. Il n'y a donc pas directement de concurrence sur les prix¹⁹³⁶.

c. Les cantons restreignant l'acquisition d'équipements médico-techniques coûteux

Le Tribunal fédéral a jugé que les cantons sont compétents pour planifier et limiter l'acquisition d'équipements médico-techniques coûteux. Cela restreint la liberté d'action des établissements hospitaliers, mais de manière conforme à la liberté économique.

B. La concurrence

D'autre part, des éléments de concurrence sont prévus. Un des buts explicites de la révision de la LAMal est de favoriser et de renforcer la concurrence¹⁹³⁷. Il faut en réalité souligner que la perception de la concurrence dans la LAMal et des moyens de l'atteindre ne sont pas les mêmes que ceux que défend la LCart. Le cadre général est, avant tout, celui d'un secteur planifié, dans lequel quelques éléments concurrentiels sont insérés. Avec un régime de planification, le législateur part du postulat que le marché n'est pas apte à garantir ou à aboutir aux objectifs fixés, ceux-ci ne se limitant pas à la maîtrise des coûts. Il s'agit également de garantir un bon accès aux soins et de maîtriser la qualité et la quantité des prestations fournies. L'enjeu est d'atteindre un équilibre entre un approvisionnement et une couverture en soins de qualité, accessible à tous, mais à des conditions économiques supportables. Le législateur a donc choisi un système de planification, dans lequel il introduit des éléments de concurrence.

¹⁹³⁶ Sur ce point, COSANDAY/ROTEN/RUTZ, *Politique hospitalière*, p. 18 ss.

¹⁹³⁷ CF, *Rapport planification 2014*, p. 13 ; TRÜEB/ZIMMERLI, *Spitalfinanzierung*, N 7 ; Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 4.

a. Le renforcement de la concurrence entre les hôpitaux

Avec la révision de la LAMal, le législateur souhaite inciter les établissements hospitaliers à fournir des soins rapides et de qualité, mais de manière plus économique. Des prestations plus efficaces (c'est-à-dire de meilleure qualité et moins onéreuses) devraient freiner l'augmentation des coûts. La volonté de renforcer la concurrence entre les fournisseurs de prestations est exprimée¹⁹³⁸ ; elle apparaîtrait, aux yeux du législateur, comme un moyen pour atteindre les objectifs de qualité et d'économicité.

D'une part, les SwissDRG ont pour but de renforcer la concurrence sur la qualité, dans la mesure où c'est sur ce paramètre que l'hôpital peut se démarquer. En effet, il n'y a pas de concurrence sur les prix¹⁹³⁹.

D'autre part, cette volonté s'exprime par la réglementation liée à la planification hospitalière. La loi et les ordonnances fixent des critères que les fournisseurs de prestations doivent respecter s'ils veulent figurer sur la liste hospitalière d'un canton : critère de qualité et d'économicité des prestations, accès aux soins dans un délai utile, disponibilité et aptitude du fournisseur à remplir son mandat (art. 39 al. 2^{er} LAMal, 58b al. 4 OAMal). Lorsqu'un canton revoit sa planification, il examine l'offre en soins à même de couvrir les besoins en fonction de ces critères, qui sont décisifs pour sa décision d'inscrire ou non un hôpital sur la liste¹⁹⁴⁰. De cette manière, les établissements qui veulent être admis à pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire sont mis en concurrence¹⁹⁴¹. En outre, les établissements listés sont certes limités par leur mandat de prestations, mais ils peuvent se démarquer des autres établissements en fournissant des prestations de qualité¹⁹⁴². De plus, ne pas être admis sur la liste constitue un désavantage concurrentiel considérable dans la lutte pour les faveurs des patients dans le domaine de l'AOS. Ceux-ci doivent alors

¹⁹³⁸ CF, Rapport planification 2013, p. 13 ; TRÜEB/ZIMMERLI, *Spitalfinanzierung*, N 7 ; Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 4.

¹⁹³⁹ COSANDAY/ROTEN/RUTZ, *Politique hospitalière*, p. 17 ss.

¹⁹⁴⁰ OFSP, *Evaluation – résultats intermédiaires*, p. 11 ; TRÜEB/ZIMMERLI, *Spitalfinanzierung*, N 85.

¹⁹⁴¹ TAF, arrêt C-401/2012 du 28 janvier 2014, c. 10.1 ; TRÜEB/ZIMMERLI, *Spitalfinanzierung*, N 85.

¹⁹⁴² HAMMER/PETER/TRAGESER, *Wettbewerb*, p. 109.

prendre en charge les coûts du traitement totalement ou partiellement¹⁹⁴³. Cela incite les établissements hospitaliers à se porter candidat pour figurer sur la liste hospitalière et, pour cela, à se montrer plus efficaces. Dans ce contexte, l'inscription sur la liste peut être considérée comme un instrument de planification comportant des éléments de concurrence¹⁹⁴⁴.

En revanche, cette concurrence entre établissements hospitaliers, ne se déployant que dans le cadre de l'assurance-maladie obligatoire, ne peut être qualifiée d'efficace au sens de la LCart. Une concurrence existe, mais s'inscrit dans l'approche planificatrice qui prévaut dans la LAMal¹⁹⁴⁵. En outre, la concurrence est instaurée dans le système de planification, mais seulement de manière sectorielle¹⁹⁴⁶. Nous proposons d'examiner les moyens de mise en œuvre. Nous mettons ensuite en évidence d'autres éléments qui tempèrent cet objectif et nous rappellent qu'elle n'est pas le but unique et central.

b. Les comparaisons et la transparence

Selon nous, la notion de concurrence dans la LAMal s'exprime principalement par la volonté de permettre de comparer les établissements hospitaliers. Celle-ci est en tout cas une condition essentielle pour que la concurrence puisse jouer¹⁹⁴⁷.

D'une manière générale, une étude comparative des établissements qui figurent sur les listes hospitalières doit être effectuée. On parle de « *benchmarking* », instrument par lequel on compare, de manière objective, des établissements (et leurs activités, leur fonctionnement, les coûts) dans le but d'identifier les meilleures pratiques et de pousser les concurrents à s'en inspirer¹⁹⁴⁸.

¹⁹⁴³ Comco, DPC 2010/2, p. 424, *Gutachten Spitalplanung 2012*, ch. 6.

¹⁹⁴⁴ TRÜEB/ZIMMERLI, *Spitalfinanzierung*, N 87.

¹⁹⁴⁵ TRÜEB/ZIMMERLI, *Spitalfinanzierung*, N 86.

¹⁹⁴⁶ En ce sens, TRÜEB/ZIMMERLI, *Spitalfinanzierung*, N 91.

¹⁹⁴⁷ COSANDAY/ROTEN/RUTZ, *Politique hospitalière*, p. 16.

¹⁹⁴⁸ Il y a plusieurs types de *benchmarking*. On parle ici d'un *benchmarking* externe ou concurrentiel, à savoir une comparaison entre concurrents pratiquant la même activité. Sur le *benchmarking* en général et dans le secteur de la santé, cf. PIRATELLI/MONNIER, *Benchmarking*; TRÜEB, *Benchmarking*; ETTORCHITARDY/LEVIF/MICHEL, *Benchmarking*, p. 35 ss. Sur les problèmes en lien avec SwissDRG, WALDNER, *Spitalfinanzierung*, N 1 ss.

Ces comparaisons sont utilisées lors de la décision de planification, mais également dans le domaine tarifaire. Il est possible de comparer les prestations fournies et leur qualité (cf. art. 58*b* al. 4 et 5 LAMal), ainsi que les prix de base ou le prix moyen par cas d'un établissement¹⁹⁴⁹. Elles sont rendues possibles par le fait que les établissements hospitaliers doivent tenir une comptabilité analytique et des statistiques. Les données sont transmises à l'OFS qui les tient à disposition notamment de l'OFSP, du Surveillant de prix, des cantons et des assureurs¹⁹⁵⁰.

Dans le domaine de la planification, les cantons déterminent les besoins puis établissent l'offre. Ils se fondent pour ceci sur les critères de l'art. 58*b* al. 4 et 5 OAMal.

Dans le secteur tarifaire, les comparaisons sont permises par l'introduction du système uniforme de classification des prestations et de la structure tarifaire uniforme¹⁹⁵¹. Selon l'art. 49 al. 8 LAMal, le Conseil fédéral fait procéder à l'échelle nationale à des comparaisons entre les hôpitaux en ce qui concerne notamment les coûts et la qualité des résultats médicaux. Selon l'art. 49 al. 1, dernière phrase LAMal ensuite, les tarifs hospitaliers sont déterminés en fonction de la rémunération des hôpitaux qui fournissent la prestation dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse. Cela signifie que les partenaires tarifaires ou l'autorité cantonale qui fixe le tarif doivent s'orienter en fonction d'une valeur de référence quand ils négocient, respectivement déterminent, le prix de base d'un établissement de soins somatiques aigus. La valeur de référence est dans l'idéal établie par une comparaison de tous les hôpitaux suisses. Lorsque c'est un canton qui fixe le tarif, le TAF lui reconnaît pour le moment une certaine marge de manœuvre¹⁹⁵².

¹⁹⁴⁹ Cf. not Mess-rév.LAMal-2007, p. 5234 ; TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 99, 107. En ce sens aussi, HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 108.

¹⁹⁵⁰ Art. 49 al. 7 LAMal et 9 ss OCP, art. 23 et 59a al. 3 LAMal. Cf. Mess-rév.LAMal-2007, p. 5227 ss.

¹⁹⁵¹ Mess-rév.LAMal-2007, p. 5234. Cf. aussi OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires, p. 4 et 21.

¹⁹⁵² TAF, arrêt C.2283/2013 et C.3167/2013 du 11 septembre 2014 ; HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 108.

Dans ce contexte, le Surveillant des prix procède aussi à des comparaisons et fait des recommandations lorsqu'il examine les tarifs¹⁹⁵³.

D'autres comparaisons sont effectuées par des privés. Santéuisse et le Forum des consommateurs ont lancé un comparateur d'hôpitaux en ligne (« Hostofinder.ch »). Ce portail de comparaison permet aux assurés de s'informer sur la satisfaction des patients d'un hôpital de soins aigus et sur la qualité des traitements reçus¹⁹⁵⁴.

c. Les gains liés à la rémunération forfaitaire

D'une manière générale, la question de la rémunération des prestations peut poser problème. Si les coûts sont pris en charge systématiquement, les établissements hospitaliers ne sont pas motivés à les contrôler. Pour pallier cela, on finance aujourd'hui les prestations et non plus les hôpitaux¹⁹⁵⁵. Les hôpitaux reçoivent un forfait par patient admis, ce qui les incite à ménager l'utilisation des ressources. Selon la gestion du malade, ils peuvent réaliser un gain ou encourir une perte¹⁹⁵⁶. Les gains qui résultent de l'efficacité d'un hôpital ne sont pas contraires à la LAMal¹⁹⁵⁷. De plus, les tarifs et les prix n'ont ni à garantir ou à maintenir un revenu minimal ni un revenu correct¹⁹⁵⁸. Un nouveau tarif peut aussi conduire à une perte de revenu¹⁹⁵⁹.

En revanche, les efforts entrepreneuriaux des hôpitaux n'ont pas d'incidence directe sur le prix des prestations pour les consommateurs finaux, à savoir les patients. Le prix de base devrait par contre être corrigé lors des négociations tarifaires ultérieures, ce qui influencera également la

¹⁹⁵³ Surveillant des prix, DPC 2004/5, p. 1373 ss, *Rapport annuel*, p. 1380. Sur le résultat des comparaisons, cf. chapitre 6 de la présente Partie.

¹⁹⁵⁴ D'autres possibilités de comparaisons existent avec les comparateurs en ligne *Comparis* et *welches-spital.ch*. L'OFSP met également des indications en ligne, tout comme l'association nationale pour le développement de la qualité dans les hôpitaux et cliniques (ANQ).

¹⁹⁵⁵ Cf. Mess-rév.LAMal-2007, p. 5225 et 5234.

¹⁹⁵⁶ Cf. TRÜEB/ZIMMERLI, *Spitalfinanzierung*, N 99 ; COSANDAY/ROTEN/RUTZ, *Politique hospitalière*, p. 18.

¹⁹⁵⁷ FF 2004 4932 ; ATF 138 II 398, c. 3.5.2, RDAF 2013 I 549 ; TAF, arrêt C-1698/2013 du 7 avril 2014.

¹⁹⁵⁸ CF, RAMA 2002 KV 216 233, c. II 8.8.1 ; EUGSTER, *Rechtsprechung KVG ad Art. 43*, N 9.

¹⁹⁵⁹ EUGSTER, *Rechtsprechung KVG ad Art. 43*, N 9 ; CF, KUV 2004 KV 268 40, c. II 9.

position de l'hôpital dans l'étude comparative. Cette situation ne correspond toutefois pas à une concurrence sur les prix traditionnelle telle qu'elle se produit en situation de concurrence efficace¹⁹⁶⁰.

d. Le libre choix de l'hôpital

Le patient dispose du libre choix de l'hôpital dans lequel il veut se faire soigner¹⁹⁶¹, ce qui lui permet *in fine* de choisir son fournisseur de prestations, sans devoir obtenir l'accord de son assurance¹⁹⁶². Ce choix s'étend à tout hôpital figurant sur la liste du canton de domicile du patient ou figurant sur la liste du canton où se situe l'hôpital (hôpital répertorié), dans les limites du mandat de prestations¹⁹⁶³.

Le libre choix de l'hôpital est doublé d'une obligation d'admission envers les assurés résidant dans le canton où se situe l'hôpital¹⁹⁶⁴. Pour les patients résidant hors du canton, l'obligation d'admission n'existe que si le traitement correspond à un mandat de l'hôpital ou en cas d'urgence¹⁹⁶⁵. Le libre choix de l'hôpital – doublé de l'obligation d'admission – apparaît comme un moyen supplémentaire de mise en œuvre de la concurrence entre les établissements hospitaliers. Cette mise en concurrence se fait même au-delà des limites cantonales¹⁹⁶⁶.

Cependant, dans une situation de libre concurrence, les fournisseurs de prestations facturent aux patients, de manière indépendante, des prix conformes au marché. Dans le domaine des soins hospitaliers, ce ne sont pas les patients, mais les assureurs-maladie et les cantons, qui financent les prestations. Pour les patients, aucune incitation à choisir l'hôpital en tenant compte du prix n'existe. Ainsi, le libre choix du fournisseur met en concurrence de nombreux établissements ; cette concurrence n'a pas pour

¹⁹⁶⁰ TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 99 ss. Ces auteurs parlent d'une concurrence sur les coûts plutôt que d'une concurrence sur les prix. Cf. aussi COSANDAY/ROTEN/RUTZ, Politique hospitalière, p. 19.

¹⁹⁶¹ Art. 41 al. 1^{bis} LAMal.

¹⁹⁶² Cf. TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 91.

¹⁹⁶³ Art. 41 al. 1^{bis} LAMal. Cf. HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 107 ; RÜTSCHKE, Cliniques, p. 79.

¹⁹⁶⁴ Art. 41a al. 1 et 2 LAMal. Pour les patients résidant hors du canton où se situe l'hôpital, l'obligation d'admission ne s'applique toutefois que si elle est basée sur des mandats de prestations ainsi que dans les cas d'urgence.

¹⁹⁶⁵ Art. 41a al. 2 LAMal. Cf. RÜTSCHKE, Cliniques, p. 79.

¹⁹⁶⁶ Cf. HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 107.

objet premier la concurrence sur les prix, mais plutôt la concurrence sur la qualité¹⁹⁶⁷.

Avec des forfaits liés aux prestations, la tarification différenciée selon que l'assuré réside ou non dans le canton a été supprimée. Ce type de financement vise ainsi à empêcher d'ériger des obstacles entre les cantons¹⁹⁶⁸. Cependant, le libre choix de l'hôpital dans lequel un patient peut se faire soigner est en réalité limité par les règles de financement prévues. Un traitement hors canton, et dans un établissement qui n'est pas sur la liste du canton de résidence mais sur celle du canton où se situe l'hôpital, est pris en charge jusqu'à concurrence du tarif applicable dans un hôpital listé du canton de résidence du patient. L'éventuelle différence est à sa charge¹⁹⁶⁹. Cela signifie que si un patient souhaite se faire soigner dans un autre canton, il doit vérifier les tarifs applicables où s'assurer que son assurance complémentaire prendra en charge le solde. On a alors malgré tout un effet sur les prix. Pour attirer les patients résidant dans un autre canton, un hôpital doit s'assurer que ses tarifs ne sont pas plus élevés que ceux pratiqués par les hôpitaux des autres cantons.

Une autre critique doit être émise. Certains cantons attribuent des mandats de prestations partiels aux cliniques privées qu'ils inscrivent sur leur liste et limitent ces mandats à des volumes de cas qu'ils arrêtent dans les mandats. Le TF a jugé cette manière de procéder conforme à la LA-Mal¹⁹⁷⁰. Cela est cohérent si la limite quantitative vise tous les assurés. En revanche, l'obligation d'admission concerne également les patients au bénéfice d'une assurance complémentaire de sorte qu'une limitation ciblant spécialement les patients ayant contracté une assurance complémentaire devrait constituer une violation de l'obligation d'admission¹⁹⁷¹.

Malgré ces éléments, le libre choix de l'hôpital donne l'occasion aux assurés de favoriser la concurrence entre hôpitaux, au niveau de la qualité. Toutefois, pour que cette possibilité soit effective, il faut que la transpa-

¹⁹⁶⁷ TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 91.

¹⁹⁶⁸ Mess-rév.LAMal-2007, p. 5226.

¹⁹⁶⁹ Art. 41 al. 1^{bis} LAMal. Cf. HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 107.

¹⁹⁷⁰ ATF 138 II 398, c. 5.4, RDAF 2013 I 549. Pour une critique, MODOUX, Cliniques, p. 17.

¹⁹⁷¹ RÜTSCHKE, Cliniques, p. 79 ss.

rence concernant la qualité des prestations soit assurée ; l'asymétrie de l'information apparaît comme un frein à cet objectif¹⁹⁷².

e. Les instruments de gestion

L'art. 49 al. 7 LAMal, introduit en 2007, prévoit que les hôpitaux doivent disposer d'instruments de gestion adéquats. Ils ont notamment l'obligation de tenir une comptabilité analytique et des statistiques de leurs prestations pour calculer leurs coûts d'exploitation et d'investissement et classer leurs prestations. Ces instruments comprennent, en outre, toutes les données nécessaires pour apprécier le caractère économique, procéder à des comparaisons et établir la tarification et la planification¹⁹⁷³.

Cette exigence permet de mettre en œuvre le *benchmarking*, puisque les données sont de même nature et qualité ainsi que disponibles¹⁹⁷⁴ et transparentes¹⁹⁷⁵. En outre, les données récoltées conformément à l'art. 23 et 49 al. 7 LAMal sont utiles pour l'OFS et l'OFSP, mais également pour le Surveillant des prix¹⁹⁷⁶. Sur ces points, il y a un impact sur la concurrence.

Depuis la révision de 2007, on impose donc l'utilisation d'instruments de gestion et de comptabilité à la manière d'une entreprise¹⁹⁷⁷. Cette exigence est, selon nous, également symbolique. On emprunte les mécanismes de vérification des entreprises et l'on impose leur utilisation aux hôpitaux qui sont alors assimilés à des entreprises.

f. L'égalité de traitement entre hôpitaux

Une condition indispensable à la réalisation d'effets concurrentiels sur un marché « régulé » est le traitement égal des hôpitaux répertoriés¹⁹⁷⁸. A cet égard, la LAMal met sur un pied d'égalité et traite de manière non dis-

¹⁹⁷² OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires, p. 8.

¹⁹⁷³ Cet article est précisé aux art. 9 ss OCP.

¹⁹⁷⁴ Cf. art. 49 al. 7 LAMal.

¹⁹⁷⁵ La transparence dans le système de rémunération et de financement est nécessaire. En ce sens, HÖLZER, System, p. 12.

¹⁹⁷⁶ En ce sens, Mess-rév.LAMal-2007, p. 5229.

¹⁹⁷⁷ Mess-rév.LAMal-2007, p. 5237.

¹⁹⁷⁸ Mess-rév.LAMal-2007, p. 5226 ; TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 7. En ce sens aussi, RÜTSCH, Cliniques, p. 71.

criminoire les hôpitaux publics et privés, et ce tant dans la planification hospitalière que dans la rémunération des prestations.

Dans le cadre de la planification hospitalière, les cantons sont tenus, de par la loi, de prendre en considération les hôpitaux privés de manière adéquate¹⁹⁷⁹. Concernant les tarifs, les conditions-cadre s'appliquent aux hôpitaux publics et privés. Une fois admis, le traitement fourni dans le cadre du mandat est remboursé par le canton (55% min.) et l'assurance (45% max.), peu importe la nature de l'établissement¹⁹⁸⁰.

Le TF a toutefois admis que les mandats de prestations puissent être partiels et contenir des quotas annuels de patients. Les cliniques soumises à une limitation des volumes ne sont pas sur un pied d'égalité avec les hôpitaux – ou cliniques – qui ne sont pas limités. En outre, elles sont freinées dans leur possibilité d'être plus concurrentielles dans le but d'attirer plus de patients¹⁹⁸¹. Cette solution, qui est de prime abord contraire à l'égalité de traitement entre hôpitaux listés, doit pourtant être admise. Il n'y a en effet pas de droit à un financement des prestations quantitativement illimité de la part de l'Etat et cette mesure répond à un intérêt public, celui d'éviter des traitements qui ne répondent pas à un besoin médical¹⁹⁸². En revanche, la légitimité de la restriction de l'admission du nombre de patients au bénéfice d'une assurance complémentaire, admise par le TF, nous semble douteuse au regard des principes de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence et d'égalité de traitement entre concurrents, en particulier si elle ne vise que les cliniques privées¹⁹⁸³.

C. Les effets de la révision de la LAMal

La plupart des mesures prévues par la révision de la LAMal sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2012, respectivement 2014 (pour l'application des critères de qualité et d'économicité dans les planifications). Le droit transitoire prévoit cependant que certaines adaptations doivent définitivement être mises en œuvre en 2017 (atteindre la part de 55% de rem-

¹⁹⁷⁹ Art. 39 al. 1 let. d LAMal. Sur cette notion, TAF, arrêt C-4989/2012 du 29 avril 2013, c. 10.3 ; ATF 138 II 395, c. 3.9.1, RDAF 2013 I 549.

¹⁹⁸⁰ OFSP, Evaluation – Concept global, p. 2 ; OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires, p. 12. Cf. Mess-rév.LAMal-2007, p. 5226.

¹⁹⁸¹ Cf. MODOUX, Cliniques, p. 17.

¹⁹⁸² RÜTSCHÉ, Clinique, p. 88.

¹⁹⁸³ RÜTSCHÉ, Clinique, p. 86 ss.

boursement pour le canton), voire 2018 (adopter une structure tarifaire uniforme dans le domaine de la psychiatrie et de la réadaptation)¹⁹⁸⁴.

Les premières études évaluant les effets de la révision de la LAMal commencent à être disponibles¹⁹⁸⁵. Plusieurs éléments peuvent être soulignés.

Le premier concerne l'examen de la concurrence entre les hôpitaux. La concurrence entre les hôpitaux a augmenté après la révision. Les principaux effets sont l'accroissement de l'efficacité et de la transparence¹⁹⁸⁶. De plus, certains effets négatifs craints au moment de l'adoption de la révision, comme des surcodages¹⁹⁸⁷ ou des déficits de soins pour les cas difficiles ou financièrement moins intéressants, ne se sont pas produits¹⁹⁸⁸. En revanche, les études montrent quelques effets négatifs : il est vraisemblable que les établissements procèdent à des sélections de patients¹⁹⁸⁹. En outre, le nouveau système a causé un accroissement de la charge administrative¹⁹⁹⁰. Il est toutefois possible d'aller encore plus loin. Les prescriptions cantonales et l'asymétrie de l'information sont encore des freins à la concurrence¹⁹⁹¹. D'autres mesures sont proposées par divers groupes d'experts¹⁹⁹² et d'intérêts¹⁹⁹³.

Le deuxième élément concerne les effets du nouveau droit sur les coûts des prestations fournies. Les études menées directement après l'entrée en

¹⁹⁸⁴ OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires, p. 3.

¹⁹⁸⁵ OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires ; HEDINGER/TUCH/WIDMER, Qualité ; PELLEGRINI/ROTH, Evolution 2014-2015 ; PELLEGRINI/ROTH, Evolution 2013 ; CO-SANDEY/ROTEN/RUTZ, Politique hospitalière.

¹⁹⁸⁶ OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires, p. 22-25 ; PELLEGRINI/ROTH, Evolution 2014-2015, p. 4.

¹⁹⁸⁷ Attribution à un patient d'un code (DRG) financièrement plus intéressant.

¹⁹⁸⁸ OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires, p. 22-25.

¹⁹⁸⁹ OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires, p. 22-25 ; WIDMER ET AL., Synthèse, p. 4.

¹⁹⁹⁰ OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires, p. 22-25. Pour les buts de la révision, BRUMANN, Tarif- und Tarifverträge, p. 164 s.

¹⁹⁹¹ OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires, p. 25.

¹⁹⁹² Cf, p. ex. OFSP, Freiner la hausse des coûts dans l'AOS, p. 58 ss proposent une planification hospitalière régionale.

¹⁹⁹³ Pour des propositions de « thérapie pour le secteur hospitalier », COSAN-DAY/ROTEN/RUTZ, Politique hospitalière, p. 36 ss qui proposent de mieux doser les subventions, de réanimer la concurrence par les patients et de réduire les compétences des cantons.

vigueur de la révision ne montraient pas de maîtrise de l'accroissement des coûts¹⁹⁹⁴. Elles relevaient que les revenus totaux des hôpitaux avaient augmenté¹⁹⁹⁵ et que les coûts des prestations hospitalières (coûts des hôpitaux) augmentaient de manière plus importante qu'auparavant¹⁹⁹⁶. Les études plus récentes montrent en revanche que cette tendance ne s'est pas poursuivie et les chiffres sont aujourd'hui plus modérés, voire se stabilisent. On retient à présent plutôt que le changement de système a conduit à un certain frein de la croissance des dépenses¹⁹⁹⁷. En outre, la participation des cantons à la rémunération augmente également et soulage l'AOS, ce qui était voulu¹⁹⁹⁸.

Le troisième élément concerne la qualité des prestations. On ne peut tirer de conclusions limpides sur une augmentation ou une baisse de la qualité¹⁹⁹⁹, mais une tendance vers une légère augmentation de celle-ci se dessine²⁰⁰⁰. Sans que cela ne soit clairement imputable à la révision, on note aussi que les durées d'hospitalisation se sont écourtées²⁰⁰¹ et que les patients sont souvent transférés plus tôt dans des institutions intervenant après les hospitalisations²⁰⁰².

¹⁹⁹⁴ Il semble toutefois que sans la réglementation transitoire relative à la prise en charge de la rémunération, et en tenant compte que les coûts d'utilisation des immobilisations sont désormais pris en compte, les coûts à charge de l'AOS auraient été plus bas qu'en 2012. Cf. OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires, p. 5 et 9.

¹⁹⁹⁵ OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires, p. 5.

¹⁹⁹⁶ OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires, p. 5 ; COSANDAY/ROTH/RUTZ, Politique hospitalière, p. 24.

¹⁹⁹⁷ PELLEGRINI/ROTH, Evolution 2014-2015, p. 1 ss ; COSANDAY/ROTH/RUTZ, Politique hospitalière, p. 24.

¹⁹⁹⁸ Les assurances complémentaires voient leurs coûts diminuer. OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires, p. 5 ; PELLEGRINI/ROTH, Evolution 2014-2015, p. 6.

¹⁹⁹⁹ OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires, p. 10 ; HEDINGER/TUCH/WIDMER, Qualité, p. 6.

²⁰⁰⁰ COSANDAY/ROTH/RUTZ, Politique hospitalière, p. 28 s.

²⁰⁰¹ OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires, p. 42 ; HEDINGER/TUCH/WIDMER, Qualité, p. 2 ss.

²⁰⁰² On parle de transferts partiels. Cf. OFSP, Evaluation – résultats intermédiaires, p. 42 ; PELLEGRINI/ROTH, Evolution 2014-2015, p. 3 s. ; HEDINGER/TUCH/WIDMER, Qualité, p. 5 s. ; WIDMER ET AL. Synthèse, p. 8 ss ; WIDMER ET AL., Leistungsverlagerung, p. 1 ss.

III. LE CHOIX DU LÉGISLATEUR POUR LES HÔPITAUX HORS-LISTE ET LES PRESTATIONS RELEVANT DE L'ASSURANCE-MALADIE COMPLÉMENTAIRE

Avec l'entrée en vigueur de la LAMal, une séparation entre l'assurance obligatoire et les assurances complémentaires est opérée²⁰⁰³. Les soins fournis par des établissements hospitaliers qui ne sont pas pris en charge en vertu de la LAMal ne sont pas soumis à une planification. Les tarifs sont fixés librement. La concurrence vaut aussi sur le choix des prestations, les équipements, le confort et l'hôtellerie, le personnel ou encore l'image²⁰⁰⁴. En principe, l'acquisition de matériel est libre, sauf dans les cantons qui ont adopté des réglementations limitant la possibilité de se procurer certains équipements médico-techniques coûteux.

On retient que ce qui sort de l'éventail des prestations LAMal doit rester soumis aux lois du marché²⁰⁰⁵. La LCart s'applique et doit dès lors être respectée. En outre, le Surveillant des prix peut intervenir directement contre les tarifs et les conventions tarifaires, si les conditions des art. 1 et 2 LSPr sont remplies. Finalement, la LCD s'applique dans les limites décrites, ce qui permet de garantir une certaine loyauté dans les relations entre les acteurs sur le marché.

Notons que certaines synergies existent entre les prestations hospitalières prises en charge par la LAMal et celles prises en charge par une assurance complémentaire²⁰⁰⁶. En effet, le même établissement peut exercer les deux activités. Ainsi, les hôpitaux publics essaient d'attirer des patients avec une couverture privée²⁰⁰⁷. En outre, des risques de double facturation par les cliniques privées sont constatés. On vise la situation où une clinique privée prend en charge, dans le cadre d'un mandat de prestation, un assuré ayant contracté une assurance complémentaire²⁰⁰⁸. Celui-ci peut alors

²⁰⁰³ DESPLAND, Liens, p. 206.

²⁰⁰⁴ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 115.

²⁰⁰⁵ Mess-rév.LAMal-2007, p. 5223 ; OFSP, Commentaire OAMal-2009, p. 7.

²⁰⁰⁶ La volonté de mieux séparer les deux domaines a été à plusieurs reprises exprimées, notamment par des initiatives parlementaires. Cf. DESPLAND, Liens, p. 213 ss.

²⁰⁰⁷ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 115.

²⁰⁰⁸ Sur l'absence de séparation entre les domaines de l'AOS et de l'assurance complémentaire, LONGCHAMP, Prestations, p. 370. Sur les risques de double facturation, RÜTSCHKE, Aufsicht, N 89.

être tenté de facturer tant à l'assurance de base qu'à l'assurance complémentaire²⁰⁰⁹. On vise aussi le cas où un médecin chef soigne un patient en division privée ou demi-privée et facture ses prestations séparément. Si les frais médicaux couverts par un forfait DRG ne sont pas déduits de sa facture, il y a alors également une double facturation²⁰¹⁰. Une intervention de la FINMA doit être possible dans la mesure où la double rémunération par un assureur peut être considéré comme un abus au sens de la LSA²⁰¹¹.

IV. LE RÔLE PLURIEL DES CANTONS

Finalement, un dernier élément peut être mis en évidence. Dans le secteur de la santé, et spécialement en lien avec les hôpitaux, le canton revêt plusieurs casquettes. Il agit comme planificateur, établit la liste des hôpitaux admis, agit comme autorité d'approbation des tarifs et détient ou exploite des hôpitaux qui sont en concurrence avec des établissements privés. Les risques de subventionnements croisés existent. Dans ce contexte, le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence revêt une importance primordiale²⁰¹².

²⁰⁰⁹ Sur cette question, KIESER, *Compétence*, p. 4 ss.

²⁰¹⁰ RÜTSCHKE, *Aufischt*, N 36 et 70.

²⁰¹¹ RÜTSCHKE, *Aufischt*, N 70. Sur la notion d'abus, RÜTSCHKE, *Aufischt*, N 61 ss.

²⁰¹² En ce sens, OGGIER, *Marktmacht*, p. 11.

Cinquième Partie :

Le droit de la concurrence et les
médecins

INTRODUCTION

La cinquième partie de la présente étude est consacrée à l'application du droit de la concurrence dans le contexte de l'activité du médecin. Nous commençons par examiner l'application des dispositions de la Constitution économique (chapitre 1).

Les chapitres 2 et 3 ont pour objet l'application de la LCart. Nous traitons en premier lieu des relations entre médecins et assureurs et examinons dans ce cadre le Tarif Tarmed ainsi que les assurances-maladie complémentaires ambulatoires. Nous examinons en second lieu les relations entre les médecins et entre les médecins et des tiers.

Le chapitre 4 est consacré à l'application de la LSPr aux prix des prestations.

L'application de la LCD dans le contexte de l'activité du médecin est l'objet du chapitre 5.

Cette partie se termine par une analyse du système choisi (chapitre 6).

Chapitre 1 : LES MÉDECINS ET LA CONSTITUTION ÉCONOMIQUE

Dans ce présent chapitre, nous nous questionnons sur les liens existant entre l'exercice de la profession de médecin et les principales dispositions constitutionnelles liées à la liberté économique – notion comprise dans un sens large. Nous commençons par déterminer si, et dans quelle mesure, les médecins peuvent être titulaires de la liberté économique (I). Nous examinons ensuite la conformité de diverses composantes de la réglementation de la profession de médecin, à savoir principalement les règles découlant de la LPMéd (II) et la clause du besoin prévue par la LAMal (III), au regard des dispositions protégeant la liberté économique.

I. LES MÉDECINS COMME TITULAIRES DE LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE

Pour rappel²⁰¹³, la liberté économique (art. 27 Cst.) protège toute activité économique lucrative privée, exercée à titre professionnel, et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu, c'est-à-dire exercée dans un but lucratif. Il faut en premier lieu déterminer si le médecin est, d'un point de vue personnel, titulaire de cette liberté. Il faut ensuite déterminer si l'on se trouve dans le champ de protection matériel de l'art. 27 Cst. – une activité économique privée est-elle exercée ? Si les conditions sont remplies, on se questionne alors sur la portée de la liberté : l'activité ou le comportement que l'on examine entre-t-il dans le champ de protection de l'art. 27 Cst. ? Certains comportements sont protégés contre des interventions de l'Etat, notamment, le libre choix de la profession ou le libre accès à une activité économique privée. Cette garantie n'est pas absolue ; l'art. 36 Cst. fixe les conditions aux mesures restrictives.

Qu'en est-il du médecin ? D'un point de vue personnel²⁰¹⁴, un médecin²⁰¹⁵, en tant que personne physique, voire un cabinet médical, en tant que personne morale, peut en principe invoquer la liberté économique.

²⁰¹³ Cf. Première Partie, Chap. 2.II.A.b.

²⁰¹⁴ D'un point de vue personnel, toute personne, physique ou morale, indépendante ou non, qui exerce une telle activité, dans la mesure où elle n'est pas exclue du champ de protection du fait de sa nationalité peut l'invoquer. Cf. Première Partie, Chap. 2.II.A.b.i. et références.

Ensuite, on retiendra que, dans le cas où le médecin exerce à titre privé, on entre dans le champ d'application matériel²⁰¹⁶ de la liberté économique. En revanche, s'il exerce en lien avec l'Etat, il perd la protection²⁰¹⁷. Aussi, d'une manière générale, l'exercice d'une activité étatique ou d'une fonction publique n'est-il pas protégé²⁰¹⁸ (puisque l'activité économique exercée n'est pas privée). Un fonctionnaire peut cependant invoquer cette liberté pour une activité lucrative privée exercée dans son temps libre et qui n'est pas en rapport avec la fonction exercée dans l'administration²⁰¹⁹. Finalement, la liberté économique ne donne – sauf exception²⁰²⁰ – pas droit à des prestations de la part de l'Etat.

Pour être précise, il faut distinguer le statut du médecin et les circonstances, principalement quant à la portée de la protection.

Les médecins installés en cabinet exerçant sous leur propre responsabilité sont titulaires de la liberté économique. Lorsqu'ils l'invoquent, le tribunal examinera alors si ce dont ils se plaignent constitue réellement une atteinte à la liberté économique (portée de la liberté). Dans l'affirmative, il examinera si cette atteinte est fondée sur une base légale, si elle répond à un intérêt public ou privé prépondérant et si elle est proportionnée²⁰²¹. La jurisprudence connaît plusieurs exemples. Le médecin qui s'est fait retirer

²⁰¹⁵ ATF 130 I 26, c. 4.1, JdT 2005 I 143 ; ATF 125 I 267, c. 2b, JdT 2001 I 586 ; ATF 121 I 230, c. 3h (n.t.) ; ATF 118 Ia 175, c. 1, JdT 1994 I 643 ; ATF 117 Ia 90, c. 3b, JdT 1993 I 34 ; ATF 113 Ia 38, c. 4a (fr). Cela vaut aussi en principe pour les autres professions médicales, ATF 128 I 92, c. 2a, JdT 2003 I 168 ; ATF 125 I 267, c. 2b ; ATF 125 I 322, c. 3a, JdT 2001 I 586.

²⁰¹⁶ En ce sens, BSK BV-UHLMANN, Art. 27, N 25. Sur le champ d'application matériel de la liberté économique et sur la notion d'activité économique privée, cf. Première Partie, Chap. 2.II.A.b.i. ainsi que HOFMANN, Liberté économique, p. 55 ss.

²⁰¹⁷ En ce sens, BSK BV-UHLMANN, Art. 27, N 19 et 25. En ce sens à propos de l'avocat, HOFMANN, liberté économique, p. 31.

²⁰¹⁸ ATF 130 I 26, c. 4.1, JdT 2005 I 143. Cf. par exemple ATF 128 I 280, c. 3, JdT 2004 I 2 et ATF 124 I 297, c. 3a sur la profession de notaire exerçant dans certains cantons une activité de puissance publique (déléguée) et ne pouvant pas se prévaloir de la liberté économique. Cf. aussi, pour d'autres cas de fonctionnaires ATF 121 I 326, c. 2a, JdT 1997 I 273 ; ATF 103 Ia 394, c. 2c, JdT 1979 I 382.

²⁰¹⁹ ATF 121 I 326, c. 2a, JdT 1997 I 273 ; ATF 130 I 26, c. 4.1, JdT 2005 I 143.

²⁰²⁰ On pense au droit conditionnel de l'usage accru du domaine public, cf. ATF 130 I 26, c. 4.1 et références, JdT 2005 I 143.

²⁰²¹ Art. 36 Cst. Cf. parmi beaucoup d'autres AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 183 ss.

son autorisation de pratiquer à titre indépendant – selon l’ancienne terminologie – subit une restriction grave à sa liberté économique. Le Tribunal fédéral examine si les conditions de l’art. 36 Cst. sont remplies²⁰²². L’autorisation était nécessaire pour exercer à titre indépendant. La LPMéd a été modifiée. Depuis 2018, on retient le critère de la pratique de la profession à titre d’activité économique privée sous sa propre responsabilité. La jurisprudence rendue sous l’ancien droit reste pertinente, dans la mesure où l’autorisation est nécessaire pour avoir accès à l’exercice de l’activité lucrative économique privée (selon les termes de l’art. 27 al. 2 Cst.). La liberté économique s’applique également aux médecins indépendants pour l’achat et la vente de médicaments. La limite imposée à la vente de médicaments est une atteinte à la liberté économique du médecin, et ce même si elle constitue une activité lucrative accessoire ou occasionnelle. Elle doit donc remplir les conditions de restrictions de l’art. 36 Cst.²⁰²³. Le médecin indépendant qui n’est pas admis par une assurance-maladie comme « médecin de famille » est certes titulaire de la liberté économique, mais le TF a laissé ouverte la question de savoir si ce refus constituait une violation²⁰²⁴. Les médecins étrangers qui se voient refuser la reconnaissance de leur diplôme, et donc la possibilité de pratiquer à titre indépendant, peuvent également se prévaloir de la liberté économique²⁰²⁵. Les étrangers qui sont au bénéfice d’un permis d’établissement ou de séjour avec droit au renouvellement sont aussi protégés²⁰²⁶. Le TF examine les conditions de restrictions²⁰²⁷.

En revanche, le médecin employé d’un établissement de droit public – comme seule activité – ne peut se prévaloir de la liberté économique s’il est considéré, selon la législation cantonale qui lui est applicable, comme un fonctionnaire ou un agent public. En effet, ceux-ci, lorsqu’ils agissent dans le cadre de leur fonction publique conformément au droit public

²⁰²² TF, arrêt 2C_694/2016 du 23 décembre 2016, c. 3 ; TF, arrêt 2C_500/2012 du 22 novembre 2012, c. 3.2.

²⁰²³ ATF 118 Ia 175, c. 1-2a, JdT 1994 I 643 et réf.

²⁰²⁴ ATF 141 V 557, c. 8.2 (fr).

²⁰²⁵ ATF 125 I 267, c. 2b non traduit in JdT 2001 I 586 ; ATF 117 Ia 90, c. 3, JdT 1993 I 34.

²⁰²⁶ ATF 125 I 182, JdT 2000 I 796 ; ATF 123 I 212 ; ATF 123 I 19 ; HOFMANN, Clause du besoin, p. 792 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 930 ss et N 933 pour une critique de la jurisprudence jugée trop restrictive.

²⁰²⁷ ATF 125 I 267, c. 2.c, JdT 2001 I 586 ; ATF 117 Ia 90, c. 3a-b, JdT 1993 I 34.

cantonal (rapport de travail de droit public), ne sont pas titulaires des droits découlant de l'art. 27 Cst. pour cette activité²⁰²⁸. Une nuance peut être apportée. Bien qu'il soit admis que la liberté économique vise en premier lieu les indépendants, la jurisprudence a reconnu qu'elle soit invocable, dans certains cas, par les salariés et employés. Cette prérogative est toutefois, et avant tout, d'ordre formel et se réduit quasiment au libre choix de la place de travail²⁰²⁹. En revanche, ceux-ci peuvent aussi se plaindre qu'une législation cantonale interdit l'exercice indépendant de leur profession²⁰³⁰. Cela vaut pour les médecins installés exerçant au sein d'une SA (cabinet de groupe, clinique, etc.).

Il faut encore distinguer des cas de figure hybrides. On pense d'abord au médecin qui n'est pas employé, mais qui a une clientèle privée dans un hôpital (*Belegarzt*), soit un médecin indépendant – selon l'ancienne terminologie – autorisé à exercer dans un établissement public. En tant que médecin indépendant, il est titulaire de la liberté découlant de l'art. 27 Cst., mais celle-ci ne lui confère pas un droit à exercer une activité lucrative privée au sein d'hôpitaux subventionnés²⁰³¹. Il ne peut donc l'invoquer contre une disposition cantonale qui prévoit la remise à l'Etat d'une partie des honoraires perçus par l'exercice de cette activité, dans la mesure où une telle disposition ne viole pas l'art. 27 Cst.²⁰³².

On pense ensuite au médecin employé dans un hôpital où il est également autorisé à développer une clientèle privée. Certains cantons le permettent et le réglementent, à l'image du canton de Genève qui prévoit des prélèvements et des retenues sur les honoraires privés²⁰³³. Pour savoir si le médecin peut invoquer sa liberté économique contre une restriction qui touche cette activité, il faut déterminer, selon la législation du canton, si cette activité est privée (au sens juridique) ou si elle est exercée dans le

²⁰²⁸ ATF 130 I 26, c. 4.1, JdT 2005 I 143 ; TF, arrêt 2P.158/1997 du 11 août 1998, c. 4. En doctrine, BSK BV-UHLMANN, Art. 27, N 19 s.

²⁰²⁹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 926.

²⁰³⁰ ATF 123 I 312 ; ATF 112 Ia 318 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 926.

²⁰³¹ ATF 121 I 230, c. 3h ; ATF 130 I 26, c. 4.1, JdT 2005 I 143.

²⁰³² ATF 121 I 230, c. 3.h.

²⁰³³ Cf. art. 11A et 11B de la loi genevoise sur les établissements publics médicaux (LEPM) du 19 septembre 1980, RS GE K 2 05.

cadre de leur fonction publique conformément au droit public cantonal²⁰³⁴. Dans le cas genevois, cette éventualité est régie par une législation de droit public et non par un contrat, l'exercice de la pratique « privée » a lieu à l'hôpital, le médecin doit traiter tous les patients de la même manière, les honoraires sont fixés selon les tarifs d'usage, l'hôpital gère le contentieux, les médecins ne participent pas aux primes d'assurance-responsabilité pour cette activité et il s'agit d'une pratique dépendante salariée du point de vue des assurances sociales. Le TF tranche alors que cette activité reste dans le cadre de celle de fonctionnaire et relève du droit public²⁰³⁵. Dès lors, la liberté économique (en l'espèce selon l'art. 31 aCst.) ne peut être invoquée contre la législation cantonale²⁰³⁶.

Finalement, le médecin fonctionnaire qui traite en sus une clientèle privée hors hôpital, dans une clinique ou un cabinet²⁰³⁷, peut invoquer sa liberté économique pour son activité hors de l'hôpital.

Nous souhaitons maintenant apporter quelques approfondissements en lien avec la portée de la liberté économique. Tout d'abord, nous nous demandons si la LPMéd respecte la liberté économique (II). Nous nous questionnons ensuite sur la limitation de l'admission des médecins (III).

II. LA CONFORMITÉ DE LA LPMÉD À LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE

La LPMéd²⁰³⁸ s'appuie sur l'art. 95 al. 1 Cst.²⁰³⁹ qui prévoit que la Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées²⁰⁴⁰. Cette notion d'activité économique entre en tension avec la liberté économique (art. 27 Cst.) qui protège le libre choix et l'exercice d'une profession ainsi que l'accès à un gain ou un revenu découlant de l'activité. L'art. 95 al. 1 Cst. use du terme de « l'exercice », on pense ici à

²⁰³⁴ Sur le droit cantonal, RDAF 1999 I 61, c. 3.a et 3.b.cc.

²⁰³⁵ RDAF 1999 I 61, c. 3.c.cc.

²⁰³⁶ RDAF 1999 I 61, c. 4.

²⁰³⁷ Cf. RDAF 1999 I 61, c. 3.

²⁰³⁸ Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (LPMéd), RS 811.11. La loi est entrée en vigueur en 2007 pour la grande majorité des dispositions. Une petite partie d'entre elles est entrée en vigueur en 2008.

²⁰³⁹ Pour d'autres informations, cf. Commentaire LPMéd-UHLMANN, Verfassungsrechtliche Grundlage.

²⁰⁴⁰ Cf. Commentaire LPMéd-FLEINER, Historische Entwicklung, N 13.

l'exercice de la profession, c'est-à-dire aussi la formation professionnelle postgrade et continue²⁰⁴¹. En outre, l'art. 95 Cst. peut justifier une dérogation au principe de la liberté économique selon l'art. 94 al. 4 Cst.

A. Le régime de l'autorisation

La LPMéd instaure une réglementation relativement stricte et fixe des exigences uniformes pour les médecins. Selon le message publié lors de l'adoption de la LPMéd, la nécessité d'obtenir une autorisation ainsi que l'obligation de formation constituent une atteinte grave à la liberté économique²⁰⁴².

Elle se fonde toutefois sur une base légale²⁰⁴³ (art. 34 et 36 LPMéd). Elle est ensuite justifiée par un intérêt public²⁰⁴⁴, à savoir la protection de la santé des patients²⁰⁴⁵. En effet, l'autorisation n'est fournie que si le médecin répond aux conditions (entre autres de formation) qui sont fixées de manière à garantir que les soins prodigués soient de qualité. Cette mesure est donc également apte²⁰⁴⁶ à atteindre le but d'intérêt public. L'atteinte doit finalement être limitée à ce qui est nécessaire²⁰⁴⁷ pour garantir le but de la protection de la santé. Sous le nouveau régime, seules les personnes travaillant sous leur propre responsabilité devront obtenir une autorisation. Selon le message relatif à la révision de la LPMéd, avec une personne qui travaille dans un rapport de subordination, « il faut partir de l'idée que la surveillance offre un contrôle suffisant pour assurer la sécurité des patients, sans qu'il soit nécessaire de demander encore une autorisation. Cette conception garantit que la responsabilité du traitement in-

²⁰⁴¹ Commentaire LPMéd-UHLMANN, Verfassungsrechtliche Grundlage, N 4.

²⁰⁴² Mess-rév.LPMéd-2007, p. 5591. Sur la notion d'autorisation, TSCHAN-NEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 44 N 1 ss.

²⁰⁴³ Art. 36 al. 1 Cst. Sur l'exigence de la base légale, cf. parmi beaucoup d'autres AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 183 ss.

²⁰⁴⁴ Art. 36 al. 2 Cst. Sur l'exigence de l'intérêt public, cf. parmi beaucoup d'autres AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 211 ss.

²⁰⁴⁵ Mess-LPMéd, p. 18 ; Mess-rév.LPMéd-2015, p. 5591 ; Commentaire LPMéd-DUMOULIN, Art. 34, N 2.

²⁰⁴⁶ Art. 36 al. 3 Cst. Sur l'exigence de l'aptitude, cf. parmi beaucoup d'autres AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 230 s.

²⁰⁴⁷ Art. 36 al. 3 Cst. Sur l'exigence de la nécessité, cf. parmi beaucoup d'autres AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 232 s.

combe à un professionnel titulaire de la formation correspondante »²⁰⁴⁸. Finalement, on admet que cette réglementation respecte le principe de la proportionnalité au sens étroit²⁰⁴⁹. En effet, les intérêts de protection de la santé publique prennent le dessus sur l'intérêt d'une personne à exercer la profession de médecin sans devoir requérir une autorisation et ainsi respecter les exigences fixées à ce titre.

B. Le régime des sanctions

La LPMéd prévoit une série de mesures disciplinaires qui peuvent être prononcées en cas de violation des devoirs professionnels, des dispositions de la loi ou des dispositions de mise en œuvre de la loi. A cet égard, la sanction peut aller jusqu'à une interdiction de pratiquer (temporaire ou définitive). Cette mesure constitue une atteinte grave à l'art. 27 Cst.²⁰⁵⁰. Cependant²⁰⁵¹, une base légale au sens formel existe (art. 43 LPMéd)²⁰⁵².

La sanction poursuit un but de protection de la santé publique et des patients²⁰⁵³. Le TF a également considéré que « les mesures disciplinaires infligées (...) ont principalement pour but de maintenir l'ordre dans la profession, d'en assurer le fonctionnement correct, d'en sauvegarder le bon renom et la confiance des citoyens envers cette profession, ainsi que de protéger le public contre ceux de ses représentants qui pourraient manquer des qualités nécessaires. Les mesures disciplinaires ne visent pas, au premier plan, à punir le destinataire (...) »²⁰⁵⁴.

Le TF admet ensuite qu'une certaine liberté est laissée à l'autorité disciplinaire dans le choix de la sanction, pour autant que cela respecte le principe de la proportionnalité²⁰⁵⁵. La mesure est donc apte à atteindre le but

²⁰⁴⁸ Mess-rév.LPMéd, p. 5591.

²⁰⁴⁹ Art. 36 al. 1 Cst. Sur l'exigence de la proportionnalité au sens étroit, cf. parmi beaucoup d'autres AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 234 ss.

²⁰⁵⁰ ATF 125 I 322, c. 3 ; TF, arrêt 2C_500/2012 du 22 novembre 2012, c. 3.2 ; HOFMANN, Clause du besoin, p. 792 ; LONGCHAMP, Prestations, p. 283.

²⁰⁵¹ Sur les conditions de restriction prévue par l'art. 36 Cst. cf. parmi beaucoup d'autres AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 177 ss.

²⁰⁵² TF, arrêt 2C_694/2016 du 23 décembre 2016, c. 3 ; TF, arrêt 2C_500/2012 du 22 novembre 2012, c. 3.2.

²⁰⁵³ TF, arrêt 2C_694/2016 du 23 décembre 2016, c. 3 ; LONGCHAMP, Prestations, p. 283.

²⁰⁵⁴ TF, arrêt 2C_500/2012 du 22 novembre 2012, c. 3.3.

²⁰⁵⁵ TF, arrêt 2C_500/2012 du 22 novembre 2012, c. 3.2. Dans un autre domaine (sanction contre un avocat), ATF 106 IA 100, c. 13c, JdT 1982 I 579.

visé. En revanche, le résultat de l'examen des deux autres sous-conditions (principe de la nécessité et de la proportionnalité au sens étroit) dépend du cas d'espèce²⁰⁵⁶. « Le choix de la nature et de la quotité de la sanction doit être approprié au genre et à la gravité de la violation des devoirs professionnels et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer les buts d'intérêt public recherchés. A cet égard, l'autorité doit tenir compte en premier lieu d'éléments objectifs, à savoir des conséquences que la faute a entraînées sur le bon fonctionnement de la profession en cause, et de facteurs subjectifs tels que la gravité de la faute, ainsi que les mobiles et les antécédents de l'intéressé »²⁰⁵⁷. Un retrait définitif ne peut être prononcé que comme *ultima ratio*²⁰⁵⁸.

C. Les limites en lien avec la publicité

Finalement, et pour des raisons similaires, les limites imposées au médecin quant à la possibilité de faire de la publicité, ne violent pas sa liberté économique. En effet, elles reposent sur une base légale, à savoir la LPMéd ou les lois cantonales sur la santé²⁰⁵⁹. Elles répondent à un intérêt public : « une réclame tapageuse ou excessive risquerait (...) de se traduire dans le public par une diminution de la confiance envers les personnes jugées aptes à exercer l'art de guérir et donc par un recours plus fréquent du public à des personnes non autorisées »²⁰⁶⁰. Finalement, les limites prévues par le droit fédéral répondent au principe de la proportionnalité puisqu'elles se limitent à interdire la publicité qui n'est pas objective et qui ne répond pas à un intérêt général ainsi que celle qui induit en erreur ou importune.

III. LA CONFORMITÉ DE LA CLAUSE DU BESOIN À LA CONSTITUTION ÉCONOMIQUE

La réglementation instaurée par l'art. 55a LAMal constitue une restriction de l'accès au marché²⁰⁶¹ et sa mise en œuvre est questionnable du point de vue des dispositions contenues dans la Constitution économique.

²⁰⁵⁶ Pour des exemples concrets, TF, arrêt 2C_694/2016 du 23 décembre 2016, c. 3.

²⁰⁵⁷ TF, arrêt 2C_500/2012 du 22 novembre 2012, c. 3.3.

²⁰⁵⁸ TF, arrêt 2C_500/2012 du 22 novembre 2012, c. 3.3.

²⁰⁵⁹ Art. 40 let. d LPMéd. Pour les lois cantonales, cf. Chap. 5.II.B.b.-d.

²⁰⁶⁰ TF, DPC 1998/2, p. 346, C. SA c. Neuchâtel, c. 3c.

²⁰⁶¹ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 97.

A. L'interdiction de pratiquer à charge de l'AOS comme atteinte

Cette réglementation peut être critiquée sous divers angles (art. 27 et 94 Cst.). L'Etat intervient de manière forte dans la concurrence. Le fait de fixer, sous forme de tableau, un nombre maximum de spécialistes constitue une mesure de planification économique²⁰⁶². On a dès lors un conflit avec le principe de la liberté économique²⁰⁶³ – puisque la mesure va à l'encontre d'une économie de marché et que les rapports de concurrence sont modifiés²⁰⁶⁴. Dans ce contexte, il faudrait que les conditions de l'art. 94 al. 4 Cst. soient remplies²⁰⁶⁵. En outre, le principe même de la clause du besoin entre, de prime abord, en conflit avec le principe de neutralité concurrentielle, puisque la mesure n'est pas neutre et qu'elle fausse le libre jeu de la concurrence²⁰⁶⁶.

On peut, en second lieu, se questionner sur la conformité du régime à la liberté économique. Une interdiction de pratiquer constitue une atteinte grave à la liberté économique du professionnel. En revanche, la réglementation prévue à l'art. 55a LAMal ne constitue pas, *per se*, une interdiction de pratiquer, dans la mesure où seule la possibilité de facturation à l'AOS est visée. Les médecins qui ne se trouvent pas sur la liste sont en réalité empêchés d'obtenir une prestation positive de l'Etat (à savoir la prise en charge par l'AOS), ce qui ne constitue en théorie pas un comportement protégé par la liberté économique²⁰⁶⁷. En outre, la liberté économique ne

²⁰⁶² HOFMANN, Liberté économique, p. 86 concernant l'ancienne OLAF.

²⁰⁶³ Selon la vision défendue par HOFMANN, il faudrait considérer une clause du besoin comme une atteinte au principe de la liberté économique (art. 94 Cst.) puisque c'est la dimension institutionnelle (et non la dimension individuelle protégée par l'art. 27 Cst.) qui est en jeu. Il faudrait, selon lui, reconnaître le caractère justiciable de ce principe. Le TF ne semble toutefois pas prêt à changer son approche. Voir très sommairement SCHMID/SCHOTT/UHLMANN, NZZ-Ärztstopps, p. 15 ; REICH, Wirtschaftsfreiheit, N 875 et 877.

²⁰⁶⁴ Cf. Première Partie, Chap.2.II.A.b.ii. sur le principe de la liberté économique. Cf. aussi HOFMANN, Clause du besoin, p. 794.

²⁰⁶⁵ Cf. Première Partie, Chap.2.II.A..b.ii. et HOFMANN, Clause du besoin, p. 794.

²⁰⁶⁶ Sur cette notion, cf. Première Partie, Chap.2.II.A..d.i. et MARTENET, Géométrie, p. 595 ; JAAG, Wettbewerbsneutralität, p. 478 ; HOFMANN, Liberté économique, p. 91.

²⁰⁶⁷ Parmi d'autres ATF 130 I 26, c. 4.2 et 4.5, JdT 2005 I 143 ; ATF 141 V 557, c. 7.1 (fr). Cf. aussi POLEDNA, Bedürfnisklauseln.

peut pas conduire à accorder aux médecins exerçant à titre privé le droit de fournir des prestations, dans la mesure de leur choix, à la charge de l'AOS²⁰⁶⁸.

Le TF a cependant admis que les médecins concernés par la clause du besoin sont touchés dans leur activité économique privée. On tombe ainsi dans la sphère de protection de la liberté économique²⁰⁶⁹. Toutefois, il faut apprécier les particularités de l'état de fait : l'activité économique privée en cause est exercée dans un système assez largement soustrait à la liberté économique (assurance obligatoire, pas de liberté contractuelle, obligation d'admission des fournisseurs de prestations, etc.). Il considère dès lors que la réglementation a essentiellement pour rôle d'assurer que les restrictions d'accès soient établies selon des critères objectifs qui prennent en compte les principes de la concurrence de manière appropriée²⁰⁷⁰. Il faut néanmoins admettre que le refus effectif de pratiquer à charge de l'AOS « rend très difficile, en fait sinon en droit, la gestion d'un cabinet indépendant », puisqu'une grande partie des prestations médicales est prise en charge par l'assurance. Si le médecin ouvre quand même son cabinet, il subit *in fine* un désavantage par rapport aux médecins admis ; ceux-ci ne sont pas concernés par la limitation et se voient dès lors accorder une certaine protection. Cette démarche empêche l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché²⁰⁷¹. On a affaire à des concurrents directs ou, selon l'approche que préconise la doctrine, à des entités qui agissent sur le même marché des produits et le même marché géographique et qui, en cas de non-admission, sont empêchés de s'adresser au même public²⁰⁷².

²⁰⁶⁸ ATF 132 V 6, c. 2.5.2 et 2.5.3, RDAF 2007 I 385 ; ATF 130 I 26, c. 4.3, JdT 2005 I 143 ; ATF 141 V 557, c. 7.1 (fr) ; POLEDNA, Bedürfnisklauseln.

²⁰⁶⁹ ATF 141 V 557, c. 7.1 (fr) ; ATF 132 V 6, c. 2.5.2, RDAF 2007 I 385 ; ATF 130 I 26, c. 4.3 et 4.5, JdT 2005 I 143. En doctrine, ROSSINI ET AL., Allocation, p. 217.

²⁰⁷⁰ ATF 141 V 557, c. 7.1 (fr) ; ATF 132 V 6, c. 2.5.2, RDAF 2007 I 385 ; ATF 130 I 26, c. 4.3, 4.5 et 6.3.3.1, JdT 2005 I 143.

²⁰⁷¹ TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 4 et 5.2 ; ATF 130 I 26, c. 5.1, JdT 2005 I 143. En doctrine, HOFMANN, Liberté économique, p. 8 ; HOFMANN, Clause du besoin, p. 796 ; ROSSINI, Admission, p. 82 ; ROSSINI ET AL., Allocation, p. 217 ; SCHMID/SCHOTT/UHLMANN, NZZ-Ärztstopps, p. 15.

²⁰⁷² HOFMANN, Clause du besoin, p. 796. Sur les notions, Cf. Première Partie, Chap. 2.II.A.d.ii.

En ce sens, le médecin peut spécialement invoquer l'égalité de traitement entre concurrents (ancrée, d'après la vision du TF, dans la liberté économique²⁰⁷³) qui comprend la garantie d'un accès égal à l'exercice de la profession. Les recourants peuvent en ce sens faire valoir une violation du droit à la liberté économique (art. 27 Cst.)²⁰⁷⁴. Le TF a même expressément admis que le régime découlant de l'art. 55a LAMal est une restriction grave²⁰⁷⁵.

Ces arrêts du TF ont été rendus peu après la première adoption de l'art. 55a LAMal, initialement prévu pour être un régime ne durant que trois ans. Aujourd'hui, « ne sont pas soumises à la preuve du besoin des personnes qui ont exercé pendant au moins trois ans dans un établissement suisse reconnu de formation postgrade » (art. 55a al. 2 LAMal). Cette clause constitue toujours une restriction au principe de l'égalité de traitement entre concurrents économiques dans la mesure où, pendant un certain temps, il existe un potentiel blocage à l'ouverture d'un cabinet au sein duquel les prestations fournies sont prises en charge par l'assurance de base. La situation est peu ou prou similaire à celle qui prévalait quand la mesure était censée être limitée à trois ans.

En résumé, un recourant ne peut pas invoquer, devant le TF, la liberté économique pour appuyer ses griefs relatifs à l'impossibilité d'accéder à l'exercice de la profession de médecin à titre d'activité économique privée sous sa propre responsabilité, au droit au libre épanouissement économique, ou à la liberté d'établissement pour l'exercice de sa profession²⁰⁷⁶. Le Tribunal examine en revanche les moyens tirés de l'égalité de

²⁰⁷³ Sur ces nuances, Première Partie, Chap.2.II.A..d.ii..

²⁰⁷⁴ ATF 141 V 557, c. 7.1 (fr) ; ATF 132 V 6, c. 2.5.2 et 2.5.3, RDAF 2007 I 385 ; ATF 130 I 26, c. 4.3-4.4, JdT 2005 I 143 ; TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 5.2. En doctrine HOFMANN, Clause du besoin, p. 792 et 796 ; POLEDNA/BERGER, Gesundheitsrecht, p. 258 ; ROSSINI, Admission, p. 82 ; ROSSINI ET AL., Allocation, p. 217. Voir aussi plus sommairement SCHMID/SCHOTT/UHLMANN, NZZ-Ärztetopps, p. 15.

²⁰⁷⁵ ATF 130 I 26, c. 5.1, JdT 2005 I 143 ; TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 4 et 5.2.

²⁰⁷⁶ TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 5.2.

traitement entre concurrents²⁰⁷⁷. Il faut alors vérifier si, sous cet angle, la restriction à la liberté économique répond aux critères de l'art. 36 Cst.²⁰⁷⁸.

B. Une base légale

(i) Une base légale dans la LAMal

On a, d'une part, affaire à une restriction grave de l'égalité de traitement entre concurrents. Celle-ci doit être fondée sur une base légale au sens formel (art. 36 al. 1 et 164 al. 1 Cst.). Elle peut être réglementée dans une ordonnance, à la condition que les éléments essentiels soient déjà dans une loi au sens formel²⁰⁷⁹. Le TF précise qu'il faut, pour chaque élément contesté, examiner si et jusqu'à quel point le contenu de l'ordonnance est prescrit par le sens et l'esprit de l'art. 55a LAMal. Si la réglementation concrétise la loi, elle ne peut être annulée en vertu de l'art. 190 Cst.²⁰⁸⁰. En l'espèce, la possibilité de limitation de l'admission à pratiquer à charge de l'AOS est prévue à l'art. 55a al. 1 LAMal. Cette disposition permet au Conseil fédéral de faire dépendre de la preuve d'un besoin l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'AOS et de fixer les critères pertinents pour établir le besoin (art. 55a al. 3 LAMal). Cela ne concerne, d'après la volonté du législateur, que les nouveaux fournisseurs et non ceux qui pratiquent déjà²⁰⁸¹. Dès lors, la limitation de l'admission, les principes de la réglementation et la délégation de l'aménagement de la limitation au Conseil fédéral (en particulier pour que ce dernier fixe les critères d'après lesquels le besoin doit être déterminé) sont prévus par la LAMal, à savoir une loi fédérale au sens formel. La

²⁰⁷⁷ TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 5.2.

²⁰⁷⁸ ATF 130 I 26, c. 4.5 à 6.3.4.5, JdT 2005 I 143. Sur les conditions de restrictions de l'art. 36 al. 1 Cst. cf. parmi beaucoup d'autres AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 177 ss.

²⁰⁷⁹ TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 4. Cf. en partie ATF 130 I 26, c. 5.1-5.2.1, JdT 2005 I 143.

²⁰⁸⁰ ATF 130 I 26, c. 2.2.2, JdT 2005 I 143. Voir aussi ATF 140 V 574, c. 4 et 5 (fr) ; POLEDNA, Bedürfnisklauseln.

²⁰⁸¹ ATF 130 I 26, c. 5.2.1, JdT 2005 I 143 ; TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 4.1. Sur l'exigence de la base légale, Art. 36 al. 1 Cst. En doctrine, not. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 183 ss.

clause de délégation est en outre valable²⁰⁸². Le critère de la base légale est rempli²⁰⁸³.

Notons aussi que la réglementation fédérale peut être mise en œuvre par les cantons via des règlements d'exécution²⁰⁸⁴. Au TF, ce sont les réglementations d'exécution cantonales (zurichoise, vaudoise ou encore genevoise) de mise en œuvre du droit fédéral qui sont attaquées – puisque le tribunal est, d'une manière générale, lié par l'art. 190 Cst.²⁰⁸⁵ et que l'art. 82 LTF ne permet pas le recours au TF contre une norme fédérale.

(ii) Une base légale dans la Constitution

Nous admettons, d'autre part, une tension avec le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence²⁰⁸⁶ et avec celui de la liberté économique. Le TF a, à ce propos, reconnu que les monopoles sont une atteinte au principe de la liberté économique – bien qu'il parle de la « liberté économique », tout en invoquant l'art. 94 Cst. – et qu'une clause du besoin nécessite dès lors une base particulière dans la Constitution (art. 94 al. 4 Cst.²⁰⁸⁷). Il admet cependant que ce fondement peut être contenu de manière implicite dans une norme constitutionnelle particulière, ce qui est le cas de l'art. 117 Cst., de sorte que l'atteinte est justifiée sous cet

²⁰⁸² ATF 130 I 26, c. 5.2.1, JdT 2005 I 143 ; POLEDNA, Bedürfnisklauseln. Pour une critique de la validité de la clause de délégation, HOFMANN, Clause du besoin, p. 790 ss qui juge que celle-ci n'est pas assez précise et que les critères pour déterminer le besoin devraient figurer dans la loi.

²⁰⁸³ ATF 130 I 26, c. 5.2.1, JdT 2005 I 143 ; TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 4.1. Voir aussi POLEDNA, Bedürfnisklauseln.

²⁰⁸⁴ ATF 130 I 26, c. 5.3.2-5.3.2.2, JdT 2005 I 143 ; TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 4.3.

²⁰⁸⁵ ATF 130 I 26, JdT 2005 I 143 ; TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 4.1 et 6.1 ; voir aussi l'analyse du TF dans l'ATF 140 V 574, c. 3 (fr). Cf. aussi POLEDNA, Bedürfnisklauseln.

²⁰⁸⁶ La doctrine n'est pas unanime sur les conditions de restriction au principe de la neutralité de l'Etat. Il n'est pas clair de savoir si l'art. 94 al. 4 doit être rempli ou si les conditions de l'art. 36 Cst. Suffisent. Quoiqu'il en soit, dans le mesure où une tension avec le principe de la liberté économique existe, il faut vérifier le fondement constitutionnel de la restriction. Cf. Première Partie, Chap. 2.A.a.

²⁰⁸⁷ Selon HOFMANN, Liberté économique, p. 87, l'art. 94 al. 4 s'applique aux clauses du besoin. Cela ne signifie pas pour autant que tout aménagement du principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence doit avoir un fondement constitutionnel. Cf. aussi Commentaire LPMéd-DUMOULIN, Art. 36, N 73-76.

angle²⁰⁸⁸. Plusieurs auteurs, à l'image d'HOFMANN²⁰⁸⁹ et de DUMOULIN²⁰⁹⁰, ont vivement critiqué cette approche considérant que l'art. 117 Cst. n'est pas une clause constitutionnelle suffisante et ne permet pas de déroger au principe de la liberté économique. Bien que nous estimions qu'un fondement constitutionnel clair serait souhaité, le TF ne semble pas prêt à changer sa jurisprudence. Il est même intéressant de relever que, dans l'affaire vaudoise, les recourants avaient invoqué la nécessité d'une base légale constitutionnelle conformément à l'art. 94 al. 4 Cst. Le TF avait rétorqué qu'aucun droit ne peut être tiré de cet article et que ce moyen n'était donc pas recevable²⁰⁹¹.

C. Un intérêt public

Le but de la législation en cause est de freiner l'augmentation des coûts de la santé et *in fine* des primes d'assurance-maladie, poste qui pèse lourd pour les ménages. L'objectif poursuivi relève ainsi de la politique sociale qui est un intérêt public admissible²⁰⁹² pour justifier une restriction à la liberté économique. Une politique étatique de limitation des coûts relève donc de l'intérêt public²⁰⁹³.

Afin de reconnaître l'intérêt public, il faudrait que le lien entre le nombre de fournisseurs admis et l'augmentation des coûts soit prouvé. Selon le TF, le nombre de fournisseurs de prestations n'est pas le seul facteur déterminant, mais un lien entre la densité de ceux-ci et les coûts de la santé

²⁰⁸⁸ ATF 130 I 26, c. 4.4 et 6.2, JdT 2005 I 143 ; ATF 122 V 85, c. 5b.bb.aaa (n.t.). En ce sens, MATTIG, Grenzen, p. 217. D'un autre avis, HOFMANN, Clause du besoin, p. 789 ss.

²⁰⁸⁹ HOFMANN, Liberté économique, p. 87 et référence citée ; HOFMANN, Clause du besoin, p. 795. La seule clause du besoin explicitement admise était celle pour les restaurants, art. 196 ch. 7 Cst. (aujourd'hui abrogé).

²⁰⁹⁰ Commentaire LPMéd-DUMOULIN, Art. 36, N 73-76.

²⁰⁹¹ TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 6.1. Cf. HOFMANN, Liberté économique, p. 80 s.

²⁰⁹² Sur cette question, cf. not. AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 211.

²⁰⁹³ ATF 130 I 26, c. 6.2, JdT 2005 I 143 ; TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 6.2 ; ATF 140 V 574, c. 5.2.2 (fr). En doctrine, ROSSINI, Admission, p. 81 ; ROSSINI ET AL., Allocation, p. 217 ; POLEDNA, Bedürfnisklauseln ; GÄCHTER/BURCH, Zulassungsstopp, N 3.

ne peut être nié²⁰⁹⁴. On peut l'admettre dans le doute²⁰⁹⁵. Notons que cette remarque rejoint celle exprimée lors de l'examen de la proportionnalité.

D. La proportionnalité

Pour qu'une mesure soit proportionnelle, elle doit remplir trois conditions²⁰⁹⁶.

La clause du besoin doit tout d'abord permettre d'atteindre le but visé (condition de l'aptitude). Il est généralement admis qu'une telle limitation conduit à une diminution des coûts ou en tout cas à une stabilisation de ceux-ci²⁰⁹⁷. Certains le contestent²⁰⁹⁸. Comme mentionné, une étude claire le démontrant serait la bienvenue²⁰⁹⁹. La mise en œuvre d'une telle mesure comprend, de plus, un certain désavantage au moment de son adoption, car un pic de demandes a lieu avant son entrée en vigueur, ce qui va à l'encontre de ce qui est *in fine* souhaité²¹⁰⁰. En outre, comme la mesure n'est pas définitive, le même problème se pose chaque fois qu'elle est suspendue puis réintroduite²¹⁰¹. On a malgré tout aujourd'hui admis l'aptitude de la mesure²¹⁰² à réguler le nombre de médecins et, ainsi, une partie de l'augmentation des coûts qui serait liée au surplus de fournisseurs de prestations. En effet, l'augmentation des coûts ne peut être impu-

²⁰⁹⁴ ATF 130 I 36, c. 6.2, JdT 2005 I 143. En doctrine, MATTIG, Grenzen, p. 212.

²⁰⁹⁵ En ce sens, cf. HOFMANN, Clause du besoin, p. 793. En revanche, SCHMID/SCHOTT/UHLMANN, NZZ-Ärztstopps, p. 15 doutent de l'intérêt public suffisant.

²⁰⁹⁶ Sur cette question, voir parmi d'autres AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux, N 226 ss.

²⁰⁹⁷ TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 6.3. Admettant le lien entre le nombre de médecins et l'augmentation des coûts, voir p. ex. MATTIG, Grenzen, p. 212. Une petite majorité de cantons ont un avis positif sur l'instrument. Cf. RÜEFLI/HUEGLI/BERNER, Umsetzung, p. 50 ss ; CF, Admission, p. 20 s.

²⁰⁹⁸ Parmi d'autres, GÄCHTER/BURCH, Zulassungsstopp, N 3. Sur l'avis des cantons, RÜEFLI/HUEGLI/BERNER, Umsetzung, p. 50 ss ; CF, Admission, p. 20 s.

²⁰⁹⁹ Pour une étude de la mise en œuvre par les cantons et des difficultés rencontrées, RÜEFLI/HUEGLI/BERNER, Umsetzung. Toutefois, aucune étude scientifique sur les réels effets de la mesure n'existe. Cf. CF, Admission, p. 21 s.

²¹⁰⁰ Sur ces problématiques, ATF 130 I 26, c. 6.3.4.2 ss, JdT 2005 I 143 ; HOFMANN, Clause du besoin, p. 793.

²¹⁰¹ Pour des chiffres, cf. OBSAN, Moratoire, p. 3.

²¹⁰² TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 6.3. *Contra* Commentaire LPMéd-DUMOULIN, Art. 36, N 73-76 ; GÄCHTER/BURCH, Zulassungsstopp, N 3.

tée à une seule cause, ce qui rend le questionnement très complexe. Il serait cependant souhaitable d'adopter une législation tempérée²¹⁰³ qui s'inscrit dans la durée²¹⁰⁴.

En deuxième lieu, aucune mesure moins incisive ne doit permettre de diminuer les coûts (condition de la nécessité). Tout d'abord, notons que l'art. 55a LAMal ne concerne que les nouveaux arrivants sur le marché et non ceux qui sont déjà établis, ce qui est en quelque sorte plus mesuré²¹⁰⁵. Ensuite, elle ne vaut que pour les médecins qui n'ont pas encore pratiqué pendant trois ans dans un hôpital reconnu ; cela réduit fortement l'impact de la mesure en comparaison avec le précédent régime. Pourtant, de nombreuses alternatives sont évoquées (*numerus clausus* au début des études, clause besoin pour les équipements, médicaments génériques, abolition du libre choix du médecin, système du *managed care*, recours obligatoire au médecin de famille ou incitation à consulter un praticien de premier recours, caisse unique, incitation de la population à être plus raisonnable dans le choix des traitements, mesure de gestion des volumes, suppression totale ou partielle de l'obligation de contracter, promotion des réseaux de soins, contrôle de l'activité des compagnies d'assurance, étude du catalogue des prestations remboursées ainsi qu'augmentation des franchises)²¹⁰⁶. Notre Haute Cour a souligné que le fait qu'une autre mesure puisse aussi contribuer à baisser les coûts ne suffit pas à refuser le caractère nécessaire²¹⁰⁷. Nous cautionnons cet argumentaire. En effet, dans un domaine aussi complexe et où la hausse des coûts est multifactorielle, il n'est pas possible de considérer qu'une mesure puisse, à elle-seule, régler ce problème. De plus, le TF souligne qu'il est compliqué d'avoir de l'influence sur les autres facteurs (évolution démographique, vieillisse-

²¹⁰³ A l'image de la limitation de la clause aux médecins n'ayant pas pratiqué 3 ans en établissement reconnu.

²¹⁰⁴ Le fait que la législation soit de longue durée est critiqué par GÄCHTER/BURCH, *Zulassungstopp*, N 3. Selon nous, c'est pourtant la seule manière de garantir que la mesure soit efficace.

²¹⁰⁵ En ce sens, TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 6.3 ; ATF 130 I 26, c. 6.3.3.2, JdT 2005 I 143.

²¹⁰⁶ TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 6.3. En doctrine Commentaire LPMéd-DUMOULIN, Art. 36, N 70 et 76 parmi d'autres. Cf. aussi OBSAN, *Moratoire*, p. 1. Notons que le Conseil fédéral a rendu un rapport sur cette question en 2017.

²¹⁰⁷ TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 6.3 ; ATF 130 I 26, c. 6.3.4.1, JdT 2005 I 143.

ment de la population, survenance de maladies inconnues, apparition de nouvelles techniques de traitement ou de diagnostic de plus en plus complexes, pointues et chères, augmentation du prix des médicaments, exigences accrues des patients, etc.) et qu'il est difficile d'admettre qu'une de ces mesures porterait une atteinte moindre au principe de la liberté économique²¹⁰⁸. Une combinaison de mesures est nécessaire de sorte que nous considérons que le principe de la nécessité n'est pas violé²¹⁰⁹. Des alternatives sont constamment examinées par les chambres et les consensus sont extrêmement rares et durs à obtenir. Nous admettons toutefois (et encore une fois) qu'une étude concernant les alternatives doit également être menée²¹¹⁰, ce qui commence à être fait par les autorités²¹¹¹.

La dernière condition est celle de la proportionnalité au sens étroit qui nécessite de procéder à une pesée des intérêts en présence, à savoir l'interdiction de pratiquer et la limitation ou la diminution des coûts²¹¹². Tout d'abord, l'accès aux biens administrés est limité ; une stricte égalité de traitement des concurrents n'est pas possible. En théorie, une réglementation qui donne la possibilité à tous de participer à la concurrence, de manière alternée, devrait être trouvée. En l'espèce, il faut cependant aussi prendre en compte le principe des investissements réalisés qui peut justifier un traitement différencié en faveur de celui qui exerce déjà une activité²¹¹³. De plus, la fermeture complète et durable du marché pour les nouveaux praticiens ne doit pas être possible. Une restriction qui vise les personnes déjà installées est, en outre, bien plus grave que si elle ne vise que ceux qui veulent ouvrir un cabinet²¹¹⁴. En revanche, une restriction de

²¹⁰⁸ TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 6.3.

²¹⁰⁹ *Contra* HOFMANN, Clause du besoin, p. 793 ; GÄCHTER/BURCH, Zulassungsstopp, N 3 considèrent cependant que la mesure ne peut être soutenue, car elle n'a toujours pas montré d'effet marquant sur les coûts.

²¹¹⁰ ROSSINI ET AL. se demandent s'il existe une alternative moins restrictive. Il s'agit d'envisager toutes les autres mesures possibles, effectuer des études sanitaires et économiques pour prouver la nécessité de la mesure. Or, la clause du besoin a été introduite sans un contexte d'urgence, qui n'a pas laissé place à des études prospectives. ROSSINI ET AL., Allocation, p. 217 s.

²¹¹¹ Le Conseil fédéral a rendu, en 2017, un rapport sur les alternatives à la clause du besoin, afin de trouver une solution pour 2019. Voir CF, Admission.

²¹¹² En ce sens, HOFMANN, Clause du besoin, p. 793.

²¹¹³ ATF 130 I 26, c. 6.3.3.2, JdT 2005 I 143.

²¹¹⁴ ATF 130 I 26, c. 6.3.3.3, JdT 2005 I 143.

courte durée (à savoir 3 ans de pratique en établissement reconnu) paraît proportionnée dans le but de limiter les coûts²¹¹⁵.

Le TF a argumenté que cette mesure est provisoire, ce qui pousse à la considérer comme proportionnelle²¹¹⁶. Compte tenu de l'historique de la mesure, cet argument ne peut cependant plus être invoqué. Il faudrait même admettre que cette réglementation a un caractère « permanent »²¹¹⁷. Selon nous, cela ne lui enlève toutefois pas son caractère proportionnel, puisque l'art. 55a LAMal ne concerne aujourd'hui que les médecins qui n'ont pas encore acquis une certaine expérience en hôpital. Les conséquences de l'interdiction ne sont supportées que peu de temps. Il faut considérer que la mesure respecte le principe de la proportionnalité au sens étroit²¹¹⁸.

Notons finalement que le TF est lié par l'art. 190 Cst. et doit respecter la loi. Il n'examine que si, en l'espèce, le Conseil fédéral et le gouvernement cantonal ont introduit ou aménagé le blocage de l'admission d'une manière conforme au principe de la proportionnalité²¹¹⁹.

IV. SYNTHÈSE

Les médecins sont titulaires de la liberté économique. Celle-ci leur offre principalement une protection dans le cadre de l'exercice de leur profession à titre d'activité économique privée sous leur propre responsabilité.

Le régime de l'autorisation de pratiquer la profession et les sanctions prévues par la LPMéd portent atteinte à la liberté économique du médecin, mais les conditions de restriction des droits fondamentaux sont remplies, sous réserve d'un examen de la proportionnalité de la sanction dans

²¹¹⁵ En ce sens, ATF 130 I 26, c. 6.3.3.3, JdT 2005 I 143.

²¹¹⁶ TF, arrêt 2C_694/2016 du 23 décembre 2016, c. 6.3 ; ATF 130 I 26, c. 6.3.3.2, JdT 2005 I 143. Le TF use de l'argument que le principe de la proportionnalité est respecté, car la mesure est limitée à 3 ans. On ne peut plus l'invoquer de bonne foi.

²¹¹⁷ Sur le caractère permanent, VOKINGER ET AL., Zulassungsregulierung, p. 6 ss.

²¹¹⁸ Comme cela était initialement le cas lorsque la mesure ne devait durer que trois ans. Cf. TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 6.3 ; ATF 130 I 26, c. 6.3.3.2, JdT 2005 I 143. *Contra* HOFMANN, Clause du besoin, p. 793 qui ne traite toutefois pas de la mesure telle qu'en vigueur aujourd'hui et qui considère qu'il est injuste de faire supporter les conséquences de la hausse des coûts aux médecins.

²¹¹⁹ ATF 130 I 26, c. 6.3.4.1-6.3.4.5, JdT 2005 I 143.

un cas d'espèce. De plus, le régime prévu par la LPMéd est également conforme au principe de la liberté économique.

La limitation de l'admission des médecins est toutefois controversée. Nous considérons que, bien que l'atteinte à la liberté économique du médecin – et plus précisément à l'égalité de traitement entre concurrents – soit grave, la réglementation sous sa forme actuelle peut être justifiée et ne constitue pas une violation de l'art. 27 Cst. En revanche, plusieurs critiques peuvent être émises à l'encontre de la mise en œuvre de la clause du besoin. De plus, le principe même d'une telle clause va à l'encontre du principe de la liberté économique. Le TF a cependant admis que l'art. 117 Cst. constitue une base constitutionnelle suffisante pour justifier un tel système. Nous reviendrons sur la clause du besoin dans notre chapitre analytique (chap. 6 de la présente Partie).

Chapitre 2 : L'APPLICATION DE LA LCART À LA FIXATION DES TARIFS DES PRESTATIONS AMBULATOIRES

Notre étude contient un chapitre général sur les conventions tarifaires, un chapitre général sur Tarmed et un chapitre sur l'application de la LCart à la conclusion de conventions tarifaires. Nous avons également présenté l'application de la LCart dans le cas du tarif SwissDRG – système de financement des prestations de soins somatiques aigus, fournies en stationnaire. Nous allons ici examiner en détail un autre exemple à savoir l'application de cette loi dans le cas du tarif Tarmed – système de financement des prestations fournies en ambulatoire (tant par un médecin que par un hôpital). Deux étapes sont distinguées. La première consiste en la fixation de la structure tarifaire (I) et la seconde en la fixation de la valeur du point (II). Certains renvois aux chapitres généraux sont effectués.

Le section III analyse la question de l'application de la LCart à la fixation des tarifs d'une assurance complémentaire ambulatoire.

I. LA FIXATION DE LA STRUCTURE TARIFAIRE ET LA LCART

A. Le champ d'application personnel

La structure tarifaire Tarmed est introduite et mise en application par les conventions-cadre passées entre la FMH (fédération des médecins), H+ (fédération des hôpitaux) et santésuisse (fédération des assureurs-maladie). Le système a été développé au sein de la société simple Tarmed Suisse, mais ce n'est pas elle qui arrête directement la structure. Puisque ce sont les fédérations de branche qui concluent les accords, ceux-ci regroupent la quasi-totalité des acteurs du marché. A la suite de l'abandon de Tarmed Suisse, ces organismes se sont directement investis dans les tentatives de révision de la structure.

Comme dit à plusieurs reprises²¹²⁰, il est douteux que les fédérations de fournisseurs de prestations ou d'assureurs soient considérées comme des entreprises. De plus, un membre de la FMH ou de H+ ne sera pas immé-

²¹²⁰ Cf. principalement Troisième Partie, chap. 1.I.C.

diatement lié par la structure tarifaire Tarmed, mais doit faire une déclaration d'adhésion pour pouvoir facturer selon ce système. En outre, une personne ou institution non-membre de l'une de ces associations de branche peut y adhérer. Il faut dès lors examiner directement les membres de ces fédérations et déterminer s'ils remplissent les critères nécessaires pour être qualifiés d'entreprises. Comme nous l'avons vu dans la partie générale susmentionnée, tant les médecins installés, membres de la FMH et/ou qui adhèrent à la convention, les hôpitaux, membres d'H+ et/ou qui adhèrent à la convention, ainsi que les assureurs peuvent être considérés comme des entreprises. Il faut toutefois qu'ils disposent, dans le cas d'espèce, de l'indépendance économique requise, à savoir qu'ils ne dépendent pas directement du canton ou qu'ils ne soient pas membres d'un groupement d'entreprises (société mère/fille) qui détient le pouvoir de décision d'un point de vue économique²¹²¹. Les médecins remplissent ces critères s'ils exercent leur profession à titre d'activité économique privée sous leur propre responsabilité professionnelle (au sens de l'art. 34 LPMéd), soit s'ils sont soumis au régime de l'autorisation²¹²².

B. Le champ d'application matériel

La convention (action collective consciente et voulue) passée entre les différents groupes intéressés (FMH, H+ et santésuisse) qui arrête une structure tarifaire uniforme doit déjà, selon nous, être considérée comme un accord en matière de concurrence. En effet, elle vise une restriction de la concurrence, à savoir la fixation d'une base uniforme pour la rémunération des prestations ambulatoires fournies en Suisse et l'établissement d'une gradation entre prestations. Cet accord regroupe presque tous les acteurs du marché, il s'agit d'un accord collectif important.

Quant à l'analyse précise de l'accord, il s'agit vraisemblablement d'accords horizontaux conclus par les fournisseurs entre eux (FMH, respectivement H+) et par les assureurs entre eux, puis d'un accord vertical entre un groupe de fournisseurs de prestations et santésuisse. Toutefois, la restriction de la concurrence a, selon nous, lieu dans l'accord vertical. En effet, chaque fournisseur de prestations et chaque assureur doivent y ad-

²¹²¹ A propos des fournisseurs de prestations (médecins installés et hôpitaux/cliniques), cf. principalement Troisième Partie, chap. 1.I.A.b ainsi que Quatrième Partie, chap. 4.I. B et C pour les critères. A propos des assureurs, cf. Troisième Partie, chap. 2.I.A.

²¹²² Cf. Deuxième Partie, Chap. 2.II.D.a.i.

hérier individuellement et la convention-cadre prévoit des sanctions en cas de non-respect des dispositions de celle-ci²¹²³.

Dans cette configuration, nous ne voyons en revanche pas la possibilité de retenir un abus de position dominante. Les négociations ont lieu entre la FMH et santésuisse ainsi qu'entre H+ et santésuisse à savoir entre deux groupes importants qui réunissent les participants au marché actifs dans un domaine (fourniture de soins ambulatoires en hôpital, respectivement en cabinet, et fourniture de prestations d'assurance ainsi qu'achat de prestations de soins). Le pouvoir de négociation est équilibré.

C. Le champ d'application géographique

La structure tarifaire Tarmed est applicable aux médecins pratiquant en Suisse (pour autant qu'ils adhèrent à une convention-cadre). Les effets de l'accord se font ressentir en Suisse de sorte que l'on se trouve dans le champ d'application géographique de la LCart.

Les conditions d'application de la LCart sont dès lors remplies. On doit toutefois vérifier si l'on peut retenir une prescription réservée.

D. L'étude des prescriptions réservées

Dans le domaine ambulatoire, les partenaires ont décidé de prévoir un tarif à la prestation, ce que la loi n'oblige pas. Aussi, l'art. 43 al. 5, 1^{ère} phrase LAMal, qui prévoit que les tarifs à la prestation doivent se fonder sur une structure tarifaire uniforme, fixée par convention sur le plan suisse, doit-il être respecté. En pratique, la convention réunit tous les acteurs du marché ou des représentants de ceux-ci. En effet, les fédérations représentant les médecins, les hôpitaux et les assurances ont développé le système puis ont conclu des conventions-cadres²¹²⁴. La structure tarifaire Tarmed est dès lors issue d'un contrat collectif tel que prévu par l'art. 46 al. 1 LAMal²¹²⁵.

Au moment de l'adoption de la LAMal, la tarification à la prestation est le système qui prévaut pour le traitement ambulatoire. Le Conseil fédéral préconise alors une structure tarifaire uniforme, estimant qu'aucune rai-

²¹²³ Pour l'analyse des accords, cf. Quatrième Partie, Chap. 4.II.B. et les références aux décisions de la Comco.

²¹²⁴ Cf. présentation générale du système Tarmed, Deuxième Partie, Chap. 3.X.B.

²¹²⁵ SCHALLER/TAGMANN, Gesundheitswesen, p. 708.

son n'existe pour qu'un acte ait une valeur abstraite différente d'un canton à un autre²¹²⁶. Ainsi, comme pour SwissDRG, la loi prévoit expressément l'adoption d'une structure tarifaire uniforme valable sur le territoire suisse et le fondement du tarif est en conséquence le même pour toute la Suisse. De plus, nous avons vu que le législateur considère que les conventions collectives permettent une concentration, une harmonisation et une rationalisation du système puisqu'elles sont conclues entre groupes de la même importance, ce qui permet un contenu équilibré. Ce système uniforme est approuvé par lui²¹²⁷, même si certains contestent que cela soit une obligation découlant de la loi²¹²⁸.

On peut dès lors retenir que l'art. 43 al. 5 LAMal (en lien avec l'art. 46 al. 1 LAMal) est une prescription réservée par l'art. 3 al. 1 LCart de sorte que la loi sur les cartels ne peut s'appliquer. Le fait que la structure soit approuvée le confirme. Cela signifie qu'un accord entre grands groupes réunissant la quasi-totalité des acteurs du marché et qui serait vraisemblablement illicite ne peut être soumis à un contrôle matériel. La Comco peut, en revanche, rendre des recommandations.

E. L'intervention du Conseil fédéral et la LCart

Dans la situation hypothétique où le Conseil fédéral avait arrêté la structure tarifaire (art. 43 al. 5, 2^{ème} phrase LAMal), la LCart n'aurait pas été applicable. Tout d'abord, le Conseil fédéral ne peut être considéré comme une entreprise, et ce principalement, car il agit en vertu de sa puissance publique²¹²⁹. De plus, même si l'on avait retenu la qualification comme entreprise, il existe une prescription réservée. En effet, l'art. 43 al. 5 LAMal prévoit, tout comme l'art. 47 LAMal, expressément la possibilité de fixation du tarif par une autorité, ce qui est couvert par l'art. 3 al. 1 LCart²¹³⁰.

On retient la même solution dans le cas où le Conseil fédéral fait usage de sa compétence d'adaptation, car les parties ne peuvent s'entendre et que la structure tarifaire est devenue inappropriée (art. 43 al. 5^{bis} LAMal). Il

²¹²⁶ Mess-LAMal, p. 155.

²¹²⁷ Mess-LAMal, p. 160.

²¹²⁸ Sur la question de la nécessité d'approbation par le Conseil fédéral et sur l'applicabilité de l'art. 46 al. 4 LAMal, cf. Troisième Partie, Chap. 3.X.B.b.ii.

²¹²⁹ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.I.D.b.

²¹³⁰ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.IV.B.

s'agit ici d'une clause de délégation de compétence au Conseil fédéral qui agira en vertu de sa puissance publique et n'est pas une entreprise. En outre, l'art. 43 al. 5^{bis} LAMal constitue une prescription réservée.

II. LA FIXATION DE LA VALEUR DU POINT ET LA LCART

A. Le champ d'application personnel

Comme nous l'avons exprimé, les partenaires tarifaires au niveau cantonal négocient et arrêtent la valeur du point. Les parties potentiellement impliquées du côté des assureurs sont des groupements d'assureurs comme santésuisse par le biais de Tarifsuisse SA ou des communautés d'achat telles que HSK. Santésuisse détient à 100% une filiale, Tarifsuisse SA, qui a des sites implantés dans toutes les régions, ce qui permet à santésuisse d'être leader dans la négociation des tarifs de l'assurance de base. 45 assureurs-maladie sont affiliés à la SA ; cela équivaut à 60% de parts de marché environ. Elle constitue la plus grande société d'achat de prestations de l'AOS²¹³¹. HSK est une société anonyme dont le but est d'acheter des prestations médicales pour l'AOS. Elle regroupe Helsana, Sanitas et la CPT²¹³². Il arrive également qu'une convention tarifaire sur la valeur du point soit conclue par plusieurs assureurs qui sont liés d'un point de vue du droit des sociétés²¹³³. Il se pourrait aussi qu'un assureur négocie seul.

Du côté des fournisseurs de prestations, plusieurs entités peuvent conclure des conventions cantonales. On pense tout d'abord aux sociétés cantonales de médecine. A titre d'exemple, la société vaudoise de médecine, association (art. 60 CO) faîtière du corps médical vaudois, négocie les conditions-cadre de la pratique médicale en tant que partenaire de l'Etat. Elle signe également les conventions cantonales dans le domaine hospitalier et dans le domaine ambulatoire. Peuvent être admis comme membres ordinaires, les médecins titulaires du diplôme fédéral (ou équivalent) et

²¹³¹ <<http://www.tarifsuisse.ch/fr/a-propos-de-tarifsuisse/>> ;

<<http://www.santesuisse.ch/fr/santesuisse/entreprise/organisation/>>. Voir aussi art. 1 des statuts de santésuisse (2015).

²¹³² <<http://www.ecc-hsk.info/fr/sur-nous/organisation/>>.

²¹³³ Il existe par exemple une convention entre le CHUV et la FHV, d'une part, et Assura et Supra, d'autre part.

qui exercent leur activité professionnelle principale dans le canton de Vaud²¹³⁴. On pense ensuite aux associations cantonales d'établissements hospitaliers. Par exemple, la fédération des hôpitaux vaudois a notamment la tâche de négocier la valeur du point Tarmed²¹³⁵. On pense finalement aux établissements individuels ou éventuellement regroupés en plus petits groupes.

En droit des cartels, Tarifsuisse SA, les sociétés cantonales de médecine ou encore les fédérations cantonales d'hôpitaux sont des fédérations. Nous avons vu qu'elles ne sont vraisemblablement pas considérées comme des entreprises puisqu'elles ne disposent pas de l'indépendance économique nécessaire²¹³⁶. On s'intéresse alors aux membres des fédérations, à savoir les médecins, les hôpitaux ou les cliniques privées ainsi que les assureurs. Ceux-ci peuvent être considérés comme des entreprises. Du côté des fournisseurs de prestations, ce raisonnement est d'autant plus vrai que l'on a un système d'adhésion à Tarmed. De plus, une personne qui n'est pas membre de la fédération peut également adhérer au tarif. Il faut ainsi s'intéresser directement aux entités liées. Rappelons qu'il faut vérifier, dans le cas d'espèce, la question de l'indépendance économique. Cette question se pose également dans les cas de médecins installés en cabinet de groupe. Nous admettons qu'un médecin est une entreprise s'il exerce sa profession à titre d'activité économique privée sous sa propre responsabilité professionnelle (art. 34 LPMéd).

B. Le champ d'application matériel

On se trouve, quant au champ d'application matériel, dans le même cas de figure que celui présenté dans le chapitre concernant l'application de la LCart au tarif SwissDRG (fixation du *baserate*) et pouvons y renvoyer²¹³⁷ ainsi qu'aux réflexions de la partie générale sur les tarifs et la LCart²¹³⁸. Pour rappel, on envisage plusieurs constellations.

Si un seul assureur et un seul médecin ou hôpital fixent la valeur du point individuellement, il n'y a pas d'accord en matière de concurrence. En

²¹³⁴ Art. 6 des statuts de la société vaudoise de médecine (2008).

²¹³⁵ Lettre d'information de la Fédération des hôpitaux vaudois, no 32 – décembre 2016.

²¹³⁶ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.I.C.

²¹³⁷ Cf. Quatrième Partie, Chap. 3.II.

²¹³⁸ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.II.

revanche, dès qu'il y a, d'un côté ou de l'autre, plusieurs acteurs, on se trouve face à un accord en matière de concurrence. Si un grand groupe (p. ex. une fédération) ou un consortium refuse de négocier ou négocie et conclut une convention sur la valeur du point avec un seul assureur ou fournisseur ou un petit nombre d'entre eux, la situation peut également être examinée sous l'angle du 2^{ème} pilier (position dominante). Il est possible que la fédération se comporte de manière essentiellement indépendante. En pratique, les médecins ont plutôt tendance à se regrouper, alors que, parfois, des cliniques privées négocient seules face à Tarifsuisse SA ou à HSK. Il faut examiner les conditions dans chaque cas d'espèce.

C. Le champ d'application géographique

Le tarif conclu a un effet entre les partenaires tarifaires, généralement au sein d'un même canton. Les effets se déploient en Suisse au sein du canton de sorte que le critère du champ d'application géographique est rempli²¹³⁹.

D. L'étude des prescriptions réservées

Les conditions d'application de la LCart sont remplies ; il faut examiner si une prescription réservée existe. Concernant le tarif des soins ambulatoires, le Conseil fédéral a précisé, dans le message relatif à la LAMal, que l'on veut certes une structure uniforme, mais les accords tarifaires décentralisés fixant la valeur du point permettent de mieux tenir compte des différences de coûts existant selon les cantons/régions. Il est souhaitable que des accords variés soient conclus afin de renforcer une saine concurrence et des comportements innovateurs²¹⁴⁰. En outre, toutes les variantes contractuelles doivent entrer en ligne de compte. Dès lors, savoir si un espace reste pour l'application de la LCart paraît questionnable. On est dans la même situation que celle valant pour les conventions tarifaires en général et pour la fixation du *cost weight* dans le tarif Swiss-DRG. En effet, la valeur du point Tarmed est arrêtée par des conventions tarifaires décentralisées conformément au régime général prévu par l'art. 46 al. 1 LAMal qui prévoit donc l'organisation contractuelle des contrats collectifs de branche, problématique d'un point de vue du droit de la concurrence. Les considérations développées dans le cadre de

²¹³⁹ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.III.

²¹⁴⁰ Mess-LAMal, p. 155 s.

l'examen de cette disposition s'appliquent. L'accord ne peut être examiné au regard des art. 5 ss LCart puisqu'il est protégé par une prescription réservée. L'approbation de la structure confirme ce raisonnement. La Comco peut toutefois rendre des recommandations.

En revanche, si une convention tarifaire est négociée et conclue entre une fédération ou un groupe important et un médecin ou un assureur, il faut se poser la question d'un abus de position dominante (collective), de même que si l'entité en position dominante collective refuse de négocier. Les dispositions matérielles de la LCart peuvent être appliquées ; cette hypothèse n'est pas couverte par les prescriptions réservées. Nous renvoyons au chapitre général pour les détails²¹⁴¹.

E. La fixation de la valeur du point par le gouvernement cantonal et la LCart

Dans le cas où certains partenaires tarifaires (ou l'ensemble d'entre eux) ne sont pas partie à une convention tarifaire qui fixe la valeur du point, le gouvernement cantonal doit arrêter une telle valeur conformément à l'art. 47 LAMal. On peut entièrement renvoyer, concernant ce cas de figure, à la partie générale sur les tarifs. Pour rappel, l'autorité ne devrait pas être considérée comme une entreprise. En outre, on retient que l'art. 47 LAMal constitue une prescription réservée. La LCart n'est pas applicable.

III. L'APPLICATION DE LA LCART AUX TARIFS DES PRESTATIONS PRISES EN CHARGE PAR L'ASSURANCE-MALADIE COMPLÉMENTAIRE AMBULATOIRE

L'étude du champ d'application de la LCart ne diffère pas de celle qui a été proposée dans le chapitre général sur l'assurance complémentaire. Il n'y a pas de nuance si le traitement a lieu en ambulatoire ou non. La LCart est applicable et on ne retient pas de prescription réservée. Nous renvoyons dès lors entièrement au chapitre 2 de la Troisième Partie.

²¹⁴¹ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.IV.A.

IV. SYNTHÈSE

En guise de synthèse, les dispositions matérielles de LCart ne sont très largement pas applicables dans le domaine des tarifs des soins ambulatoires, bien que le prix ne soit pas fixé par les lois du marché. La structure tarifaire et les accords sur la valeur du point peuvent être considérés comme des accords en matière de concurrence et les partenaires tarifaires sont, si les conditions sont en l'espèce remplies, des entreprises. Toutefois, le domaine est réglementé par des dispositions qui constituent des prescriptions réservées (art. 43 al. 5, 1^{ère} phrase en lien avec l'art. 46 LAMal, art. 43 al. 2, 2^{ème} phrase et 43 al. 5^{bis} LAMal pour la structure tarifaire. Art. 46 al. 1 – sauf exception – et art. 47 LAMal pour les conventions fixant la valeur du point). La Comco peut en revanche pleinement examiner un éventuel abus de position dominante, qu'il se matérialise ou non dans un accord.

En outre, la LCart s'applique pour les tarifs de l'assurance-maladie complémentaire.

Chapitre 3 : L'APPLICATION DE LA LCART AUX MÉDECINS

I. LES CONDITIONS D'APPLICATION

Dans la présente section, nous examinons dans quelle mesure la LCart peut s'appliquer à un médecin ou dans les relations entre médecins. Nous serons très brève ; la plupart des éléments déterminants ont déjà été présentés.

Quant au champ d'application personnel, nous renvoyons aux éléments développés ci-avant. Le médecin qui exerce à titre d'activité économique sous sa propre responsabilité, cas échéant l'entité dont il dépend économiquement, peut, si toutes les conditions sont remplies, être considéré comme une entreprise²¹⁴².

Quant au champ d'application matériel, nous avons traité des relations entre médecins ainsi qu'entre médecins et partenaires tarifaires dans le cadre de Tarmed²¹⁴³. Le prix n'est toutefois pas le seul paramètre qui peut intéresser le droit des cartels. Un accord prévoyant une répartition géographique des marchés ou d'autres accords touchant un paramètre concurrentiel doivent être envisagés. Ceux-ci peuvent également concerner des acteurs se trouvant sur un autre échelon du marché. On peut aussi envisager une position dominante. Le nombre de médecins est limité par l'art. 55a LAMal. Pour certaines spécialités, un seul médecin-spécialiste (ou un très petit nombre) peut obtenir l'autorisation. Il est donc en situation de force face aux fournisseurs (fournisseurs de matériel, entreprises informatiques, p. ex.) et peut éventuellement abuser de cette position. Enfin, on peut imaginer une concentration d'entreprises (de cabinets médicaux ou d'institutions de soins ambulatoires). Quant au fond, il faudra vérifier que les seuils prévus à l'art. 9 LCart sont atteints.

A propos du champ d'application géographique, les effets de tels comportements se feraient ressentir en Suisse. Dès lors, il est possible que les conditions d'application de l'art. 2 LCart soient remplies.

²¹⁴² Pour des développements, cf. chap. 1 de la présente Partie, Section I.A et II.A, ainsi que Troisième Partie Chap. 1.I.A pour les considérations générales sur les fournisseurs de prestations.

²¹⁴³ Cf. Chap. 2. de la présente Partie.

II. L'ÉTUDE DES PRESCRIPTIONS RÉSERVÉES

A. Au niveau fédéral

Nous avons relevé l'existence de prescriptions réservées dans la LAMal concernant l'activité prise en charge par l'assurance de base ; elles concernent la fixation des tarifs. Il faut encore se demander s'il existe des prescriptions qui empêchent l'application de la LCart en lien avec d'autres paramètres.

Nous considérons que, hormis les situations déjà examinées, la LAMal n'exclut pas la concurrence entre médecins ni entre un médecin et ses partenaires commerciaux. La Comco a récemment admis que le tarif Tarmed ne permet pas une concurrence sur les prix sur le plan cantonal. Cela n'implique en revanche pas qu'une concurrence subsiste sur d'autres paramètres concurrentiels (coûts, qualité). Cela correspond à la volonté du législateur de sorte que la LCart doit s'appliquer pour le surplus²¹⁴⁴.

Dans le domaine relevant de l'assurance-maladie complémentaire, aucune loi fédérale ne limite la concurrence. On l'a dit en lien avec les accords sur les tarifs²¹⁴⁵, cela vaut pour toutes les autres activités.

Par exemple, l'art. 40 let. d LPMéd traitant de la publicité n'est pas une prescription réservée de sorte que la publicité est non seulement régie par cette loi, mais doit également respecter la LCart²¹⁴⁶. En effet, il faut retenir que les dispositions de la LPMéd et du droit cantonal régissant la publicité poursuivent d'autres but que celui de fixer un régime de prix ou de concurrence, puisqu'elles visent notamment la protection du patient et de la santé publique. Dès lors, il faut admettre, comme le TF l'a fait pour la LPTh, que les dispositions pertinentes de la LPMéd et du droit cantonal ne sont pas des dispositions réservées au sens de la LCart et s'appliquent cumulativement à cette dernière²¹⁴⁷.

²¹⁴⁴ Comco, USB/KSBL, ch. 59. En doctrine, GOBAT, Fusions, p. 350.

²¹⁴⁵ Cf. Chap. 2.III et renvois.

²¹⁴⁶ La question de la publicité sera également examinée en détail en lien avec la LCD. Cf. Chap. 5.II.B. de la présente Partie.

²¹⁴⁷ ATF 141 II 55, c. 2.3, JdT 2015 I 151.

B. Au niveau cantonal

La LAMal ne délègue pas de compétence aux cantons qui leur permettraient de supprimer la concurrence. Dans l'assurance complémentaire, nous avons vu que cela n'est pas non plus possible. Le canton ne peut pas prévoir de règle qui va à l'encontre de cette libre concurrence. Les éléments développés dans la Quatrième Partie s'appliquent²¹⁴⁸.

Dès lors, les médecins peuvent, dans un autre contexte que celui des tarifs, être soumis à la LCart. Leur pratique peut être contrôlée par les autorités de la concurrence. Cela vaut pour les relations qu'ils nouent avec d'autres médecins ou avec des entreprises tierces.

²¹⁴⁸ Cf. Quatrième Partie, Chap. 1.II.C. et Chap. 4.IV.C.

Chapitre 4 : L'APPLICATION DE LA LSPR AUX TARIFS DES PRESTATIONS AMBULATOIRES

I. LA LSPR ET TARMED

L'art. 14 LSPr prévoit que le Surveillant des prix intervient si une « augmentation » de prix est fixée ou approuvée par une autorité exécutive de la Confédération ou d'un canton²¹⁴⁹. Nous pouvons sur ce point renvoyer aux propos tenus dans le chapitre sur l'application de la LSPr et la fixation des tarifs de prestations prises en charge par la LAMal. Un état des lieux peut cependant être présenté et des précisions peuvent être apportées en lien avec Tarmed.

A. La structure tarifaire

La structure tarifaire n'est pas un prix, mais une composante du prix. Elle est approuvée par le Conseil fédéral et doit donc, selon nous, être soumise au Surveillant des prix, et ce même si on admet que l'approbation du Conseil fédéral n'est pas prévue de manière obligatoire par la LAMal²¹⁵⁰. En effet, l'art. 14 LSPr ne fixe pas comme condition le fait que l'approbation soit imposée par une loi spéciale. Il doit suffire qu'elle ait lieu en pratique. Puisque l'art. 14 LSPr s'applique en réalité tant aux augmentations de prix, qu'au maintien de prix abusif ou aux baisses de prix²¹⁵¹, le Surveillant des prix pourrait rendre une recommandation au moment de l'adoption de la structure, mais également à chaque fois qu'elle est modifiée ou s'il constate qu'un nombre de points attribué à une prestation est abusif.

Si la forme du tarif à la prestation est choisie et que les partenaires tarifaires n'arrivent pas à s'entendre sur une structure tarifaire uniforme, l'art. 43 al. 5, 2^{ème} phrase LAMal prévoit que le Conseil fédéral la fixe. Cet article constitue une disposition visée par l'art. 14 LSPr. Les condi-

²¹⁴⁹ Sur l'interprétation de l'art. 14 LSPr, cf. Troisième Partie, chap. 3 sur l'application de la LSPr aux conventions tarifaires.

²¹⁵⁰ Sur la question de la nécessité d'approbation par le Conseil fédéral et sur l'applicabilité de l'art. 46 al. 4 LAMal, cf. Deuxième Partie, Chap. 3.X.b.ii. sur le fonctionnement de Tarmed.

²¹⁵¹ Cf. Troisième Partie, Chap. 3.I.A.

tions d'application de la loi sur la surveillance des prix²¹⁵² sont ici remplies puisqu'on admet que la structure tarifaire arrête des composantes du prix et que le Conseil fédéral est une autorité visée par l'art. 14 LSPr. En pratique, cette situation ne s'est pas présentée.

L'art. 43 al. 5^{bis} LAMal prévoit ensuite que le Conseil fédéral peut procéder à des adaptations de la structure tarifaire lorsqu'elle s'avère inappropriée et que les parties n'arrivent pas à s'entendre sur une révision. On se trouve également dans une situation où les conditions de l'art. 14 LSPr sont remplies²¹⁵³. Le Surveillant doit être informé.

Le Surveillant des prix avait été consulté tout au long de l'élaboration de la structure tarifaire GRAT/Tarmed et avait rendu des recommandations destinées aux partenaires tarifaires puis au Conseil fédéral qui a finalement approuvé celle-ci. Il avait d'abord constaté de graves lacunes qui auraient conduit à une hausse des coûts massive (évaluée à 1 milliard de francs par an). Il a imposé aux partenaires tarifaires de se tenir au plus proche du principe de la neutralité des coûts. Après plusieurs adaptations, il a finalement donné son accord de principe à la structure – d'abord à la 1^{ère} version GRAT/Tarmed puis au Tarmed²¹⁵⁴.

B. La valeur du point

La valeur du point est arrêtée par une ou plusieurs conventions approuvée(s) par le gouvernement cantonal ou, faute d'accord, fixée directement par lui (art. 46 al. 4 ou 47 al. 1 LAMal). Il s'agit d'un cas classique où l'art. 14 LSPr s'applique²¹⁵⁵. Le Surveillant des prix doit être consulté à chaque modification de la valeur du point²¹⁵⁶.

Le Surveillant des prix a rendu de nombreuses recommandations concernant l'approbation du point Tarmed ou sa fixation par les autorités cantonales²¹⁵⁷. Les premières recommandations ont été émises suite à l'adoption

²¹⁵² Cf. Troisième Partie, Chap. 3.I.

²¹⁵³ Cf. pour les conditions, Troisième Partie, Chap. 3.I.

²¹⁵⁴ Surveillant des prix, DPC 1999/5, p. 757, *Rapport annuel*, p. 760 ss ; Surveillant des prix, DPC 2000/5, p. 823, *Rapport annuel*, p. 823 et 831 s. ; Surveillant des prix, DPC 2002/5, p. 855, *Rapport annuel*, p. 860 et 889.

²¹⁵⁵ Cf. sur les conditions, Cf. Troisième Partie, Chap. 3.I.

²¹⁵⁶ TAF, 2010/24, c. 8.2.

²¹⁵⁷ P. ex., TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, faits et c. 6.5 où l'on voit que, dans le cas du canton de Genève, le Surveillant a été avisé à chaque fixation du tarif ou

de la structure tarifaire et pendant la phase initiale de neutralité des coûts. A cette époque, santésuisse s'était mise d'accord sur les valeurs du point avec presque tous les hôpitaux publics et les médecins²¹⁵⁸. Le Surveillant a, à cette occasion, développé des critères²¹⁵⁹ pour juger des valeurs initiales des points (VIPT). Il a dans ce cadre jugé que les valeurs décidées avec les médecins correspondaient à ces critères (VIPT neutres du point de vue des coûts)²¹⁶⁰. Avec les hôpitaux publics, plusieurs VIPT englobaient une hausse sectorielle des coûts trop élevée. Le Surveillant des prix a donc recommandé de baisser le facteur utilisé dans les calculs²¹⁶¹. En revanche, à l'introduction du Tarmed, aucun accord n'avait été trouvé avec la grande majorité des hôpitaux privés de sorte que les gouvernements cantonaux ont arrêté des tarifs. Le Surveillant des prix a alors rendu des recommandations qui allaient dans un sens plus strict que ce qu'espéraient les hôpitaux privés²¹⁶². Les gouvernements cantonaux ont parfois, mais pas toujours, appliqué le mode de calcul préconisé²¹⁶³. Les décisions des autorités cantonales ont donné lieu à plusieurs recours au

approbation du tarif par le Conseil d'Etat genevois ; TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2014, c. 7 pour le canton de Neuchâtel qui s'est à plusieurs reprises écarté de la recommandation du Surveillant des prix ; TAF, arrêt C-2548/2008 du 18 novembre 2009 pour le canton de Fribourg ; TAF, arrêt C-2997/2012 du 7 octobre 2015 pour le canton de St-Gall.

²¹⁵⁸ Su ce point, cf. TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2014, c. 9.1.

²¹⁵⁹ Les critères sont les suivants : la neutralité des coûts est-elle respectée ? Le spectre des prestations offert est-il suffisamment étendu pour appliquer le concept de la neutralité des coûts ? La valeur du point permet-elle de couvrir les coûts nécessaires et soutient-elle la comparaison avec d'autres communautés contractuelles ? Cf. Surveillant des prix, Surveillant des prix, DPC 2004/5, p. 1397, *Rapport annuel*, p. 1397 s.

²¹⁶⁰ Surveillant des prix, DPC 2004/5, p. 1398, *Rapport annuel*, DPC 2004/5, p. 1398.

²¹⁶¹ Surveillant des prix, DPC 2004/5, p. 1398, *Rapport annuel*, p. 1398 s.

²¹⁶² Pour des détails cf. Surveillant des prix, DPC 2004/5, p. 1398, *Rapport annuel*, p. 1398 s. En substance, les hôpitaux privés sont moins nombreux et fournissent un spectre de prestations restreint et présentent un degré de spécialisation élevé. Le changement de régime conduit à des VIPT trop élevées. Le Surveillant préconise alors de limiter la comparaison avec les données des autres communautés et calcule la VIPT qui résulte d'un spectre moyen de prestations. Il compare cela avec les valeurs des hôpitaux publics et prend la plus haute des deux.

²¹⁶³ Surveillant des prix, DPC 2004/5, p. 1398, *Rapport annuel*, p. 1398. Pour un exemple où les recommandations n'ont pas été suivies, TAF, arrêt 3175/2013 du 13 juin 2017, c. 11.1.2.

Conseil fédéral (ancienne autorité de recours) qui a, dans l'ensemble, suivi le Surveillant des prix²¹⁶⁴.

Les adaptations subséquentes de la valeur du point (VPT), après la phase de neutralité des coûts²¹⁶⁵, ont mené à une nouvelle méthode d'analyse de la part du Surveillant des prix qui est également consulté (avant approbation ou fixation de la nouvelle valeur du point par les cantons)²¹⁶⁶. Ce faisant, il espère contribuer à enrayer l'importante augmentation des coûts constatée. Des recours ont été déposés au TAF, spécialement dans les cas où les tarifs ont été fixés par les gouvernements cantonaux²¹⁶⁷. Il a dans l'ensemble suivi les recommandations rendues²¹⁶⁸. Au fil des ans et des

²¹⁶⁴ Surveillant des prix, DPC 2004/5, p. 1398, *Rapport annuel*, p. 1398 ; Surveillant des prix, DPC 2009/5, p. 515, *Rapport annuel*, p. 515.

²¹⁶⁵ Le principe de la neutralité des coûts prévus par à l'art. 59c al. 1 let. c OAMal ne s'applique plus lorsqu'une valeur neutre a pu être convenue entre les partenaires tarifaires à la fin de la phase de la neutralité des coûts (qui a duré 18 mois). TAF, arrêt 3175/2013 du 13 juin 2017, c. 8.6.1. et références à d'autres arrêts.

²¹⁶⁶ Surveillant des prix, DPC 2008/5, p. 797 et 804, *Rapport annuel*, p. 797 et 804. Au départ, il se fondait sur les données disponibles avant la phase de neutralité des coûts, depuis mi-2007, il a simplifié sa méthode d'analyse des VPT pour les hôpitaux : il se fonde sur les chiffres de santésuisse et applique la même méthode, mais se concentre uniquement sur les chiffres de l'année civile. Il établit aussi la méthode de calcul du renchérissement, qui est un des facteurs déterminants dans l'établissement des VPT.

²¹⁶⁷ Lorsque le gouvernement cantonal arrête le tarif conformément à l'art. 47 LAMal, l'art. 43 al. 4, 2^{ème} phrase est applicable (TAF, arrêt C-2422/2014, du 9 janvier 2017, c. 6.8.1). Il doit respecter les principes de l'art. 59c al. 1 OAMal. Le respect de la loi, de l'équité et du principe de l'économie (46 al. 4) est applicable par analogie. TAF, arrêt C-2422/2014, du 9 janvier 2017, c. 6.8.3 ; ATAF 2010/24, c.4.3. L'autorité doit rechercher et requérir les sources documentaires. TAF, arrêt C-2422/2014, du 9 janvier 2017, c. 6.8.3.

²¹⁶⁸ Le TAF confirme la méthode de calcul du Surveillant (simplification de la méthode, les chiffres d'une année civile sont retenus, calcul du renchérissement) et consacre le principe selon lequel les hôpitaux publics et privés ne sont qu'une communauté tarifaire. La création de communautés tarifaires propres est possible si elle est objectivement justifiée. Surveillant des prix, DPC 2009/5, p. 515, *Rapport annuel*, p. 515 s. ; TAF, arrêt C-2548/2008 du 18 novembre 2009, c. 7.

nuances apportées par le TAF²¹⁶⁹, les méthodes de calcul de VPT appliquées par le Surveillant des prix ont été nuancées ou affinées²¹⁷⁰.

Notons finalement une réserve. Nous avons vu que, selon l'art. 47 al. 3 LAMal, lorsque les partenaires tarifaires ne s'entendent pas sur le renouvellement d'une convention tarifaire, le gouvernement cantonal peut prolonger celle précédemment conclue d'une année. D'après la jurisprudence, lors d'une prolongation annale, les autorités cantonales ne sont pas obligées de consulter le Surveillant des prix, et ce malgré le fait que l'on se trouve littéralement dans le champ d'application de l'art. 14 LSPr. Si aucune convention tarifaire n'est conclue dans ce délai, le canton fixe le tarif et doit alors consulter le Surveillant des prix²¹⁷¹.

II. LA LSPR ET LES TARIFS DES PRESTATIONS PRISES EN CHARGE PAR L'ASSURANCE COMPLÉMENTAIRE AMBULATOIRE

L'étude du champ d'application de la LSPr ne diffère pas de celle qui a été proposée dans le chapitre qui traite de l'application de cette loi aux

²¹⁶⁹ Voir not. TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014 ; TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2014 ; TAF, arrêt 3175/2013 du 13 juin 2017, c. 8.6 ; TAF, arrêt 3175/2013 du 13 juin 2017, c. 11.1.3 ss.

²¹⁷⁰ Notamment, la méthode de calcul de la VPT, selon laquelle la valeur du point doit être réduite si l'augmentation des coûts totaux des prestations fournies par une communauté tarifaire pendant une période déterminée a été plus forte que le taux de renchérissement admissible, a été atténuée. Depuis 2014, une marge de tolérance d'1% (en plus du renchérissement), permettant de tenir compte notamment de l'évolution démographique, de la structure de la demande et de l'offre, du catalogue de prestations et des conditions-cadre, est admise. Ce sont également des critères déterminants. Le Surveillant des prix se conforme aux développements du TAF (TAF, arrêt C-6229/2011 du 5 mai 2014 c. 11.3.2 ; TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, c. 8.3), selon lesquels le fait de considérer uniquement le renchérissement ne permet pas de tenir compte de tous les facteurs qui ont une influence sur l'évolution des prestations. En outre, le calcul de la valeur du point se fonde désormais sur une base variable et non plus sur l'année de référence 2003. Ce changement respecte également la nouvelle jurisprudence du TAF, selon laquelle le principe de la neutralité des coûts n'est plus applicable dès lors qu'une VPT neutre a été fixée après cette phase (voir not. TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, c. 8.2). Cf. aussi TAF, arrêt C-2422/2014, du 9 janvier 2017, c. 8.2.

²¹⁷¹ RAMA 2002 289 ; TAF, arrêt C-1627/2012 du 20 novembre 2014, c. 6.4.2 ; TAF, arrêt C-2422/2014, du 9 janvier 2017, c. 6.8.1.

tarifs des prestations prises en charge par l'assurance-maladie complémentaire. Les tarifs ou les conventions tarifaires ne sont pas approuvés par une autorité ou soumis à sa surveillance. On retombe dans le régime usuel des art. 1, 2 et 6 ss LSPr. Si les conditions sont remplies, le Surveillant des prix a ainsi un pouvoir d'intervention plus étendu, qui ne se limite pas au pouvoir de rendre des recommandations. Il n'y a pas de nuance si le traitement a lieu en ambulatoire ou non. Nous renvoyons dès lors entièrement à ce chapitre.

Chapitre 5 : L'APPLICATION DE LA LCD ET LES MÉDECINS

Nous nous intéressons à présent au point de savoir si la LCD s'applique dans le secteur d'activité du médecin. Nous commençons par examiner les conditions d'application de la LCD telles que nous les avons identifiées dans la partie générale et déterminons quelles entités sont tenues au respect des exigences fixées par la LCD (I) et quels actes sont potentiellement litigieux (II). Nous déterminons ensuite qui a la possibilité d'ouvrir une action (IV).

I. LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL

A. Les médecins

Le médecin installé participe au marché et son comportement ou sa pratique peut avoir des répercussions sur la concurrence. Il peut influencer directement ou indirectement la concurrence, et ce de manière active ou passive et ainsi influencer la relation avec son patient ou la relation avec les autres médecins²¹⁷². On retient d'ailleurs qu'il peut être une entreprise au sens de la LCart. On peut aussi envisager qu'il soit l'auteur d'un comportement déloyal au sens de la LCD. Cela a été retenu par plusieurs autorités²¹⁷³. A ce propos, il existe un déséquilibre inhérent à la relation entre le médecin et son patient. Il faut des moyens pour le réduire ; accorder la protection de la LCD peut y contribuer²¹⁷⁴.

²¹⁷² Sur l'examen de comportements déloyaux par un médecin exploitant une permanence dentaire, ATF 102 IV 263 (fr) ; DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 203. Sur la théorie, cf. Première Partie, Chap. 6.II. et V. et réf, not. CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 120 et art. 1 N 30 ss. Voir aussi SCHOTT, Wettbewerb, N 848 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.62 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 29.

²¹⁷³ Autorité de recours en matière pénale de Neuchâtel, arrêt ARMP.2015.66 du 16 novembre 2015, in RJN 2015, p. 139 ; Cour civile de Neuchâtel, arrêt VVIV.2015.7 du 9 février 2016, in RJN 2016, p. 215, c. 3. Concernant la publicité, cf. Comco, DPC 2000/4, p. 685, *Préavis sur le projet de règlement d'exécution de la loi sur la santé*, p. 686 ; Comco, DPC 2000/1, p. 97, *Modification de la loi vaudoise sur la santé publique*, p. 99. A propos de l'usage de titres, TF, arrêt 2A.254/2005 du 10 novembre 2005. En doctrine, DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 186.

²¹⁷⁴ Pour une réflexion en droit français, CULTRU, Patient, p. 34 ss.

D'un point de vue procédural, un médecin exerçant à titre d'activité économique privée sous sa propre responsabilité, au sens de la LPMéd, peut être l'auteur d'un comportement déloyal. Si le comportement (p. ex. une publicité ou un dénigrement) émane directement d'un cabinet doté de la personnalité juridique et regroupant plusieurs médecins, on peut alors attaquer le cabinet. En revanche, si l'acte est attribué au fait personnel du médecin uniquement, ce dernier est l'auteur du comportement²¹⁷⁵.

Le médecin employé – par un hôpital, une clinique ou un médecin exerçant à titre d'activité économique privée sous sa propre responsabilité – ou lié avec lui par un mandat peut également être l'auteur d'un comportement déloyal. Il peut alors être recherché en vertu de l'art. 9 LCD (action en interdiction, cessation ou constatation selon l'al. 1, rectification, communication ou publication du jugement selon l'al. 2 et dommage et intérêt selon l'al. 3 qui renvoie au CO.) L'art. 11 LCD prévoit que lorsque l'acte de concurrence déloyale a été commis par un travailleur ou par un autre auxiliaire dans l'accomplissement de son travail, les actions prévues à l'art. 9 al. 1 et 2 LCD peuvent également être intentées contre l'employeur²¹⁷⁶. Si le lésé entend ouvrir une action en dommages et intérêts, il doit toutefois se fonder sur l'art. 55 CO²¹⁷⁷, par renvoi de l'art. 9 al. 3 LCD²¹⁷⁸.

B. L'association de médecins

Puisque les médecins participent au marché et que leurs comportements ou pratiques peuvent avoir des répercussions sur la concurrence, on retient que l'association suisse des médecins – la FMH – peut aussi adopter

²¹⁷⁵ Pour un exemple, la violation de la LCD n'ayant pas été retenue, Autorité de recours en matière pénale de Neuchâtel, arrêt ARMP.2015.66 du 16 novembre 2015, in RJN 2015, p. 139 ; Cour civile de Neuchâtel, arrêt VVIV.2015.7 du 9 février 2016, in RJN 2016, p. 215.

²¹⁷⁶ CR LCD-FORNAGE, Art. 11, N 2 ss.

²¹⁷⁷ Pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, il faut que les conditions générales de l'art. 41 CO soient remplies (préjudice, lien de causalité entre l'acte illicite de l'auxiliaire et le défaut de diligence de l'employeur). Il faut ensuite que les conditions spécifiques de l'art. 55 CO soient remplies (l'existence d'un employeur et d'un auxiliaire, un acte illicite de l'auxiliaire dans l'accomplissement de son travail et l'absence de preuve libératoires). Cf. CR CO I-WERRO, Art. 55, N 5 ss ; BSK OR I-KESSLER, Art. 55 CO, N 6 ss.

²¹⁷⁸ CR LCD-FORNAGE, Art. 11, N 5.

un comportement déloyal. En tant que personne morale (association²¹⁷⁹), on peut imaginer une procédure à son encontre.

C. Les tiers

L'acte peut aussi provenir d'un tiers, comme un média par exemple. Rappelons que lorsqu'il publie un reportage, même s'il y dénonce des risques d'atteinte à la santé publique, ce qui ressort de l'intérêt public, le journaliste est lié par une obligation d'objectivité. Il doit respecter les dispositions de la LCD²¹⁸⁰.

II. LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

La LCD vise les comportements qui constituent un acte de concurrence, c'est-à-dire qui aboutissent objectivement à un impact, même abstrait, sur les relations de concurrence²¹⁸¹. Il faudra, dans un cas litigieux, le vérifier. Nous proposons ici de nous pencher sur les principales dispositions matérielles potentiellement applicables.

A. L'art. 3 LCD

Un cas de dénigrement d'un médecin par un autre médecin (art. 3 al. 1 let. a LCD) peut être envisagé. Notons que toute critique d'un médecin confrère ne peut être *per se* condamnée ; celle-ci peut être utile, voire nécessaire. Selon MARTIN-ACHARD, un médecin généraliste qui a connaissance de la faiblesse ou des défaillances d'un chirurgien peut, voire doit, aviser objectivement son patient qui désire le consulter des risques qu'il court. Il soulève que son opinion ne semble pas être partagée par le corps médical qui craint qu'une quasi-obligation de critiquer un confrère ne débouche sur des conflits professionnels inextricables dans la mesure où le jugement de confrères repose sur des critères subjectifs, difficilement vérifiables : l'intérêt supérieur du malade doit prévaloir. Si celui-ci

²¹⁷⁹ Cf. art. 1 des statuts de la FMH du 24 juin 1998.

²¹⁸⁰ Pour un exemple dans le domaine de la pharmaceutique, ATF 124 III 72, c. 2.b.bb, JdT 1998 I 329.

²¹⁸¹ ATF 126 III 198, c. 2 (fr) ; ATF 120 II 76, c. 3a, JdT 1994 I 365 ; SHK UWG-JUNG, Einleitung, N 2 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 1, N 18 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 21 N 96 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 104. Cf. aussi DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 23 s. ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 9.

demande conseil à son généraliste, ce dernier le dirigera vers le confrère le mieux à même de dispenser des soins de qualité. MARTIN-ACHARD reconnaît que la question est délicate, mais souligne que, pour les professions libérales notamment, l'intérêt du « client » justifie parfois des remarques critiques objectives²¹⁸². La limite de la critique se trouve, selon nous, à l'art. 3 al. 1 let. a LCD²¹⁸³.

On peut imaginer un cas de tromperie du patient par indications inexactes ou fallacieuses, par exemple sur lui-même, son entreprise, ses prestations ou ses prix (art. 3 al. let. b LCD). Dans le secteur de la santé – mais ne concernant pas directement les médecins – plusieurs expressions ont été critiquées, parfois avec succès, car elles conduisaient à une tromperie sur la qualité du produit²¹⁸⁴.

Un médecin peut aussi porter ou utiliser des titres ou des dénominations professionnelles inexacts, qui sont de nature à faire croire à des distinctions ou capacités particulières (art. 3 al. 1 let. c LCD). Les titres de médecin, de spécialiste ou encore de docteur sont visés par cette disposition²¹⁸⁵. Par exemple, une interdiction d'utiliser le titre « Dr. Med. » pour un médecin ayant fini sa formation à Vienne, mais n'ayant pas écrit de thèse de doctorat, a été confirmée par le TF²¹⁸⁶.

Des cas comprenant un risque de confusion, par exemple avec les prestations d'autrui (not. par l'utilisation d'un logo ou d'un nom), peuvent être

²¹⁸² MARTIN-ACHARD, LCD, p. 43 s.

²¹⁸³ Pour la mention d'exemple de cas où le dénigrement n'a pas été retenu, cf. DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 158.

²¹⁸⁴ Pour un exemple où l'art. 3 al. 1 let. a LCD a été invoqué contre un groupe d'assureurs et une société exploitant des pharmacies, ATF 132 III 414, c. 4. Dans un autre cas, l'utilisation de « *Das ärztlich empfohlene Schlafsystem, Das Schlafsystem, das Ihren Rücken wieder gesund werden lässt* », lorsque qu'aucun médecin neutre et objectif n'a recommandé le produit a été examiné, cf. Oger ZH in Mitt. 1979 161. Cf. aussi TF, arrêt 2C_367/20008 du 20 novembre 2008 où le TF s'est penché sur l'utilisation des termes « *Zahnklinik Dr. T. Warnke* » soit sur la désignation comme clinique d'un cabinet dentaire privé qui n'est pas soumis à l'obligation d'obtenir une autorisation (tromperie sur soi-même). Cette affaire n'a cependant pas été examinée sous l'angle de la LCD, mais des dispositions de droit public.

²¹⁸⁵ DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 188. Pour un exemple en jurisprudence, TF, arrêt 2A.254/2005 du 10 novembre 2005.

²¹⁸⁶ TF, arrêt 2A.254/2005 du 10 novembre 2005.

envisagés ; les conditions de l'art. 3 al. 1 let. d LCD devraient alors être examinées²¹⁸⁷.

On peut encore penser à des comparaisons inexactes fallacieuses, inutilement blessantes ou parasitaires (art. 3 al. 1 let. e LCD)²¹⁸⁸. On devrait retenir que la publicité d'un médecin est sur le principe soumise à la LCD²¹⁸⁹. Nous revenons sur ce point ci-dessous.

Puisque des tarifs uniformes s'appliquent en général à l'activité du médecin, il est plus difficile d'imaginer l'application de l'art. 3 al. 1 let. f ou g LCD pour son activité prise en charge par l'AOS. Un tel cas peut éventuellement se présenter lors d'une prestation relevant de l'assurance complémentaire.

Notons que certains arrêts concernant directement des médecins ont été rendus, ils ne concernaient toutefois pas les dispositions de la LCD faisant partie du droit concurrence, mais p. ex. la potentielle violation de l'art. 4 LCD (incitation à rompre un contrat)²¹⁹⁰.

Dans ce contexte, il faut encore noter que certains des comportements qui tombent sous le coup de la LCD peuvent également être circonscrits, encadrés, voire interdits par le droit public fédéral ou cantonal. Les deux principales hypothèses sont la publicité et l'utilisation de titre. La question de l'articulation de ces dispositions se pose.

²¹⁸⁷ En ce sens, bien que l'auteur du comportement litigieux ne soit pas un médecin, cf. Gericht Präsident Bern-Laupen, arrêt du 11 juin 2003, in sic 2004 !, 31 ss, c. 3.8 (utilisation de l'abréviation FNH et risque de confusion avec la FMH). Cf. aussi TF, arrêt 4A_41/2014 du 20 mai 2014, c. 6 non publié in : ATF 140 III 251.

²¹⁸⁸ En ce sens, bien que l'auteur du comportement litigieux ne soit pas un médecin, cf. Gericht Präsident Bern-Laupen, arrêt du 11 juin 2003, in sic 2004 !, 31 ss, c. 3.8 (utilisation de l'abréviation FNH pour *Foederatio Naturopatarum Helveticorum*, le terme *naturopatarum* n'existant pas en latin et est utilisé ici juste pour créer cette abréviation, très proche de celle de la FMH et exploiter sa renommée). Pour un autre exemple où l'art. 3 al. 1 let. e LCD a été invoqué contre une groupe d'assureurs et une société exploitant des pharmacies, ATF 132 III 414, c. 4.

²¹⁸⁹ Comco, DPC 2000/4, p. 685, *Préavis sur le projet de règlement d'exécution de la loi sur la santé*, p. 686.

²¹⁹⁰ Autorité de recours en matière pénale de Neuchâtel, arrêt ARMP.2015.66 du 16 novembre 2015, in RJN 2015, p. 139 ; Cour civile de Neuchâtel, arrêt VVIV.2015.7 du 9 février 2016, in RJN 2016, p. 215.

B. Les titres, la publicité : question d'articulation

a. Les titres

La LCD prévoit que celui qui porte ou utilise des titres ou des dénominations professionnelles inexacts, qui sont de nature à faire croire à des distinctions ou capacités particulières agit de façon déloyale (art. 3 al. 1 let. c LCD). Les conséquences d'un tel comportement sont civiles²¹⁹¹ et, si une plainte est déposée, pénales. La sanction peut être une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire²¹⁹². Cette disposition peut s'appliquer au médecin (cf. champ d'application personnel et matériel).

Cette réglementation peut se recouper tout d'abord avec le droit fédéral. En effet, la LPMéd fixe les conditions d'obtention des diplômes fédéraux et des titres postgrades fédéraux pour les professions médicales universitaires (art. 1 al. 3 let. b LPMéd). Le titre de médecin dépend de l'obtention du diplôme fédéral. Les conditions sur les formations postgrades – aboutissant au titre de médecin FMH, ou au titre de spécialiste – sont arrêtées. Cette loi, qui relève du droit public fédéral, prévoit aussi des conséquences pénales²¹⁹³. Toute personne qui prétend être titulaire d'un diplôme ou d'un titre postgrade régi par la LPMéd alors qu'elle ne l'a pas obtenu régulièrement ou qui utilise une dénomination faisant croire à tort qu'elle a terminé une formation universitaire ou une formation postgrade régie par la présente loi est punie d'une amende (art. 58 let. a et b LPMéd).

L'art. 3 al. 1 let. c LCD peut ensuite se recouper avec des dispositions de droit cantonal. En effet, plusieurs lois ou ordonnances cantonales sur la santé prévoient une interdiction d'utiliser des titres, dénominations professionnelles et qualifications pouvant porter à confusion sur leur formation²¹⁹⁴ ou subordonnent une telle utilisation au fait de posséder effective-

²¹⁹¹ Les actions sont décrites aux art. 9 et 10 LCD.

²¹⁹² Art. 23 LCD.

²¹⁹³ L'art. 58 LPMéd a bien un caractère pénal, cf. Commentaire LPMéd-CEREGHETTI, Art. 58, N 1.

²¹⁹⁴ Art. 19 al. 2 let. c et 22 de la loi bernoise du 2 décembre 1984 sur la santé publique (LSP BE), RS BE 811.01. Cf. aussi art. 185 de la loi vaudoise du 29 mai 1985 sur la santé publique (LSP VD), RSV 800.01.

ment le titre correspondant²¹⁹⁵. Parfois, l'utilisation de titres ou de qualifications pouvant prêter à confusion est spécialement interdite en lien avec la publicité²¹⁹⁶. Des dispositions pénales sont également prévues par certaines lois cantonales²¹⁹⁷.

b. La publicité de médecins

D'une manière générale, celui qui fait de la publicité doit respecter les conditions de LCD. La publicité ne doit pas constituer un dénigrement, donner d'indications inexactes ou fallacieuses, ou encore créer de risque de confusion²¹⁹⁸. La publicité comparative et superlative est en principe licite ; l'art. 3 al. 1 let. e LCD pose cependant un cadre. Il est possible de procéder à une comparaison dans la mesure où celle-ci est exacte et n'est pas fallacieuse, inutilement blessante ou parasitaire. La violation de l'art. 3 LCD permet une action civile. Il est aussi possible de déposer une plainte pénale conformément à l'art. 23 LCD.

L'art. 40 al. 1 let. d LPMéd, quant à lui, prévoit que les personnes exerçant une profession médicale universitaire à titre d'activité économique privée sous leur propre responsabilité doivent s'abstenir de toute publicité qui n'est pas objective et qui ne répond pas à l'intérêt général ; cette publicité ne doit, en outre, ni induire en erreur ni importuner. Les sanctions de la violation de cette disposition sont disciplinaires (art. 43 LPMéd).

La Comco avait considéré, avant l'adoption de la LPMéd que, la publicité faite par des professionnels de la santé ou des institutions de santé est soumise à la LCD et souligné que les restrictions contenues dans les lois cantonales sur la santé ne devaient donc pas être trop restrictives²¹⁹⁹. Puis, la LPMéd a harmonisé les réglementations cantonales sur la publicité²²⁰⁰.

²¹⁹⁵ Art. 91 al. 2 de la loi fribourgeoise du 16 novembre 1999 sur la santé (LSan FR), RS FR 821.0.1 ; art. 59 de la loi neuchâteloise du 21 août 1991 de santé (LS NE) RSN 800.1.

²¹⁹⁶ Art. 80 de la loi valaisanne du 14 février 2008 sur la santé (LS VS), RSV 800.1.

²¹⁹⁷ Art. 47 et 48 LSP BE (amende jusqu'à 50'000.-) ; art. 185 LSP VD (amende entre 500.- et 100'000.-).

²¹⁹⁸ Art. 3 al. 1 let. a, b et d LCD.

²¹⁹⁹ Comco, DPC 2000/4, p. 685, Préavis sur le projet de règlement d'exécution de la loi sur la santé (fribourgeoise), p. 686.

²²⁰⁰ Commentaire LPMéd-SPRUMONT/GUINCHARD/SCHRONO, Art. 40, N 53 ; HandKomm MedBG-ETTER, Art. 40, N 18.

Certains avaient proposé de s'en remettre exclusivement à la LCD, une disposition particulière a finalement été adoptée, en raison des buts propres au domaine²²⁰¹.

De très nombreux cantons réglementent encore la publicité exercée par les professionnels de la santé. Nous mettons de côté celles visant les traitements médicaux et les médicaments. Concernant les professionnels eux-mêmes, plusieurs cantons romands prévoient que les professionnels de la santé (dont les médecins) doivent s'abstenir de toute publicité qui n'est pas objective et ne répond pas à l'intérêt général. Cette publicité ne doit en outre ni importuner ni induire en erreur²²⁰². Les cantons suisses allemands ont une réglementation similaire, mais une formulation parfois plus brève²²⁰³. Certaines dispositions cantonales apportent des précisions. Elles définissent la publicité, imposent p. ex. la consultation des associations professionnelles, interdisent de mentionner certains appareils spéciaux ou méthodes de traitement particulières, limitent le contenu de la publicité (p. ex. à ce qui se rapporte à leur activité : qualifications professionnelles et titres obtenus ; parcours professionnel ; partenaires réguliers ; horaires d'ouverture), ou énumèrent les supports publicitaires²²⁰⁴. La sanction d'une violation des devoirs professionnels est usuellement disci-

²²⁰¹ Commentaire LPMéd-SPRUMONT/GUINCHARD/SCHRONO, Art. 40, N 55 et 61 et réf.

²²⁰² Art. 82 al. 1 LSP VD en lien avec l'art. 74 LSP VD et le Règlement vaudois du 26 janvier 2011 sur l'exercice des professions de la santé (REPS VD), RSV 811.01.1 ; art. 91 LSan FR ; art. 65 en lien avec l'art. 53 LS NE et art. 7 du Règlement neuchâtelois du 2 mars 1998 concernant l'exercice des professions médicales et universitaires et des autres professions de la santé (RS NE) RSN 801.100 ; art. 80 LS VS en lien avec 61 LS VS et art. 1 de l'ordonnance valaisanne du 18 mars 2009 sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance, RS VS 811.100 ; art. 20 de l'ordonnance jurassienne du 2 octobre 2007 concernant l'exercice des professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire, RS JU 811.111. Pour une formulation différente, cf. art. 89 de la loi genevoise du 7 avril 2006 sur la santé (LS GE), RS GE K 1 03 qui prévoit que les professionnels de la santé inscrits dans les registres sont autorisés à faire paraître les annonces nécessaires à leur fonctionnement dans les limites définies par le Conseil d'Etat.

²²⁰³ Cf. p. ex. § 19 LSP BE ; § 16 Gesundheitsgesetz du 2 avril 2007 du canton de Zurich (GesG ZH), RS ZH 810.1 ; § 26 Gesundheitsgesetz du 21 février 2008 du canton de Bâle-Campagne (GesG BL), RS BL 901 ; § 56 Gesundheitsgesetz du 21 septembre 2011, du canton de Bâle-Ville (GesG BS), RS BS 300.100.

²²⁰⁴ Art. 82 al. 2 ss LSP VD, art. 14 REPS VD, art. 13 du Règlement genevois du 22 août 2006 sur les professions de la santé (RPS), RS GE K 3 02.01.

plinaire ; la violation des dispositions cantonales sur la publicité a parfois des conséquences pénales (amende)²²⁰⁵.

c. Le principe de l'articulation des réglementations

Puisque les dispositions ne contiennent, en règle générale, pas de règle sur leur articulation, on retombe sur la théorie générale et les principes généraux.

(i) En droit fédéral

En présence de deux lois fédérales en vigueur, qui s'appliquent à la même situation et qui sont en contradiction, il faut en premier lieu se demander si l'on est dans un cas de dérogation. Le critère clé est celui de la contradiction²²⁰⁶. Dans l'affirmative, il faut appliquer les adages *lex specialis derogat generali*, *lex posterior derogat anteriori*²²⁰⁷. S'il n'y a pas de contradiction, mais plutôt une complémentarité, on peut admettre une application conjointe des deux dispositions fédérales²²⁰⁸. En lien avec la LCD, on parle à cet égard de double pertinence. Les dispositions (de droit public) visent principalement d'autres intérêts que celui de la protection des concurrents ou de l'autre partie²²⁰⁹, mais ont aussi pour but de protéger les concurrents ou partenaires commerciaux et ne sont donc pas neutres

²²⁰⁵ Art. 128 LSan FR (amende jusqu'à 100'000.-) ; Art. 184 LSP VD (amende de 500.- à 200'000.- à l'encontre de celui qui enfreint la présente LSP VD ou une de disposition d'exécution). Dans le canton du Jura, le médecin auteur de l'infraction aux dispositions sur la publicité encourt les sanctions disciplinaires et pénales prévues dans la LPMéd, art. 30 de l'ordonnance jurassienne du 2 octobre 2007 concernant l'exercice des professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire, RS 811.111.

²²⁰⁶ En ce sens, CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16b, N 34.

²²⁰⁷ D'une manière générale, SEILER, Einführung, p. 144. En cas de doute, il faut procéder à une interprétation. Dans le cadre de l'art. 16 LCD, CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16b, N 36.

²²⁰⁸ SEILER, Einführung, p. 143. Dans la littérature pertinente de droit de la concurrence déloyale, cf. CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16b, N 34 et SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 30, mais en lien avec l'art. 16 LCD.

²²⁰⁹ En lien avec l'art. 16 LCD, CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16b, N 34 ; SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 30.

d'un point de vue de la concurrence déloyale²²¹⁰. Leur violation peut également être examinée au regard de la LCD²²¹¹.

(ii) Avec le droit cantonal

Nous avons aussi soulevé que certaines dispositions sont de droit cantonal. Selon le principe de la primauté du droit fédéral, les cantons n'ont pas le droit de légiférer dans les domaines que le droit fédéral régit exhaustivement²²¹². Si la réglementation n'est pas exhaustive, les cantons peuvent uniquement édicter des dispositions qui ne contreviennent pas au sens et à l'esprit du droit fédéral et qui ne portent pas atteinte à son objectif ou empêchent sa réalisation²²¹³. Ainsi, l'articulation entre les dispositions de la LPMéd et le droit cantonal doit être examinée pour chaque thématique. Il faut déterminer si la LPMéd laisse subsister une compétence des cantons²²¹⁴.

En droit privé, le Code civil prévoit que les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière de droit public (art. 6 al. 1 CC). Cela signifie que, d'une manière générale, les dispositions cantonales de droit public ne doivent pas aller à l'encontre du but des dispositions de droit privé de la LCD²²¹⁵. La LCD ne protège que la concurrence économique et sa loyauté. Les cantons peuvent poursuivre d'autres buts (raisons de police, protection de la sécurité ou de l'ordre, protection des passants contre le harcèlement)²²¹⁶.

En droit pénal, l'art. 335 ch. 1 al. 1 CP réserve certes le droit pénal des contraventions en faveur des cantons, mais seulement dans la mesure où il ne fait pas l'objet d'une législation fédérale²²¹⁷.

²²¹⁰ SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 30 s. Cf. aussi, mais toutefois pas aussi catégorique, TF, arrêt 4C.338/1997 du 25 août 1998.

²²¹¹ SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 30 s.

²²¹² Art. 49 al. 1 Cst. Cf. p. ex. ATF 143 I 352, c. 2.2 (fr) ; ATF 125 I 369, JdT 2000 I 826, c. 4a.

²²¹³ ATF 143 I 352, c. 2.2 (fr) ; ATF 125 I 369, JdT 2000 I 826, c. 4a ; ATF 125 II 56, c. 2b, RDAF 2000 I 685.

²²¹⁴ Cf. p. ex. TF, arrêt 2C_367/2008 du 20 novembre 2008, c. 2.1 et 3.

²²¹⁵ ATF 125 I 369, JdT 2000 I 826, c. 4a ; SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 10 s.

²²¹⁶ ATF 125 I 369, JdT 2000 I 826, c. 4a et 4 c.bb ; ATF 125 II 56, c. 2b avec réf. citée, RDAF 2000 I 685 ; SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 11 s.

²²¹⁷ ATF 125 I 369, c. 4a, JdT 2000 I 826.

d. L'articulation en pratique

(i) Généralités et comparaisons

La question de l'articulation de la LCD avec d'autres domaines du droit se pose régulièrement. Nous proposons d'abord de présenter quelques éléments à titre de comparaison. Dans le domaine de la protection des marques, certaines dispositions – principalement à caractère civil – s'appliquent cumulativement²²¹⁸. D'autres – principalement les sanctions pénales – seraient plutôt dans un rapport de spécialité, la LPM s'appliquant seule²²¹⁹.

La LLCA prévoit que l'avocat peut faire de la publicité, pour autant que celle-ci se limite à des faits objectifs et qu'elle satisfasse à l'intérêt général (art. 12 let. d LLCA). Les sanctions de la violation de ce devoir professionnel sont des mesures disciplinaires prononcées par l'autorité de surveillance. La loi ne prévoit aucune conséquence pénale, mais seulement une exigence d'objectivité. Cela implique que l'avocat est, en outre, soumis aux principes de la LCD pour sa publicité ; cette dernière trace les limites de ce qui est admissible²²²⁰. On retient donc que les dispositions des deux lois peuvent être parallèlement applicables, en cas de publicité mensongère par exemple²²²¹. A cet égard, « il n'est pas exclu que la publicité de l'avocat donne lieu à des développements jurisprudentiels spécifiques. Cela ne soulève pas de difficultés particulières au regard de la LCD dans la mesure où le législateur fédéral a opté pour un système relativement souple grâce à la clause générale de l'art. 2 LCD. Dès avant l'entrée en vigueur de la LLCA, la jurisprudence cantonale prenait toujours plus en compte la LCD (...) lorsqu'était examinée la publicité faite par un avocat »²²²². Notons qu'une publicité uniquement tapageuse ne serait pas contraire à la LCD, mais peut être examinée selon l'art. 12

²²¹⁸ Application cumulative de l'art. 13 LPM et de l'art. 3 al. 1 let. d LCD. Cf. Gericht Präsident Bern-Laupen, arrêt du 11 juin 2003, in sic 2004 I, 31 ss, c. 3.8. Cf. aussi, pour d'autres dispositions civiles, TF, arrêt 2C_1008/2012 du 1 mars 2013, c. 2.4 et 2.5.

²²¹⁹ Les dispositions pénales de la LPM sont plus spéciales que celle de la LCD. Cf. BSK UWG-KILLIAS/GILLERON, Art. 24, N 50 et réf.

²²²⁰ CR LLCA-VALTICOS, Art. 12, N 196 ; BGFA Komm-FELLANN, Art. 12, N 115 ; BOHNET/MARTENET, Avocat, N 1500, 1504, 1514 ; FELLMANN, Anwaltsrecht, N 420.

²²²¹ Cf. explicitement BOHNET/MARTENET, Avocat, N 1517.

²²²² BOHNET/MARTENET, Avocat, N 1514.

LLCA²²²³. Dans le cas où les deux lois sont applicables, on retiendra la possibilité de prononcer des sanctions disciplinaires (LLCA) ainsi que l'ouverture d'une action civile et le prononcé d'une sanction pénale (LCD)²²²⁴.

La LPT^h et l'OPT^h prévoient une interdiction de faire de la publicité destinée au public pour les médicaments fournis sur ordonnance²²²⁵. Le but est la protection de la santé publique, jugé prépondérant à l'intérêt (économique) de l'industrie pharmaceutique²²²⁶. Cette interdiction est parfois reformulée dans les lois cantonales²²²⁷. En revanche, la publicité est licite si elle est destinée aux médecins ou si elle concerne les médicaments qui ne sont pas soumis à ordonnance²²²⁸. Elle doit toutefois respecter certaines conditions, à savoir ne pas être trompeuse ou contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ni inciter à un usage excessif, abusif ou inapproprié ni concerner un médicament qui ne peut être mis sur le marché en Suisse²²²⁹. Dans ce contexte, une violation de la LPT^h peut constituer une violation de la LCD, si les conditions sont remplies²²³⁰. On retient une double pertinence²²³¹. Les buts des deux lois ne sont pas les

²²²³ En ce sens, BOHNET/MARTENET, Avocat, N 1519 s. Cf. ATF 129 III 426, c. 3.1.2 (fr).

²²²⁴ En ce sens, BOHNET/MARTENET, Avocat, N 1548 s. et 2207 qui examinent aussi la conformité du système avec le principe *ne bis in idem* et retiennent que l'autorité statuant en second lieu doit tenir compte de la sanction infligée par la première autorité. Par analogie, voir aussi la jurisprudence en matière fiscale, not. ATF 122 I 257, c. 8, JdT 1998 I 247.

²²²⁵ Cf. art. 31 *a contrario* et art. 32 al. 2 let. a LPT^h.

²²²⁶ Cf. ATF 133 IV 222, c. 3.1, RDAF 2008 I 597 ; ATF 141 II 66, c. 3.3, JdT 2015 I 151 ; EICHENBERGER, HMG UWG, p. 15 s.

²²²⁷ Art. 70a LSP VD ; Art. 35 LSan FR.

²²²⁸ Art. 31 al. 1 LPT^h. BSK HMG-JAISLI, Art. 31, N 18 ss. Cf. aussi les dispositions spéciales de l'ordonnance du 17 octobre 2001 sur la publicité pour les médicaments (OPuM), RS 812.212.5.

²²²⁹ Art. 32 al. 1 LPT^h. BSK HMG-JAISLI, Art. 32, N 8 ss.

²²³⁰ EICHENBERGER, HMG UWG, p. 13 ; EGGENBERGER STÖCKLI, Heilmittel, p. 72 s. Cf. aussi BSK HMG-JAISLI, Art. 32, N 72.

²²³¹ En ce sens, EGGENBERGER STÖCKLI, Heilmittel, p. 72 et JAAC 66.102, c. 4b et 4c : la législation sur les produits thérapeutiques, y compris les dispositions sur la publicité, vise la protection de la santé publique. On veut éviter que, à cause d'une publicité, la population prenne trop des médicaments ou des médicaments pas adéquats. Cette législation a toutefois des conséquences en matière de loyauté de la concurrence.

mêmes²²³². La LCD permet une action civile et/ou pénale²²³³. La mise en œuvre de la LPT^h et de ses ordonnances aura lieu par l'institut suisse des produits thérapeutiques, swissmedic (mesures administratives)²²³⁴, mais le prononcé d'une sanction pénale (amende) est aussi prévu²²³⁵. La doctrine ne se prononce toutefois pas sur l'articulation de ces sanctions.

(ii) La LPMéd et la LCD en général

Qu'en est-il maintenant dans le domaine étudié ? A notre connaissance, la jurisprudence et la doctrine ne se prononcent pas sur l'articulation de la LPMéd avec la LCD. La LCD est principalement une loi de droit privé ; certains actes ont toutefois des conséquences pénales²²³⁶. Elle vise, comme on l'a dit, à garantir la loyauté de la concurrence. Quant à elle, la LPMéd est une loi de droit public. Son but est de promouvoir la santé publique, d'encourager la qualité de la formation universitaire, de la formation postgrade, de la formation continue et de l'exercice des professions dans les domaines de la médecine humaine, de la médecine dentaire, de la chiropratique, de la pharmacie et de la médecine vétérinaire (art. 1 LPMéd). Nous avons présenté ci-avant les dispositions qui peuvent potentiellement trouver application dans un même cas. Il faut selon nous admettre qu'elles puissent s'appliquer de manière parallèle et qu'une n'est pas plus spéciale que l'autre (ce qui aurait pour conséquence l'application de la loi spéciale uniquement). En effet, les buts des lois ne sont pas similaires ; on se trouve dans un cas de double pertinence, et ce autant pour les dispositions régissant l'usage de titres que pour celles encadrant la publicité. Il faudra finalement précisément déterminer les conséquences de l'application de ces lois.

Selon nous, il faut encore examiner l'articulation avec les lois cantonales²²³⁷. Celles-ci relèvent du droit public. Leur but est l'organisation du

²²³² TF, arrêt 2A.607/2005/fco du 23 juin 2006, c. 5.2. A titre de comparaison et pour une analyse de la LPT^h en lien avec l'art. 3 LCart, ATF 141 II 66, c. 3.3, JdT 2015 I 151.

²²³³ EICHENBERGER, HMG UWG, p. 27 s. ; EGGENBERGER STÖCKLI, Heilmittel, p. 82 s.

²²³⁴ Art. 66 LPT^h ; art. 24 OPuM. Cf. SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 20. ; BSK HMG-JAISLI, Art. 32, N 66 ss ; BSK HMG-MEYER/PFENNINGER-HIRSCHI, Art. 66, N 4 ss.

²²³⁵ Art. 87 OPuM. Cf. BSK HMG-JAISLI, Art. 32, N 69 ss.

²²³⁶ SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor. Art. 16-20, N 1.

²²³⁷ En lien avec les dispositions sur la publicité, le TF a laissé la question ouverte. TF, arrêt 2C_367/2008 du 20 novembre 2008, c. 3.

système de santé et la promotion et la protection de la santé de la population, ainsi que l'encouragement de la responsabilité individuelle et collective dans ce domaine²²³⁸. D'une part, en conséquence de l'art. 6 al. 1 CC, on retient que la LCD laisse subsister les compétences des cantons en matière de droit public. Les dispositions cantonales de droit public ne doivent toutefois pas aller à l'encontre du but des dispositions de droit privé de la LCD²²³⁹, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. D'autre part, la coordination entre la LPMéd et les dispositions cantonales de droit public est délicate. Dans ce cadre, le principe de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal s'applique : la LPMéd prime les dispositions de droit cantonal en matière de santé qui lui sont contraires²²⁴⁰. La compatibilité du droit cantonal à la LPMéd doit être vérifiée dans chaque cas d'espèce²²⁴¹.

Finalement, il est nécessaire d'articuler les sanctions pénales quand celles-ci sanctionnent le même comportement. Les sanctions peuvent être prévues par les lois fédérales (LCD ; LPMéd), mais aussi par les lois cantonales (cf. art. 335 al. 1 CP)²²⁴². Ici aussi, un examen précis est nécessaire.

Dans le cadre de notre étude, nous pouvons distinguer les dispositions traitant de l'usage de titres de celles traitant de la publicité.

(iii) Les dispositions sur l'usage de titres

En cas de violation de l'art. 3 al. 1 let. c LCD (port et usage de titres ou dénominations professionnelles inexacts, de nature à faire croire à des distinctions ou capacités particulières), une action civile peut être ouverte conformément aux art. 9 ss LCD. En outre, une procédure pénale est pos-

²²³⁸ Cf. p. ex. art. 1 LSP VD ; art. 1 LSP BE ; art. 2 LSan FR ; art. 1 LS NE ; art. 1 LS VS ; art. 1 LS JU ; art. 1 LS GE ; § 1 GesG ZH ; § 1 GesG BL ; § 1 GesG BS.

²²³⁹ SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 10 s. Cf. aussi ATF 125 I 369, JdT 2000 I 826, c. 4a.

²²⁴⁰ Art. 49 Cst., CR LCD-HOFMANN, Art. 16/16b, N 33 ; LE ROY/SCHÖENENBERGER, Introduction, p. 67 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, L'Etat, N 1033 ss ; SEILER, Einführung, p. 144.

²²⁴¹ Par exemple, la réglementation d'autres dénominations que celles prévues par la LPMéd reste de la compétence des cantons (p. ex. qui peut s'appeler « centre » ou « clinique ») et les dispositions cantonales subsistent. TF, arrêt 2C_367/2008 du 20 novembre 2008, c. 3.

²²⁴² ATF 125 I 369, c. 4 a, JdT 2000 I 826 ; SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 11. Cf. aussi Commentaire LPMéd-CEREGHETTI, Art. 58, N 13.

sible (art. 23 LCD). Parallèlement, l'art. 58 LPMéd prévoit que toute personne qui prétend être titulaire d'un diplôme ou d'un titre postgrade régi par la loi alors qu'elle ne l'a pas obtenu régulièrement ou qui utilise une dénomination faisant croire à tort qu'elle a terminé une formation universitaire ou une formation postgrade régie par la loi est pénalement punie. Puisque la LPMéd introduit une réglementation pénale et une sanction en matière de titres, les dispositions cantonales – qui existaient certes avant que la loi fédérale ne soit adoptée – sont caduques²²⁴³. On note en pratique qu'elles ne font que reprendre la loi fédérale et n'ont simplement plus de portée propre. En revanche, la réglementation d'autres dénominations que celles prévues par la LPMéd reste de la compétence des cantons (p. ex. qui peut s'appeler « centre » ou « clinique ») et les dispositions cantonales subsistent²²⁴⁴.

Il faut encore articuler les dispositions pénales de la LCD et de la LPMéd. Cette hypothèse est envisageable si la violation de la LPMéd est connue de l'autorité pénale et qu'une personne ou entité porte plainte en application de la LCD. Un acte peut donc être constitutif de plusieurs infractions. Selon nous, ces deux dispositions entrent en concours idéal²²⁴⁵ et s'appliquent de manière parallèle. En effet, les dispositions visent différents biens juridiquement protégés²²⁴⁶ ; ainsi, selon nous, aucune ne l'emporte sur l'autre²²⁴⁷. L'art. 49 CP²²⁴⁸ prévoit une méthode

²²⁴³ Cf. art. 335 al. 1 CP. De cet avis, Commentaire LPMéd-CEREGHETTI, Art. 58, N 14.

²²⁴⁴ TF, arrêt 2C_367/2008 du 20 novembre 2008, c. 3. Pour une réflexion similaire en lien avec la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle (LFPr), RS 412.10, cf. DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 186.

²²⁴⁵ Sur le concours idéal, cf. KILLIAS/KUHN/DONGOIS, Pénal, N 1109 ; HURTADO POZO, Pénal, N 868 ss et 872 s. ; STRATENWERTH, Strafrecht AT I, p. 4 ; DUPUIS et al., PC CP ad art. 49, N 5 ss. A titre de comparaison, la doctrine retient aussi un concours idéal entre les dispositions pénales de la LCD qui peut punir l'usage de titre ainsi que les dispositions pénales de la LFPr BSK UWG-BERGER, Art. 3 Abs. 1 lit. c, N 28.

²²⁴⁶ ATF 143 IV 130, c. 3.1 (fr) ; ATF 129 IV 53, c. 3, JdT 2006 IV 7 ; ATF 124 IV 145, c. 2, JdT 1999 IV 95 ; implicitement ATF 100 IV 146, c. 3 (fr) ; ATF 82 IV 138, c. 2. En doctrine, BSK StGB I-ACKERMANN, Art. 49, N 72 ; CR CP I-STOLL, Art. 49, N 22 s.

²²⁴⁷ Lors d'un concours imparfait, l'action remplit les conditions de plusieurs énoncés, mais en réalité, une seule disposition les intègre complètement. C'est une question d'interprétation (principe de spécialisation, d'absorption, de subsidiarité, etc.). HURTADO POZO, Pénal, N 858 et 881 ; KILLIAS/KUHN/DONGOIS, Pénal, N 1111 ; STRA-

d'aggravation de la peine ; encore faut-il que les peines soient de même nature²²⁴⁹. Ce n'est pas le cas en l'espèce, ainsi la peine de l'art. 23 LCD pourra être prononcée en plus (cumul²²⁵⁰) de l'amende selon la LPMéd²²⁵¹.

(iv) La publicité

Une action civile peut être ouverte conformément aux art. 9 ss LCD en cas de violation de la LCD dans une publicité. Selon l'art. 23 LCD, une action pénale est possible. La sanction encourue est une peine privative de liberté ou une peine pécuniaire.

En cas de violation des devoirs professionnels prévus dans la LPMéd, dont fait partie la réserve en matière de publicité, des mesures administratives peuvent être prononcées ; celles-ci sont toutefois régies de manière exhaustive par la LPMéd²²⁵². Les dispositions cantonales tombent. C'est toutefois l'autorité cantonale de surveillance désignée par le canton qui l'arrête dans le cas d'espèce (cf. art. 41 et 43 LPMéd).

La LPMéd ne punit pénalement que l'obtention frauduleuse et l'utilisation abusive de titres et non la violation des devoirs professionnels. En revanche, certains cantons ont prévu des dispositions pénales. Tout d'abord, le TF a récemment rappelé que, « même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine en particulier si elle poursuit un autre but que celui recherché par le droit fédéral »²²⁵³. En l'espèce, les sanctions disciplinaires ont principalement pour but de maintenir l'ordre dans la profession, d'en assurer le bon fonctionnement, de sauvegarder la confiance des citoyens et de les protéger. Elles ne visent en

TENWERTH, Strafrecht AT I, p. 520 s. ; DUPUIS et al., PC CP ad art. 49, N 16 ss ; CR CP I-STOLL, Art. 49, N 50.

²²⁴⁸ La partie générale du CP est applicable aux infractions prévues par des lois fédérales, art. 333 al. 1 CP.

²²⁴⁹ KILLIAS/KUHN/DONGOIS, Pénal, N 1110 ; HURTADO POZO, Pénal, N 858, 876 ; BSK StGB I-ACKERMANN, Art. 49, N 90 ss.

²²⁵⁰ BSK StGB I-ACKERMANN, Art. 49, N 94.

²²⁵¹ D'autres lois s'appliquent potentiellement en parallèle de la LCD et la question d'un éventuel concours se pose. On retient aujourd'hui que la LPM est par exemple une *lex specialis* de la LCD, cf. BSK UWG KILLIAS/GILLÉRON, N 49 s.

²²⁵² ATF 143 I 352, c. 3.5 (fr).

²²⁵³ ATF 143 I 352, c. 2.2 (fr).

revanche pas à punir le destinataire de la norme²²⁵⁴. A cet égard, une sanction disciplinaire n'exclut pas une sanction pénale et inversement²²⁵⁵. Ensuite, on ne peut vraisemblablement pas interpréter la LPMéd comme prévoyant que les autres infractions que celles concernant les titres doivent rester pénalement impunies. Cela ne ressort ni du texte, ni des travaux préparatoires ni du but de la loi, ou de sa systématique. On retient alors que les cantons sont libres de réprimer d'autres comportements²²⁵⁶. Ils peuvent donc prévoir des contraventions, conformément à l'art. 335 CP²²⁵⁷. On retiendra ici aussi que, puisque leur but est différent de celui de la LCD et que les sanctions ne sont pas de même nature, elles pourront être prononcées en parallèle²²⁵⁸.

e. **Appréciation**

Lorsque les conditions des différentes lois ou ordonnances sont remplies, une personne qui a la qualité pour agir peut ouvrir action au civil – des mesures provisionnelles sont possibles – et peut coupler son action à une plainte pénale. Elle peut également (ou uniquement) porter un cas à la connaissance de l'autorité cantonale de surveillance en cas de violation de la LPMéd ou d'une loi cantonale sur la santé. On retient – dans les limites décrites – une potentielle compétence parallèle et indépendante des tribunaux civils et pénaux ainsi que des autorités administratives. En pratique, l'autorité qui statue en second lieu doit tenir compte de la sanction infligée par la première autorité et de l'effet qu'elle produit avant de déterminer sa propre sanction²²⁵⁹.

Concernant le volet pénal, l'infraction à la LCD n'est poursuivie que sur plainte alors que les violations des dispositions de droit public cantonales

²²⁵⁴ ATF 143 I 352, c. 3.3 (fr) ; TF, arrêt 2C_500/2012 du 22 novembre 2012, c. 3.3.

²²⁵⁵ Dans le domaine de la profession d'avocat, BOHNET/MARTENET, Avocat, N 1548.

²²⁵⁶ Commentaire LPMéd-CEREGHETTI, Art. 58, N 16 s.

²²⁵⁷ ATF 125 I 369, c. 4 a, JdT 2000 I 826 ; SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 11. Les contraventions sont les infractions passibles d'une amende, selon l'art. 103 CP.

²²⁵⁸ Les cantons disposent de lois pénales cantonales qui règlent certains points spécifiques. Pour le reste, elles renvoient généralement à l'application par analogie du Code pénal. Les règles de concours ci-avant s'appliquent donc par renvoi ou par analogie.

²²⁵⁹ Voir par analogie, la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière fiscale, ATF 122 I 257, c. 8, JdT 1998 I 247 ou la doctrine concernant la profession d'avocat, BOHNET/MARTENET, Avocat, N 1548.

sont poursuivies d'office. La doctrine relève qu'il s'agit d'une conséquence logique de la différence de but des législations²²⁶⁰.

Quant aux dispositions cantonales, elles doivent être en conformité avec le droit fédéral, à savoir tant la LPMéd que la LCD. Ainsi, les règles des cantons dans le domaine de l'activité économique doivent être orientées vers les décisions de valeur de la LCD²²⁶¹.

C. L'art. 8 LCD

Qu'en est-il de l'application de l'art. 8 LCD ? Les conditions spéciales d'application sont les suivantes : l'utilisation de conditions commerciales (ou générales) ; au détriment du consommateur ; une disproportion entre droits et obligations découlant du contrat (déséquilibre, absence de compensation, caractère notable) ; l'absence de justification ; la contradiction aux règles de la bonne foi²²⁶². L'interprétation de ces différentes notions est discutée en doctrine. Comme mentionné, les conditions problématiques pouvant être examinées, de manière abstraite, dans ce contexte sont au nombre de deux.

Il faut, en premier lieu, que les conditions générales soient utilisées à l'encontre d'un consommateur. En lien avec la LCD, nous avons démontré, dans les parties précédentes de cette étude, qu'un patient est une personne physique qui acquiert un service (voire des biens) dans le but de préserver sa santé ou de se soigner. Il n'y a pas de rapport avec son activité professionnelle et, dans ce contexte, le patient est un consommateur²²⁶³.

Les conditions générales sont, en second lieu, utilisées dans le cadre de la conclusion d'un contrat. Lors de l'examen de cette condition, il faudra toujours identifier s'il existe une relation contractuelle et quelles en sont les parties. Le médecin exerçant sous sa propre responsabilité qui en fait usage dans sa relation contractuelle qui le lie à son patient est, selon nous, soumis à l'art. 8 LCD²²⁶⁴. Si la clinique ou le cabinet – comme personne

²²⁶⁰ ATF 125 I 369, c. 4c/bb, JdT 2000 I 826 ; SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 12.

²²⁶¹ SHK UWG-SPITZ/UHLMANN, Vor Art. 16-20, N 23.

²²⁶² Cf. CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 118 ss ; SHK UWG-PROBST, Art. 8, N 233 ss ; KUONEN, Contrôle, p. 4 ss.

²²⁶³ Implicite en ce sens, BSK UWG-PROBST, Art. 8, N 286.

²²⁶⁴ BSK UWG-PROBST, Art. 8, N 286.

morale – concluent le contrat avec le patient et usent de telles clauses pré-formulées, ceux-ci sont liés par les exigences de l'art. 8 LCD. En général, il n'y a pas de contrat entre le médecin en hôpital et le patient. On renvoie sur ce point à ce qui a été dit pour les hôpitaux²²⁶⁵.

III. LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL

Le principe de la territorialité prévaut ; la LCD s'applique au territoire de la Suisse²²⁶⁶. En présence d'un élément d'extranéité, la LDIP prévoit, à l'art. 136 al. 1, l'application du principe des effets : les prétentions fondées sur un acte de concurrence déloyale sont régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel le résultat se ou s'est produit²²⁶⁷.

Dans les cas étudiés dans le présent travail, la condition du champ d'application territorial de la loi est remplie.

IV. LA QUALITÉ POUR AGIR

La qualité pour agir est régie par les art. 9 ss LCD. Analysons plus en détail les principales personnes ou entités qui peuvent ouvrir action.

A. Les patients et les organisations de patients

Une action peut être ouverte par un patient qui est lésé ou menacé dans ses intérêts économiques (art. 9 et 10 al. 1 LCD), par exemple si des conditions générales abusives sont utilisées à son encontre. On reconnaît ensuite que les organisations de patients d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des patients ont la qualité pour agir conformément à l'art. 10 al. 2 let. b LCD²²⁶⁸ ; on reconnaît dans ce cadre que le patient est un consommateur. Le but de meilleures informations, de conseils ou de représentation doit clairement res-

²²⁶⁵ Cf. Quatrième Partie, Chap.7.II.C.b.

²²⁶⁶ BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 119 ss ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 31 s.

²²⁶⁷ Cf. ATF 87 II 113 ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Introduction générale, N 108 ss ; HEIZMANN, UWG ad Art. 1, N 19 ; DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 25 ss ; SHK UWG-GROLIMUND, Einleitung, N 107 ss ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 31 s. ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 122 ss.

²²⁶⁸ TF, arrêt 6P.235/2006 du 20 février 2007, c. 6.2 ; SHK UWG, JUNG/SPITZ, Art. 10, N 30.

sortir – par interprétation ou explicitement – des statuts²²⁶⁹. Puisque le TF a reconnu leur qualité pour agir, il a implicitement admis que les patients ont des intérêts économiques qui peuvent être menacés ou lésés.

B. Les médecins

Un médecin exerçant à titre d'activité économique privée sous sa propre responsabilité a la qualité pour ouvrir action, par exemple s'il est victime d'un dénigrement. Il peut en effet remplir les conditions de l'art. 9 LCD. Une action contre des propos tenus dans une revue à l'encontre de l'ensemble des chirurgiens n'a toutefois pas abouti. Le TF rappelle qu'il ne peut y avoir de concurrence déloyale qu'en présence d'un comportement susceptible d'avoir une influence sur les rapports entre concurrents, ou entre fournisseurs et clients. Or, les médecins jouissent d'un monopole en matière de chirurgie ; on ne voit pas avec quel autre groupe professionnel ils pourraient entrer en concurrence. L'article fait référence à tous les médecins qui pratiquent la chirurgie, sans distinction entre eux. L'article n'a qu'un caractère neutre sous l'angle de la concurrence²²⁷⁰. On retient de cet arrêt que si un chirurgien ou un groupe de chirurgiens était spécialement visé, la qualité pour agir lui aurait été reconnue.

Dans cette lignée, un cabinet médical pourra ouvrir une action s'il est, en tant que personne morale, directement touché par l'acte de concurrence déloyale²²⁷¹.

Une certaine indépendance dans la lutte économique est nécessaire pour pouvoir invoquer la LCD, ce qui signifie qu'un employé ne pourra en

²²⁶⁹ TF, arrêt 6P.235/2006 du 20 février 2007, c. 6.2 ; SHK UWG, JUNG/SPITZ, Art. 10, N 30. Il faut aller le vérifier, p. ex. dans les statuts de la DVSP Dachverband Schweizerische Patientenstellen (Association faitière des associations suisses de défense et d'information des patients), voire de la Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) Association pour la protection des consommateurs ou de la Fédération Romande des Consommateurs (FRC).

²²⁷⁰ ATF 124 IV 262, c. 2b, SJ 1999 I 177. En doctrine, cf. PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 5.29.

²²⁷¹ En ce sens, pour un exemple de plainte pénale déposée par un cabinet médical, Autorité de recours en matière pénale de Neuchâtel, arrêt ARMP.2015.66 du 16 novembre 2015, in RJN 2015, p. 139. Pour un exemple d'une action civile ouverte par un cabinet, Cour civile de Neuchâtel, arrêt VVIV.2015.7 du 9 février 2016, in RJN 2016, p. 215.

général pas s'en prévaloir²²⁷². D'ailleurs, un arrêt du TF semble mettre en doute le fait que le jeu de la concurrence et le fonctionnement de l'économie de marché soient en cause dans le cas d'une action d'un médecin-chef contre un hôpital (tous deux liés par un contrat de mandat, art. 394 al. 1 CO), fondée sur l'art. 9 LCD. Semble plutôt visée, la qualité pour ouvrir action du médecin contre l'hôpital et non la capacité de l'hôpital à être l'auteur d'un comportement déloyal²²⁷³. En revanche, il se peut que l'on accorde la qualité pour recourir à un médecin lié contractuellement à une clinique privée, mais facturant de manière indépendante. Il faut toujours analyser, dans le cas d'espèce, qui a la capacité civile active et qui est touché par l'acte de concurrence déloyale.

C. Les associations professionnelles

Les associations professionnelles ou économiques ont la qualité pour agir au sens de l'art. 10 al. 2 let. a LCD si leurs statuts les autorisent à défendre les intérêts économiques de leurs membres. Sous réserve du respect de ces conditions, l'association des médecins suisses (FMH)²²⁷⁴ ou les sociétés cantonales pourront alors ouvrir action. Ici, elles agissent pour le bien des membres.

Une association comme la FMH peut également ouvrir action pour défendre ses propres intérêts, si elle subit une atteinte dans ses intérêts économiques. Elle peut, par exemple, ouvrir action si elle est victime d'un risque de confusion, car elle remplit les conditions de l'art. 9 LCD²²⁷⁵.

V. SYNTHÈSE

La LCD est applicable aux médecins qui exercent à titre d'activité économique privée sous leur propre responsabilité. En outre, le médecin

²²⁷² ATF 80 IV 33 ; MARTIN-ACHARD, LCD, p. 92.

²²⁷³ Cf. TF, arrêt 4A_155/2012, du 14 mai 2012, c. 5. Cf. sur les principes ATF 126 III 198, c. 2c/aa (fr).

²²⁷⁴ Selon les statuts de la FMH, l'association représente le corps médical suisse et a notamment pour but de défendre les intérêts professionnels et économiques des membres et de s'engager en faveur de la liberté et de l'indépendance de la profession médicale. Dans un autre domaine par exemple, l'association des pharmaciens du canton de Genève a pu ouvrir une procédure, ATF 132 III 414.

²²⁷⁵ Pour un exemple, Gericht Präsident Bern-Laupen, arrêt du 11 juin 2003, sic ! 2004, 31 ss, c. 3.7 : utilisation de l'abréviation FNH et risque de confusion avec la FMH.

employé dans un cabinet, un hôpital, une clinique ou par un médecin exerçant sous sa propre responsabilité qui viole la LCD par son fait personnel peut être poursuivi. Son employeur peut également être recherché en vertu de l'art. 11 LCD qui renvoie à l'art. 9 al. 1 et 2 LCD (action en interdiction, cessation, constatation et rectification/publication/communication du jugement) et en vertu de l'art. 55 CO par renvoi de l'art. 9 al. 3 LCD (action en dommages et intérêts). Finalement, les associations de médecins ainsi que les tiers sont tenus au respect des exigences fixées.

Les principales dispositions de la LCD qui relèvent du droit de la concurrence peuvent – matériellement – s'appliquer. Dans le cadre des exigences liées à l'usage de titres ainsi qu'à la publicité, la question de l'articulation entre les exigences de la LCD et celles de la LPMéd et des dispositions de droit public cantonal est particulièrement intéressante. On retient, principalement, que là où la LPMéd a épuisé la matière, il n'y a plus de place pour du droit cantonal. En outre, la LCD et la LPMéd ne visent pas la protection des mêmes biens juridiques et peuvent s'appliquer en parallèle. Si des dispositions pénales sont prévues par deux législations, elles entrent en concours idéal.

La qualité pour agir doit être reconnue aux patients et aux organisations les représentant. Elle l'est aussi aux médecins ainsi qu'aux associations professionnelles les représentant.

Chapitre 6 : L'ANALYSE DU SYSTÈME

I. LE CHOIX DU LÉGISLATEUR

Les médecins offrent des biens ou des services de même nature, sur le même marché, en même temps, et à un groupe identifiable de consommateurs/patients. Ils se trouvent en théorie dans une relation de rivalité (économique) et de compétition et sont donc en concurrence, en tout cas en ce qui concerne leur secteur d'activité respectif²²⁷⁶. A l'instar de la situation des hôpitaux, on admet cependant que, sur le marché, la concurrence n'est pas efficace²²⁷⁷ puisque l'Etat est intervenu et a fixé des règles qui ne sont pas en accord avec les principes d'une économie de marché²²⁷⁸.

Tout d'abord, la rémunération dans le cadre de l'AOS se fonde, en principe, sur le tarif Tarmed qui est issu de la loi et qui doit respecter les principes fixés par elle. Puisque la structure tarifaire est uniforme en Suisse, les médecins appliquent, sous réserve de certaines conventions conclues dans le cadre d'un modèle de vrai *managed care*²²⁷⁹, les mêmes règles pour facturer leurs prestations et ne sont pas réellement en concurrence quant aux prix de celles-ci²²⁸⁰. En outre, le « consommateur final » (patient) n'a aucun poids dans les négociations. Les médecins ou hôpitaux et les assureurs, qui sont les partenaires tarifaires, n'ont *a priori* pas les mêmes intérêts que les patients.

²²⁷⁶ Sur la relation de concurrence entre médecins, voir l'étude HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 97 ss. Sur les notions invoquées, Première Partie, Chap. 1.I. et les références citées, notamment Mess-LCart, p. 477 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 10 et 12 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 20 N 1 s. ; OESCH/ROLF/WEBER, Einleitung, N 1 s. ; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 2.

²²⁷⁷ Sur cette notion, TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 84. En ce sens, HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 97.

²²⁷⁸ En ce sens, HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb. Voir, sur ces termes, MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 28 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 277. La concurrence porte en général sur la liberté d'action relative aux différents paramètres concurrentiels comme le produit, son prix, sa qualité, les quantités, les fournisseurs, les clients, la région d'activité, ou le service après-vente.

²²⁷⁹ Sur ce point, cf. Deuxième Partie, Chap. 2.III.A.c.ii.

²²⁸⁰ Sur la question de Tarmed et de l'absence de concurrence sur les prix, HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 100.

Quant aux prestations fournies, elles ne sont remboursées que si elles répondent aux exigences de la LAMal, d'une part. D'autre part, le médecin qui fournit des soins doit remplir certaines conditions. De plus, le nombre d'acteurs sur le marché – puisque la clause du besoin est maintenue – est limité. Cela signifie que l'entrée sur le marché n'est pas libre²²⁸¹.

De plus, il s'agit d'un marché où l'offre ne résulte pas de la demande. Les médecins peuvent déterminer les besoins et ont le moyen d'agir sur la demande dans la mesure où les patients leur confient leur consommation de soins (demande induite par l'offre et asymétrie de l'information)²²⁸².

Puisque les prix – paramètre concurrentiel central – et d'autres paramètres concurrentiels (en particulier le nombre d'acteurs sur le marché) ne sont pas fixés par le jeu du marché, la concurrence est « entravée »²²⁸³. Cette modification des règles du marché ressort cependant en grande partie de la LAMal, raison pour laquelle la LCart ne s'applique pas à la fixation collective des prix. On reconnaît en effet largement l'existence de prescriptions réservées. Nous avons conclu que la LCart n'est, dans une très large mesure, pas applicable dans le cas de la fixation des tarifs pour la facturation des soins pris en charge par la LAMal et fournis en ambulatoire que ce soit en hôpital, en établissement privé ou chez le médecin. La non-application de la LCart en lien avec le premier pilier n'est pas étonnante. Le principe du tarif uniforme dans le domaine de la santé ne doit pas être remis en cause. Il permet de garantir l'égalité de traitement tant pour les médecins que pour les patients. Cela se justifie aussi dans la mesure où une assurance prend en charge les coûts. Un espace pour l'application des dispositions matérielles de la LCart subsiste lorsque l'entité qui négocie, voire conclut, la convention tarifaire pour fixer la valeur du point est en position dominante ou que plusieurs entités sont en position dominante collective. En revanche, le Surveillant des prix a un rôle très important dans le domaine des tarifs en général et des tarifs de soins ambulatoires.

²²⁸¹ En ce sens, HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 97 s.

²²⁸² CF, Admission, p. 24 ; OBSAN, Moratoire, p. 1 ; DUC, Propositions, p. 13.

²²⁸³ En ce sens, TRÜEB/ZIMMERLI, Spitalfinanzierung, N 82.

Le seul paramètre qui n'est pas totalement encadré est celui de l'organisation des produits et prestations²²⁸⁴. On peut admettre une application de la LCart en lien avec les autres paramètres concurrentiels que le prix. Le cas de figure le plus probable est celui d'un éventuel abus de position dominante entre un médecin seul admis à exercer une spécialisation et ses partenaires commerciaux (fournisseurs, p. ex.).

Dans les limites décrites, les médecins sont tenus au respect des exigences prévues par la LCD, ce qui permet de garantir une certaine loyauté dans les relations entre acteurs sur le marché.

Il est maintenant intéressant d'examiner et d'analyser le choix du législateur quant à la concurrence dans le secteur ambulatoire en se focalisant sur deux points. Le premier concerne le système de financement et donc la fixation des prix (II). Nous relevons les avantages et les inconvénients liés au système Tarmed en concentrant nos propos sur les aspects qui relèvent de la « concurrence ». Le second concerne les restrictions à l'accès au marché prévues par l'art. 55a LAMal (III).

II. LE FINANCEMENT DES SOINS AMBULATOIRES

A. Les avantages du système Tarmed

La Comco n'est certes pas directement compétente pour intervenir à l'encontre de Tarmed. Toutefois, l'autorité en charge de l'approbation vérifie plusieurs points (conformité à la loi et à l'équité ainsi qu'au principe d'économie). Le champ d'examen est plus étendu que celui qu'effectuerait la Comco. Les autorités approuvant les tarifs se concentrent, comme pour SwissDRG, sur des considérations plus larges que la concurrence. En outre, le Surveillant des prix est consulté. Le TAF dispose également d'un pouvoir de contrôle²²⁸⁵. De plus, comme la convention tarifaire doit respecter les dispositions de la LAMal, elle ne doit pas être structurée de telle manière qu'une prestation remboursée soit rémunérée de manière insuffisante. Cela conduirait à ce que les fournisseurs de

²²⁸⁴ La LAMal fixe des conditions quant à l'économicité et la qualité des prestations. Hormis cela, le médecin dispose d'une certaine liberté dans l'organisation de son traitement et dans les soins fournis (traitement choisi, qualité du traitement, information aux patients, participation à des modèles d'assurance particuliers, formation et spécialisation, etc.). Cf. HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 97 ss.

²²⁸⁵ Tous ces éléments sont développés dans la Deuxième Partie, Chap. 3.

prestations renoncent à la fournir et *in fine* à une suppression *de facto* de celle-ci²²⁸⁶.

Tel que développé, Tarmed permet une rémunération qui est au plus proche de ce que le médecin a effectué pour soigner son patient. L'avantage d'un tarif à la prestation est dès lors que le système est équitable et juste s'il est arrêté et appliqué correctement²²⁸⁷.

Puisque tous les éléments sont fixés de manière uniforme en Suisse, la transparence et la comparabilité des prestations sont améliorées²²⁸⁸. Ce tarif permet en effet de déterminer la valeur abstraite de chaque prestation et la relation entre les valeurs des prestations. Il permet également aux fournisseurs de soins ainsi qu'aux assureurs de composer leur offre selon le patient qu'ils soignent ou la personne qu'ils assurent. En parallèle, le libre choix du fournisseur de prestations par l'assuré est garanti. Tous ces éléments constituent un ensemble de mesures qui doivent favoriser une pratique de la médecine à un coût plus avantageux²²⁸⁹.

La valeur du point est, quant à elle, fixée par des accords tarifaires décentralisés, ce qui rend possible une prise en compte des différences de coûts (salaires et prix) existant entre les régions²²⁹⁰. Dans son Message, le Conseil fédéral va encore plus loin. « On peut même souhaiter qu'à l'avenir ces accords soient encore plus variés et plus souples (...), cela afin de renforcer une saine concurrence et des comportements innovateurs. Une véritable transparence et la possibilité de composer les offres, émanant des fournisseurs de prestations et des assureurs, le libre passage intégral des assurés (...) et le libre choix du fournisseur de prestations par l'assuré (...) constituent un ensemble de mesures aptes à favoriser une pratique de la médecine avec des coûts plus avantageux. Cela correspond d'ailleurs à un vœu exprimé dans de nombreuses réponses ». L'idée serait de créer un équilibre entre plusieurs mesures destinées à introduire des éléments de concurrence dans un système où la compétition sur les prix n'existe pas.

²²⁸⁶ KIESER/OGGIER/BÜHRER, Zusammenfassung, p. 3.

²²⁸⁷ Mess-LAMal, p. 155.

²²⁸⁸ <<http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/06492/06494/index.html?lang=fr>>.

²²⁸⁹ Mess-LAMal, p. 155 s.

²²⁹⁰ Mess-LAMal, p. 155. Cf. aussi TAF, arrêt C-1627/2012, du 20 novembre 2014, c. 7.1.

B. Les inconvénients du système Tarmed

On admet certes que Tarmed instaure une certaine transparence et permet une comparaison. En réalité, la transparence et la comparaison portent uniquement sur les prestations (quel geste vaut plus que quel geste). Ses effets sur la concurrence sont vraisemblablement limités. En effet, aucun classement ou comparaison des fournisseurs de prestations n'est effectué²²⁹¹. De plus, la liste des prestations n'est pas mise à jour rapidement et un décalage avec les nouvelles techniques disponibles ainsi qu'avec les coûts réels existe. Un autre reproche est la différence de valeur des prestations fournies par un généraliste ou par un spécialiste. La profession de généraliste est plutôt dévalorisée, bien que le Conseil fédéral tente de réduire cela.

La manière dont est fixé un tarif a une influence décisive sur l'évolution des coûts²²⁹². La principale critique émise à l'encontre de Tarmed est que, depuis son introduction, les coûts n'ont pas cessé d'augmenter et cette augmentation est loin d'être maîtrisée²²⁹³. Au contraire, le système semble même avoir contribué à leur augmentation continue²²⁹⁴. Le véritable problème d'un tarif à la prestation est qu'il incite à fournir un plus grand nombre de prestations²²⁹⁵. Plus on effectue de gestes, plus on gagne²²⁹⁶. Pour restreindre cela, la loi et les conventions-cadre stipulent que le médecin doit limiter les prestations à la mesure exigée par l'assuré et par le but du traitement²²⁹⁷. En pratique, les contrôles que pourraient effectuer les assureurs ou les patients sont difficiles. Ce dernier élément est lié à la question de l'asymétrie de l'information. De plus, malgré le fait que le système se veuille transparent, il s'avère compliqué de se pencher sur une

²²⁹¹ En ce sens et sur le *benchmarking*, HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 100 s.

²²⁹² Mess-LAMal, p. 153.

²²⁹³ Voir p. ex. Surveillant des prix, DPC 2009/5, p. 515, *Rapport annuel*, p. 516.

²²⁹⁴ Voir p. ex. <<http://www.santesuisse.ch/fr/tarifs-prestations/prestations-ambulatoires/medecins/>>.

²²⁹⁵ Mess-LAMal, p. 156 ; Surveillant des prix, DPC 1999/5 p. 761, *Rapport annuel* ; Surveillant des prix, DPC 2009/5, p. 515, *Rapport annuel*, p. 516. Cf. aussi BÉTRISSEY/JACCARD RUEDIN, Evolution 1998-2004, p. 13 ; JEANRENAUD, Rémunération, p. 3.

²²⁹⁶ Avec le système DRG, ce phénomène s'exprime par les surcodages.

²²⁹⁷ Art. 56 LAMal, art. 7 et 77 OAMal, art. 15 Convention-cadre TARMED santésuisse-H+.

facture. Quant aux assureurs, leur intérêt à contrôler chaque facture est limité (les frais liés au contrôle des factures sont élevés et ils ont, dans une certaine mesure, la possibilité de reporter les coûts sur les assurés). Ceci est regrettable, d'autant plus que l'augmentation du volume des prestations joue un rôle déterminant dans l'évolution des coûts²²⁹⁸. Il n'y a dès lors pas de réel contrepois. Notons que les cabinets de groupe, longtemps présentés comme une solution à l'augmentation des coûts semblent poser malgré tout un problème, selon *santésuisse*. Il y a une tendance à envoyer un patient voir les autres spécialistes du cabinet et ainsi également à faire augmenter le nombre de consultations et de prestations fournies²²⁹⁹. Il serait cependant nécessaire d'examiner à quel point ce système permet une amélioration des soins.

Une solution à ces critiques serait de rémunérer les médecins au moyen d'un forfait par cas (comme pour les soins stationnaires) et non au moyen d'un tarif à la prestation. Les médecins seraient payés en fonction de la pathologie et non selon le temps consacré, les gestes effectués ou les moyens utilisés. Cette possibilité est actuellement défendue par *santésuisse*, mais critiquée par beaucoup²³⁰⁰. Elle a également été examinée par le Conseil fédéral et par l'OFSP qui y voient une potentielle mesure efficace²³⁰¹. Une autre solution serait une enveloppe budgétaire par prestataire. Pour chaque fournisseur de soins disposant d'un numéro de concordat (hôpital, médecin installé), une enveloppe budgétaire par année, déterminée en fonction d'un volume de points constaté auparavant et plausible, est arrêtée par un accord avec les assureurs ou sous le contrôle des cantons. Les activités dépassant le volume convenu seraient payées à un tarif réduit au coût marginal. L'avantage de ce système est qu'il permet une maîtrise des volumes facturés qui est appropriée²³⁰². En effet, dans un

²²⁹⁸ Sur ce point, Mess-LAMal, p. 156. Voir aussi, OFSP, *Freiner la hausse des coûts dans l'AOS*, p. 48 ss.

²²⁹⁹ 24heures, « *santésuisse critique les cabinets de groupe* », site internet en ligne, du 28.03.2016.

²³⁰⁰ 24heures, « *santésuisse critique les cabinets de groupe* », site internet en ligne, du 28.03.2016.

²³⁰¹ CF, *Admission*, p. 54 ss. Voir aussi le rapport publié par l'OFSP : OFSP, *Freiner la hausse des coûts dans l'AOS*, p. 60 ss.

²³⁰² Solution invoquée par Pierre-Yves Maillard, cf. par exemple l'interview donnée au journal *Le Temps*, <<https://www.letemps.ch/suisse/2016/06/20/pierre-yves-maillard>>

système régulé et dans une optique de maîtrise des coûts, il nous semble nécessaire de réfléchir à la gestion des volumes des prestations fournies. Cela doit toutefois se faire d'une manière équitable.

Notons que la refonte du système de financement, qui supprime la concurrence, sans prévoir un système réellement avantageux, devient nécessaire. Les acteurs semblent s'être accordés sur le fait qu'une révision en profondeur de Tarmed doit être entreprise, mais sont encore loin d'avoir atteint un consensus, chacun défendant ses intérêts. Des solutions permettant une vision englobante et cohérente ont du mal à se dessiner.

Il ne faut cependant pas oublier que le caractère économique ne devrait être qu'un objectif secondaire, ou à tout le moins un objectif parmi d'autres. Il devrait être mesuré à l'aune du critère de l'efficacité, comme objectif premier²³⁰³. On reconnaît certes un intérêt public à limiter l'augmentation des coûts des prestations d'assurance. Il ne faut cependant pas sous-estimer le risque de fragilisation de certains éléments nécessaires à l'exercice de la profession, notamment l'autonomie du médecin. Il faut également considérer la pression économique qui peut être imposée aux médecins et ce, au détriment des intérêts des patients²³⁰⁴. Toutefois, le système Tarmed qui rémunère le médecin selon les actes qu'il effectue (et partiellement selon le temps qu'il passe avec son patient) ne permet selon nous pas non plus d'axer les aspects de concurrence sur la qualité et l'efficacité. Il n'y a aucune incitation à fournir un traitement efficient²³⁰⁵. Là réside peut-être la principale faiblesse du système.

sommes-partis-hausses-primés-5-an>. Sur le régime de la capitation, JEANRENAUD, Rémunération, p. 3.

²³⁰³ KIESER/OGGIER/BÜHRER, Zusammenfassung, p. 8 s. ; BÜHRER/OGGIER/KIESER, Résumés, p. 8.

²³⁰⁴ PREVITALI, Effets indésirables, p. 112.

²³⁰⁵ Sur cet élément, cf. ROSSINI, Admission, p. 84.

III. L'ANALYSE CRITIQUE DU SYSTÈME DE L'ART. 55A LAMAL

A. Un système interventionniste et le principe de la liberté économique

Le régime de la limitation de l'admission des médecins à pratiquer à charge de l'AOS est un système interventionniste qui ne fait pas l'unanimité. Un consensus existe sur le fait qu'un problème dans le secteur de l'approvisionnement en soins ambulatoires demeure. En revanche, la pertinence de l'intervention étatique est débattue et les avis politiques divergent²³⁰⁶. Des voix s'élèvent contre le système, principalement dans les milieux qui prônent un libéralisme, y compris dans le secteur de la santé, et souvent aussi dans le milieu des associations de médecins et des assureurs²³⁰⁷. Dans une optique d'analyse juridique, nous relevons particulièrement que le principal problème est, selon nous, lié à l'art. 94 Cst. Une clause du besoin est une atteinte au principe de la liberté économique²³⁰⁸ et doit être justifiée conformément à l'art. 94 al. 4 Cst. Une base légale constitutionnelle est nécessaire ou, à tout le moins, la possibilité d'une clause du besoin doit se trouver implicitement dans une disposition constitutionnelle. Le TF a considéré que l'art. 117 Cst. contient une telle attribution de sorte que cette condition est remplie. Cette conclusion est généreuse et prête à la critique²³⁰⁹. Pourtant, le TF ne semble pas enclin à changer sa jurisprudence.

En revanche, nous considérons que cette mesure ne constitue pas une violation de la liberté économique des médecins qui sont temporairement empêchés de s'installer. La limitation pose un problème quant au principe de l'égalité de traitement entre concurrents économiques, mais elle peut être justifiée²³¹⁰.

Nous relevons à présent quelques éléments importants en lien avec l'efficacité de la mesure.

²³⁰⁶ ROSSINI, Admission, p. 82.

²³⁰⁷ ROSSINI, Admission, p. 83. Cf. p. ex. BRUNNER, Art. 55a LAMal, p. 1348 s.

²³⁰⁸ A propos de la clause du besoin pour les cabinets médicaux, ATF 130 I 26, c. 4.4 et 6.2, JdT 2005 I 143 ; TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 4 et 5.1.

²³⁰⁹ HOFMANN, Liberté économique, p. 87 et référence citée.

²³¹⁰ Cf. Chap. 1.III.

B. L'efficacité et la mise en œuvre de la mesure

Au-delà du principe même de la mesure, son efficacité et sa mise en œuvre sont également vivement débattues.

Selon ROSSINI, « la démarche est appréciée positivement par les cantons, car le libre marché ne débouche de toute évidence pas sur une répartition adéquate des médecins entre disciplines et régions »²³¹¹. De plus, la régulation fait sens dans le contexte de la politique publique et dans l'intérêt général. Elle comprend, en effet, des éléments complémentaires comme la maîtrise de la quantité de l'offre de médecins, l'orientation du choix de la spécialisation, l'amélioration de la répartition géographique dans le but de renforcer la pratique dans les régions en pénurie. Nous abondons dans son sens. Toutefois, affirmer que la mesure est effectivement apte à lutter contre les problèmes de répartition des médecins sur le territoire d'un canton n'est pas évident²³¹². Un pilotage n'a en pratique de sens que si un canton dispose effectivement d'une offre très inégale selon les régions. Or une réelle limitation par le canton n'est possible que si les chiffres de l'OLAF sont atteints. Dans les autres cas, des incitations à aller s'installer dans une zone en pénurie sont uniquement permises. Seule une régulation partielle de la répartition géographique est possible²³¹³.

En outre, on admet que la mise en œuvre de la mesure permet la participation des cantons qui sont mieux à même de connaître la situation sur leur territoire. Les cantons et les sociétés médicales sont, de plus, amenés à collaborer dans l'élaboration et surtout dans la mise en œuvre de la mesure. Ces éléments sont indispensables²³¹⁴.

En revanche, aucun consensus n'existe quant à l'efficacité de la mesure sur les coûts²³¹⁵. Lors de la suspension de la limitation, l'augmentation des

²³¹¹ ROSSINI, Admission, p. 82. En ce sens aussi, CF, Admission, p. 1 ss. Pour des détails sur l'avis des cantons, RÜEFLI/HUEGLI/BERNER, Umsetzung, p. 50 ss.

²³¹² En ce sens, ROSSINI, Admission, p. 82.

²³¹³ ROSSINI, Admission, p. 85. CF, Admission, p. 21 s. Pour un examen des disparités sanitaires en Suisse et des problèmes posés par la clause du besoin, BAILLY, Désert, p. 2 ss.

²³¹⁴ En ce sens, ROSSINI, Admission, p. 86 ; ROSSINI ET AL., Allocation, p. 242 s.

²³¹⁵ ROSSINI ET AL., Allocation, p. 241. Cf. aussi CF, Admission, p. 21 s. Pour une critique, <<http://www.santesuisse.ch/fr/tarifs-prestations/prestations-ambulatoires/medecins/>>.

coûts de la santé a été plus importante²³¹⁶. Nous soutenons cependant que l'efficacité du régime prévu par l'art. 55a LAMal sur les coûts doit être plus précisément évaluée. L'étude menée était trop proche de l'entrée en vigueur du système²³¹⁷.

On invoque aussi que la mesure n'est pas une solution à long terme et frappe principalement les jeunes médecins (qui n'ont pas passé trois ans en établissement reconnu), ce qui conduit également à une surspécialisation des assistants. En lien avec le principe de proportionnalité, elle ne permet pas de remettre en cause l'offre existante²³¹⁸, ce qui, en pratique, peut diminuer l'efficacité du système. De plus, on peut émettre une critique qui se rapproche de celle formulée à l'égard de Tarmed : le fait d'exclure certains médecins n'incite pas ceux disposant d'une autorisation à une optimisation des ressources ni à fournir un traitement de qualité²³¹⁹. Il semble également que la limitation, qui vise en premier lieu les cabinets privés, ait eu pour conséquence de faire augmenter l'activité ambulatoire des hôpitaux, ce qui ne règle pas le problème de la surdotation²³²⁰.

C. La question du calcul du nombre de médecins

Finalement, plusieurs critiques ont été émises à l'encontre de la fixation ou du calcul du nombre de médecins pouvant être admis à pratiquer à charge de l'AOS.

On a reproché le fait que les critères pour déterminer le besoin ne se trouvent pas dans la LAMal, mais dans une ordonnance²³²¹. Cette critique ne tient pas. En effet, une loi peut déléguer au Conseil fédéral la possibilité

²³¹⁶ Intervention du Conseiller fédéral BERSET, BO CN 2016 287 : on a constaté une augmentation des coûts de 3,4% en 2012, 66,5% en 2013 (lors de la suspension de la clause) alors que les années avant les chiffres étaient autour des 2,5%. Cela a un effet très important sur les primes, car le domaine ambulatoire représente environ 40% des coûts et explique donc 40% des primes. Voir aussi ROSSINI, Admission, p. 86 ; BÉTRISSEY/JACCARD RUEDIN, Evolution 1998-2004, p. 13.

²³¹⁷ L'étude date de 2004. ROSSINI ET AL., Allocation, p. 218 ; SPYCHER, p. 12 s. Les études subséquentes ne traitent que de l'avis des cantons et des parties concernées et non de la réelle efficacité de la mesure.

²³¹⁸ En ce sens, ROSSINI, Admission, p. 84. Cf. aussi <<http://www.santesuisse.ch/fr/tarifs-prestations/prestations-ambulatoires/medecins/>>.

²³¹⁹ ROSSINI, Admission, p. 84.

²³²⁰ ROSSINI, Admission, p. 84. Pour une étude détaillée, ROTH/PELLEGRINI, Virage.

²³²¹ HOFMANN, Clause du besoin, p. 791.

de déterminer de tels critères. Il faut que les conditions de la délégation soient remplies, ce qui est le cas selon nous.

On a ensuite reproché au Conseil fédéral d'avoir adopté une ordonnance qui ne reste pas dans le cadre de la LAMal, puisque les nombres limites des médecins correspondent plus au moins au *statu quo*²³²² et qu'aucun critère pour déterminer le besoin n'est arrêté²³²³. Il s'agit d'un problème de mise en œuvre de la loi fédérale. Il est dès lors intéressant de déterminer comment le nombre maximum de praticiens est arrêté. L'art. 55a al. 1 LAMal donne la compétence au Conseil fédéral de faire dépendre l'admission des fournisseurs de prestations à la preuve d'un besoin. L'al. 3 précise que le Conseil fédéral fixe les critères permettant d'établir la preuve d'un besoin après consultation des cantons, fédérations de fournisseurs de prestation, fédérations d'assureurs et associations des patients. Le message du Conseil fédéral ne précise rien de plus.

On constate ensuite que l'annexe 1 de l'OLAF – ordonnance de mise en œuvre – se présente seulement sous la forme d'un tableau fixant le nombre limite de praticiens par canton et domaine de spécialité. Ces chiffres correspondent « aux ressources réellement disponibles dans le secteur ambulatoire » au moment de l'élaboration de l'OLAF et sont basés sur les registres de santésuisse où les détenteurs d'un numéro de facturation sont recensés²³²⁴. Aucun indice sur les critères choisis et appliqués n'est donné²³²⁵. On comprend alors que ce nombre limite ne correspond pas à l'examen d'un besoin ; le Conseil fédéral n'a d'ailleurs pas fixé de lignes directrices pour l'établir²³²⁶. Il s'agit simplement du nombre de praticiens établis à un moment choisi ; on considère le *statu quo* comme

²³²² Dans le cadre de la clause du besoin qui prévaut pour l'achat de matériel médical lourd dans le canton de Neuchâtel, nous avons salué le fait que le besoin ne correspond pas simplement à un *statu quo*. Cf. Quatrième Partie, Chap. 8.II.A.c.

²³²³ ATF 130 I 26, c. 6.3.1.1, JdT 2005 I 143 ; TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 6.1 ; RÜEFLI/HUEGLI/BERNER, Umsetzung, p. xi.

²³²⁴ Office fédéral de la santé publique OFSP, Ordonnance sur la limitation de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire – Teneur des dispositions et commentaire, Berne, 3 juillet 2013, p. 3. Cf. également p. 6. Cf. ROSSINI ET AL., Allocation, p. 225. Sur la législation de 2003, HOFMANN, Clause du besoin, p. 791.

²³²⁵ Sur la législation de 2003, HOFMANN, Clause du besoin, p. 791.

²³²⁶ C'est ce que confirme le TF dans un ATF 130 I 26, c. 6.3.1 à propos du système prévalant entre 2001 et 2003. Ces remarques s'appliquent au système actuel.

base de la limitation²³²⁷. En effet, comme le système devait être limité dans le temps, le Conseil fédéral a utilisé les données qui étaient rapidement disponibles ; le but était d'éviter que le processus de détermination de l'offre et des besoins soit long²³²⁸.

Au vu de ces éléments, nous considérons que cette critique est fondée. Dans une planification étatique des besoins, ces derniers ne peuvent certes pas être fixés exactement de manière objective et il faut laisser une certaine marge de manœuvre aux cantons²³²⁹. Comme nous l'avons explicité, le concept d'une clause du besoin est, selon nous, conforme à la liberté économique et doit être accepté. L'argument selon lequel l'art. 55a LAMal est légitimé sous l'angle de la politique sociale est justifié. La clause du besoin semble être un moyen de limiter les coûts (bien qu'aucune étude ne l'atteste clairement).

En revanche, il s'agit d'un moyen radical et intrusif de la part de l'Etat. Il faut alors que sa mise en œuvre soit cohérente et rigoureuse. Selon nous, le choix de faire correspondre un besoin à un *statu quo*, s'épargnant toute analyse et prétérissant la situation des spécialistes désirant s'installer, est simpliste et réducteur. Une analyse plus poussée (analyse démographique, analyse de l'offre, de l'utilisation des services et des ressources à disposition) ainsi qu'une réflexion globale²³³⁰ sont nécessaires. On ne peut admettre ce système que s'il est réellement fondé sur un besoin²³³¹.

Le TF n'était pas allé dans ce sens et avait jugé, lors de l'adoption de la première législation, que la solution choisie par le Conseil fédéral était défendable, d'autant plus qu'elle devait durer trois ans au maximum et qu'elle présentait l'avantage de la simplicité. Le Conseil fédéral aurait dès lors respecté la délégation de compétence contenue à l'art. 55a LAMal, n'aurait pas outrepassé le pouvoir d'appréciation étendu dont il disposait

²³²⁷ ROSSINI ET AL., Allocation, p. 225. En revanche, les cantons développent des procédures pour évaluer la couverture en soins. Certains cantons (Vaud, Genève) ont parfois instauré des commissions pour évaluer l'offre, cf. ROSSINI ET AL., Allocation, p. 230 s.

²³²⁸ ROSSINI, Admission, p. 83.

²³²⁹ Cet argument est invoqué par le TF in : ATF 130 I 26, c. 6.3.1.2, JdT 2005 I 143.

²³³⁰ ROSSINI, Admission, p. 83 s. ; RÜEFLI/HUEGLI/BERNER, Umsetzung, p. xi. Cf. aussi OBSAN, Moratoire, p. 1.

²³³¹ Sur les méthodes de calcul du besoin, BAILLY/BERNHARDT, Clause du besoin, p. 24 ss, spécialement 26 et réf. Pour un questionnement en droit suisse, CF, Admission, p. 32 ss.

et aurait respecté la volonté du législateur. Le principe de la légalité n'était donc pas violé²³³². Soulignons que le TF a fait dépendre une partie de son argumentation du fait que la mesure était transitoire. Cet argument est aujourd'hui critiquable, puisque la clause se prolonge et que l'on voit mal une autre solution se dessiner. L'accès au marché est fermé depuis plus de 10 ans. Finalement, la réglementation est issue d'une action dans l'urgence, censée être limitée à une courte période. Aucune réflexion d'anticipation n'a été menée et la mise en œuvre n'a pas été évaluée de manière cohérente. En réalité, la clause du besoin et sa mise en œuvre devraient être mieux construites et se fonder sur une connaissance accrue de la situation à régir²³³³.

Finalement, il serait aussi intéressant de déterminer dans quelle mesure la limitation est aujourd'hui efficace, puisqu'elle ne vise plus que les médecins n'ayant pas passé trois ans en hôpital.

D. Remarque

Nous soulignons, pour terminer, que la question de la maîtrise des coûts de la santé se complexifie toujours plus, le désaccord permanent entre les acteurs politiques et ceux du système de santé n'y arrangeant rien²³³⁴. Quant à la restriction de l'accès du nombre de médecins au marché, il pourrait être intéressant de se concentrer, outre sur la question des besoins, également sur des moyens à même d'influencer le choix des formations post-graduées, d'améliorer l'attractivité de la médecine de famille et les conditions-cadre de l'exercice de l'activité dans les régions périphériques²³³⁵.

Le Conseil fédéral a rendu, en mars 2017, un rapport sur les possibilités d'introduire un nouveau système de gestion des besoins ou de le remplacer par un autre moyen. Il examine dans ce cadre un éventuel assouplissement de l'obligation de contracter ou la possibilité d'introduire des tarifs forfaitaires. Il s'agit de trouver une solution – ou plutôt un consen-

²³³² ATF 130 I 26, c. 6.3.1.1, JdT 2005 I 143 ; TF, arrêt 2C_694/2016 du 23 décembre 2016, c. 6.1.

²³³³ ROSSINI, Admission, p. 83 s.

²³³⁴ ROSSINI, Admission, p. 87.

²³³⁵ ROSSINI, Admission, p. 86 s.

sus – avant la fin du délai de validité de l'art. 55a LAMal, à savoir 2019²³³⁶.

IV. LES CHOIX DU LÉGISLATEUR POUR LES MÉDECINS ET LES TRAITEMENTS NON PRIS EN CHARGE SELON LA LAMAL

Les soins fournis par les médecins, principalement en ambulatoire, qui ne sont pas pris en charge en vertu de la LAMal peuvent être pris en charge par des assurances-maladie complémentaires. Ce domaine est largement soumis à la concurrence. On ne retient pas de prescriptions réservées. La LCart s'applique. La Comco pourra se pencher sur un accord tarifaire qui constitue un accord sur les prix ou sur un éventuel abus de position dominante. Le Surveillant des prix peut en outre examiner les prix de sorte que les règles de coordination entre les compétences des deux autorités s'appliquent. Dans les limites décrites, les médecins sont tenus au respect des exigences prévues par la LCD.

Il n'existe pas de restriction du nombre de médecins admis. En revanche, il est très rare que le médecin fournisse uniquement des prestations ambulatoires à la charge de l'assurance-maladie complémentaire de sorte que la réglementation de l'art. 55a LAMal a un effet transversal. De plus, la réglementation cantonale en matière d'acquisition d'équipements médico-techniques lourds s'applique aussi.

Un risque de double facturation (à l'assurance de base et à l'assurance complémentaire) est en revanche plus rare dans le secteur ambulatoire dans la mesure où ces deux types d'assurance ne visent pas les mêmes prestations.

²³³⁶ CF, Admission, p. 1. Pour une analyse de la suppression de l'obligation de contracter, DUC, Suppression, p. 617 ss. Pour une analyse de l'art. 55a LAMal comme régime permanent, VOKINGER ET AL., Zulassungsregulierung, p. 6 ss. Cf. aussi Comco, DPC 2004/3, p. 852, *Teilrevisionen in der Krankenversicherung*, p. 852.

Sixième Partie :

**Le droit de la concurrence et les
assureurs**

INTRODUCTION

La sixième et dernière partie de la présente étude est dédiée à l'application du droit de la concurrence dans le cadre des activités des assureurs qui proposent des couvertures d'assurance-maladie de base et/ou complémentaire.

Le premier chapitre traite de la question de la liberté économique.

Le deuxième chapitre est dédié à la LCart. Nous distinguons, dans ce contexte, les relations entre assureurs et fournisseurs de prestations, les relations entre assureurs ainsi que les relations entre des assureurs et des tiers.

Le troisième chapitre, consacré à la LSPr, nous amènera à nous intéresser aux prix des prestations prises en charge par une assurance, d'une part, et aux tarifs des primes que paient les assurés, d'autre part.

L'application de la LCD aux assureurs est envisagée dans le chapitre 5.

Les chapitres 5 et 6 sont consacrés à l'analyse du système.

Chapitre 1 : LES ASSUREURS ET LA CONSTITUTION ÉCONOMIQUE

I. LES ASSUREURS PRATIQUANT L'ASSURANCE-MALADIE SOCIALE

A. Destinataires de la liberté économique ?

Les assureurs pratiquant l'assurance-maladie selon la LAMal sont généralement considérés comme des organes de l'Etat assumant une tâche étatique. La loi leur confie la mise en œuvre de l'assurance-maladie sociale²³³⁷. Conformément à l'art. 35 al. 2 Cst., quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation²³³⁸. Cela signifie que les caisses-maladie ou les entreprises d'assurances privées qui pratiquent l'assurance-maladie obligatoire sont tenues au respect de la liberté économique²³³⁹.

Par exemple, un médecin qui n'a pas été admis sur la liste des médecins de famille par un assureur s'est prévalu d'une violation de sa liberté économique et d'une violation du principe de l'égalité de traitement entre concurrents économiques²³⁴⁰. Selon le TF, un tel refus n'empêchait pas le médecin de fournir des prestations dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire et celui-ci n'était pas touché de la même manière que celui qui n'obtiendrait pas son autorisation de s'installer en application de l'art. 55a LAMal. Le TF a rappelé que le fournisseur de prestations ne peut invoquer sa liberté économique que de manière restreinte dans le domaine de l'AOS²³⁴¹. On retient toutefois que l'assureur est tenu au respect de la liberté économique et de ses composantes.

²³³⁷ ATF 141 V 557, c. 5/4 (fr). Sur la question de la qualification de l'activité des caisses-maladie, POLEDNA, Organisation, p. 12 ss et 18 ss.

²³³⁸ Cf. HÄSLER, Unternehmen, p. 82 ; BSK BV-WALDMANN, Art. 35, N 18 ss.

²³³⁹ ATF 141 V 557, c. 9 ss (fr).

²³⁴⁰ ATF 141 V 557, c. 8.2 (fr).

²³⁴¹ Sur ce point, cf. Quatrième Partie, Chap. 1.I et Cinquième Partie, Chap. 1. Cf. aussi ATF 130 I 26, c. 4.5, JdT 2005 I 143.

B. Titulaires de la liberté économique ?

En revanche, les assureurs pratiquant l'assurance-maladie obligatoire ne peuvent pas, pour cette partie de leur activité, se réclamer de la liberté économique comme des particuliers²³⁴². En effet, la Confédération a déclaré l'assurance-maladie obligatoire (art. 3 LAMal), comme le lui permet l'art. 117 al. 2 Cst.²³⁴³. Cet élément va à l'encontre de l'autonomie privée, composante de la liberté économique. En outre, la loi prévoit que les assureurs sont soumis à une obligation d'accepter les assurés (art. 4 al. 2 LAMal) et tout assureur qui remplit les conditions légales peut exercer l'AOS (art. 4 ss LSAMal). On constate qu'un certain nombre de dispositions légales restreignent la liberté contractuelle, autre composante de la liberté économique ; celle-ci ne peut dès lors pas être invoquée par les assureurs pratiquant l'assurance-maladie obligatoire²³⁴⁴.

II. LES ASSUREURS PRATIQUANT L'ASSURANCE-MALADIE COMPLÉMENTAIRE

Lorsqu'ils pratiquent l'assurance-maladie complémentaire, les assureurs n'exercent pas une tâche étatique²³⁴⁵. On ne peut dès lors pas considérer qu'ils sont tenus au respect des droits fondamentaux pour cette partie de leur activité (art. 35 al. 2 Cst. *a contrario*), et ce même s'ils exercent aussi l'assurance de base²³⁴⁶.

Il nous paraît en revanche cohérent d'admettre qu'ils peuvent se prévaloir de la protection liée à la liberté économique. En effet, les éléments ayant conduit le TF à considérer que cette liberté ne peut être invoquée lorsque l'assureur exerce l'AOS ne valent pas dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire qui est caractérisé par une large autonomie privée, par la liberté contractuelle, par l'absence d'obligation, pour la popu-

²³⁴² ATF 130 I 26, c. 4.3, JdT 2005 I 143 ; TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 3.2. POLEDNA, Organisation, p. 19 ; MADER, Financement, N 170.

²³⁴³ StG Komm. BV, vol.2-POLEDNA, Art. 117, N 15 ; BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 117, N 13 ss.

²³⁴⁴ ATF 130 I 26, c. 4.3, JdT 2005 I 143 ; TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 3.2. Cf. en ce sens aussi, même si plus ancien, ATF 112 Ia 356, c. 5c (n.t.). Cf. aussi POLEDNA, Organisation, p. 19.

²³⁴⁵ TF, arrêt 5P.97/2006, c. 3.3 ; BSK BV-WALDMANN, Art. 35, N 23.

²³⁴⁶ TF, arrêt 5P.97/2006, c. 3.3 ; BSK BV-WALDMANN, Art. 35, N 23.

lation, de s'assurer ou d'obligation, pour les compagnies d'assurance, de conclure avec tous les assurés²³⁴⁷.

Une réserve pourrait être émise pour les caisses-maladie qui sont des personnes morales de droit public cantonal si elles proposent aussi des assurances-maladie complémentaires²³⁴⁸. En effet, on ne peut admettre sans retenue que les entités de droit public qui exercent une activité économique sont titulaires de la liberté économique²³⁴⁹. Toutefois, en 2018, plus aucune compagnie admise n'est organisée en cette forme²³⁵⁰ de sorte que cette question n'a aucune portée pratique.

²³⁴⁷ Cf. en ce sens, même si ancien, ATF 112 Ia 356, c. 5c (n.t.).

²³⁴⁸ Cf. art. 1 al. 1 et 2 al. 1 LSAMal et

²³⁴⁹ Sur cette problématique, cf. Quatrième Partie, Chap. 1.I.A.b et B.b.

²³⁵⁰ Voir DFI, Liste.

Chapitre 2 : L'APPLICATION DE LA LCART AUX ASSUREURS

I. LA MÉTHODE

L'examen de l'application de la LCart se fait en général en délimitant les questions, en vérifiant que les trois conditions d'application sont remplies, puis en déterminant s'il existe des prescriptions réservées. Dans le souci d'éviter les répétitions, notre systématique est à dessein autre. Puisque, peu importe la question examinée, le champ d'application personnel touche les entreprises d'assurance, il sera présenté en premier lieu (II). Nous identifions et examinons ensuite différents domaines pertinents. Nous distinguons les relations entre assureurs et fournisseurs de prestations (III), les relations entre assureurs (IV), et les relations entre assureurs et des tiers (V). Dans chacun de ces contextes, nous déterminons si les conditions matérielles et territoriales sont remplies et s'il existe une ou des prescriptions réservées.

En outre, nous traitons d'un bloc la question des entités pratiquant l'assurance-maladie soins et celle des entités pratiquant l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie dans la mesure où l'examen – de l'existence d'un accord, d'une position dominante ou d'une concentration d'entreprises ainsi que du champ d'application géographique – est généralement identique dans les deux cas. Lorsque cela se justifie – principalement dans le cadre de l'étude des prescriptions réservées – les deux problématiques seront clairement distinguées.

II. LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL

Cette question a été abordée dans notre partie transversale, consacrée à la fixation des tarifs²³⁵¹. Nous résumons ici les éléments les plus importants et y renvoyons pour les développements, nuances et références.

Nous avons admis que les compagnies d'assurance qui pratiquent l'assurance-maladie sociale – qu'elles soient de droit public ou de droit privé – doivent être qualifiées d'entreprises²³⁵², bien qu'elles ne poursui-

²³⁵¹ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.I.B et C.

²³⁵² Cf. Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 1 et 30 ; Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 18 ; Se-

vent pas de but lucratif²³⁵³. En effet, les assureurs-maladie exercent une activité économique, celle de prendre en charge le financement de prestations médicales fournies par des prestataires de soins admis, aux conditions fixées par la loi. Ces entités participent de manière active au processus économique et ce, de manière indépendante²³⁵⁴. Rappelons que dans le domaine de l'assurance-maladie sociale, les compagnies d'assurance se regroupent parfois en une organisation de branche, santésuisse, notamment pour ce qui est de la négociation des conventions tarifaires. Puisque les compagnies d'assurance sont qualifiées d'entreprises, les membres de l'association sont des entreprises. En revanche, santésuisse n'est pas une entreprise au sens de la LCart ; la question est en tout cas laissée ouverte par les autorités de la concurrence²³⁵⁵.

En outre, tant les caisses-maladie que des entreprises d'assurances privées peuvent exercer l'assurance-maladie complémentaire privée²³⁵⁶. La LCA et la LSA ne prévoient pas les mêmes exigences (finalité sociale, solidarité, obligation de s'assurer, mutualité, etc.)²³⁵⁷ que celles valant dans le domaine de l'assurance-maladie sociale. Ces entités peuvent poursuivre un but lucratif. Elles participent au processus économique. Il n'y a pas de difficulté à les qualifier d'entreprises au sens de la loi sur les cartels²³⁵⁸.

crétariat, DPC 2007/2, p. 174, *Elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen*, ch. 27 ; Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 8 ; Comco, DPC 2008/4, p. 544, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*, ch. 28 ; Secrétariat, DPC 2014/1, p. 153, *Kundenwerbung*, ch. 75 ; Cour de Justice de Genève, Chambre du Conseil, DPC 1997/1 p. 72, *Caisse maladie, exclusion de clinique*, c. 5b. En doctrine, BRUMANN, *Tarif- und Tarifstrukturverträge*, p. 140 ; SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 706 n. 14 ; POLEDNA, *Organisation*, p. 57.

²³⁵³ Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 18 ; Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 7 s. ; SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 706 n. 14.

²³⁵⁴ Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 18 ; SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 706 n. 14.

²³⁵⁵ Sur cette question, cf. Troisième Partie, Chp. I.I.C. Cf. en particulier, Secrétariat, DPC 2014/1, p. 153, *Kundenwerbung*, ch. 75 s.

²³⁵⁶ Art. 2 al. 2 LSAMal et 2 al. 1 LSA.

²³⁵⁷ On parle tout de même d'une certaine forme de solidarité et de mutualité entre les assurés d'une assurance privée. Cf. DUC, *Assurance*, p. 38 ss, p. 50 s.

²³⁵⁸ Cf. Troisième Partie, Chap. I.I.B. Cf. not. Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 18 ; Secrétariat, DPC 2007/2, p. 174, *Elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen*, ch. 27.

Les assureurs apparaissent comme offreurs de services (produits d'assurance) par rapport à leurs assurés et comme demandeurs de services de santé ou comme offreur d' « un circuit de distribution » pour les prestations de santé par rapport aux fournisseurs de prestations²³⁵⁹.

Les compagnies d'assurance exercent généralement plusieurs branches d'assurance (et souvent tant l'assurance-maladie sociale que l'assurance-maladie complémentaire) et sont organisées de manières juridiquement complexes. Les collaborations entre les entités d'un même groupe varient de cas en cas. Il faut appliquer les critères pertinents afin de déterminer qui est l'entreprise au sens de la LCart, à savoir qui est économiquement indépendant (contrôle économique effectif)²³⁶⁰. La Comco prend en compte des indices, notamment le taux de participation, l'interdépendance personnelle entre les directions des différentes entreprises du groupe, l'intégration centralisée des différents domaines de l'entreprise (p. ex. personnel, finance, marketing) dans la société mère et les objectifs de prix et conditions imposés par la société mère²³⁶¹.

III. LES RELATIONS ENTRE ASSUREUR(S) ET FOURNISSEUR(S) DE PRESTATIONS

Nous allons nous concentrer sur différents comportements qui peuvent conduire à une application de la LCart. Une compagnie d'assurance – qui pratique l'assurance-maladie sociale, l'assurance-maladie complémentaire ou les deux – est une entreprise de droit privé ou de droit public qui peut conclure des accords en matière de concurrence et être l'objet d'une concentration d'entreprises ; elle peut potentiellement jouir (et abuser) d'une éventuelle puissance sur le marché²³⁶². Ces éventualités sont développées

²³⁵⁹ Cf. Comco, DPC 2004/4, p. 1100, *Krankenversicherer/Weita AG*, ch. 18 ; Comco, DPC 2001/4, p. 659, *Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau*, ch. 53 ; Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 22 s. ; SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 706 n. 14.

²³⁶⁰ Pour des exemples, Comco, DPC 2015/1, *Mutuel/Supra*, p. 93, ch. 2 et 3 ; Comco, DPC 2013/2, *ProVAG Versicherungen AG und der PROVITA Gesundheitsversicherung AG*, p. 222 ss, ch. 24 ss.

²³⁶¹ Comco, DPC 2013/2, p. 222, *ProVAG Versicherungen AG und der PROVITA Gesundheitsversicherung AG*, ch. 32.

²³⁶² Voir Troisième Partie, Chap. 1.II. sur les tarifs et la LCart. Cf. aussi POLEDNA, *Organisation*, p. 47.

en lien avec le champ d'application matériel et géographique de la loi sur les cartels. Nous examinons aussi, pour chacune d'elles, s'il existe une prescription réservée. Il n'est en effet pas évident de déterminer si une assurance évolue dans un environnement dominé par la concurrence ou si l'influence de l'Etat sur les comportements des caisses et entreprises d'assurance empêche l'application de la LCart²³⁶³.

A cet égard, nous travaillons en trois hypothèses. La première concerne les relations entre assureurs et fournisseurs de prestations (présente section), ces derniers pouvant aussi, si les conditions sont remplies, être considérés comme des entreprises²³⁶⁴. Nous nous concentrons sur les tarifs des prestations de l'assurance-maladie obligatoire (A), sur les accords conclus dans le cadre du *managed care* (B), puis sur les tarifs des prestations de l'assurance-maladie complémentaire (C). Nous examinons finalement la question des positions dominantes (D). La deuxième hypothèse concerne les relations des assureurs entre eux (section IV) et la troisième celles avec des tiers (section V).

A. Les accords en matière de tarifs des prestations prises en charge par la LAMal

Cette question a été traitée dans la première des parties spéciales de notre thèse et nous y renvoyons pour les développements et références²³⁶⁵. Pour rappel, les assureurs et les fournisseurs de prestations, entreprises au sens du droit des cartels, arrêtent les prix des prestations de santé. Ils peuvent conclure des accords individuels (un assureur – un fournisseur) ou conclure des conventions tarifaires uniformes en groupe, par l'intermédiaire des associations les représentant (fédérations). Il se peut aussi que la convention soit conclue entre une association et un ou plusieurs assureurs/fournisseurs de prestations non regroupés. La convention, dans la mesure où elle entrave la concurrence sur les prix, est un accord en matière de concurrence entre les membres de l'association. Les tarifs sont conclus entre partenaires, en Suisse, pour des prestations fournies sur le territoire. Les effets se produisent en Suisse. Les conditions d'application

²³⁶³ En ce sens, BRUMANN, Tarif- und Tarifstrukturverträge, p. 140 ; POLEDNA, Organisation, p. 53.

²³⁶⁴ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.A (Tarifs et le droit de la concurrence).

²³⁶⁵ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.

de l'art. 2 LCart sont donc remplies. En revanche, le système est largement régi par des prescriptions réservées (art. 3 al. 1 LCart) qui empêchent l'application des dispositions matérielles de la LCart. L'art. 46 LAMal prévoit spécialement la possibilité de conclure des conventions tarifaires de manière collective dans le but de fixer des tarifs uniformes entre les membres des fédérations et la LCart ne peut s'appliquer, la question de la position dominante étant réservée (cf. D. ci-dessous).

B. Les accords de *managed care*

Dans le cadre de la pratique du *managed care* par un assureur, celui-ci conclut un ou plusieurs partenariats spéciaux²³⁶⁶ avec un ou plusieurs prestataires de soins. Par exemple, un assureur va passer un contrat spécial²³⁶⁷ avec un *HMO* pour gérer le traitement de ses assurés. La coresponsabilité budgétaire peut être prévue. On peut également imaginer que l'accord contienne une clause particulière sur la rémunération des médecins. On parle à cet égard de contrats sélectifs. En effet, contrairement à l'assurance de base usuelle, l'assureur peut ne pas conclure avec tous les médecins admis. Il sélectionne ses partenaires et décide, dans un contrat, des conditions de la relation.

Ce mode spécifique de partenariat peut-il constituer un accord en matière de concurrence ? Cela dépend très largement du contenu de l'accord. Le partenariat peut être qualifié d'accord vertical entre l'assureur et le fournisseur de prestations. Toutefois, un accord de *managed care* liant l'assureur au fournisseur n'est pas forcément un accord restrictif de la concurrence. En effet, il ne porte pas atteinte au libre jeu de l'offre et de la demande dans la mesure où il ne limite pas la liberté des entreprises de définir les conditions de leur offre et les conditions auxquelles elles acceptent les offres²³⁶⁸. On n'entre pas, dans ce cas, dans le champ d'application matériel de la loi, car les conditions de l'art. 4 al. 1 LCart ne sont pas données.

²³⁶⁶ CHAMBARETAUD/LEQUET-SLAMA, *Managed care*, p. 15.

²³⁶⁷ CHAMBARETAUD/LEQUET-SLAMA, *Managed care*, p. 15.

²³⁶⁸ Sur la condition de la restriction à la concurrence, voir not. CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, art. 4 al. 1 LCart, N 72 ; BSK KG-NYDEGGER/NADIG Art. 4 al. 1 N 42.

On peut en revanche également imaginer qu'une restriction visant un paramètre concurrentiel²³⁶⁹ soit contenue dans l'accord : on pense principalement à une restriction sur les prix. En ambulatoire, le tarif en principe applicable est Tarmed ; les médecins doivent toutefois y adhérer²³⁷⁰. Le cas des *HMO* est expressément mentionné dans la Convention-cadre Tarmed conclue entre santésuisse et la FMH. L'art. 2 traite du champ d'application et prévoit que la convention s'applique aux médecins fournissant des prestations selon les formes d'assurances particulières (*HMO*, modèle de médecin de premier recours, institutions de soins ambulatoires, etc.) pour autant qu'ils facturent leurs prestations selon un tarif à l'acte et qu'ils aient adhéré à la convention. Les mêmes droits sont applicables à ces fournisseurs de prestations, sauf autre accord en la matière. Si la rémunération prévue est Tarmed, il s'agit d'un accord tarifaire global fixant des prix pour toute la Suisse. Cet accord en matière de concurrence est toutefois régi par une prescription réservée (art. 46 et 47 LAMal) de sorte que la LCart n'est pas applicable²³⁷¹.

Un assureur et un fournisseur peuvent également décider de ne pas facturer les prestations avec le système de rémunération Tarmed. Dans ce cas, ils ne peuvent toutefois pas choisir un autre tarif à la prestation²³⁷². Ils pourraient éventuellement décider d'une rémunération forfaitaire²³⁷³ – par un forfait mensuel versé au médecin pour les soins prodigués aux assurés inscrits qui couvre toutes les prestations dispensées par eux ou à l'extérieur²³⁷⁴ – ou au temps²³⁷⁵. Le Conseil fédéral explique, dans son message, qu'il est possible que, notamment par le biais des *HMO*, les tarifs forfaitaires et au temps s'appliquent dans le domaine ambulatoire, ce qui autorise des accords divergents permettant une meilleure maîtrise

²³⁶⁹ Sur cette notion cf. CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINERT, Art. 4 al. 1 LCart, N 73 ; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 al. 1 LCart, N 63.

²³⁷⁰ Art. 46 al. 2 LAMal ; Mess-LAMal, p. 161.

²³⁷¹ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.IV ainsi que Cinquième Partie, Chap. 2.I.D et II.D.

²³⁷² Cf. art. 43 al. 5 LAMal.

²³⁷³ On parle par exemple de forfait *per capita* : le médecin reçoit un montant par année et par patient.

²³⁷⁴ Voir p. ex. Delta, Réseau de Santé qui fonctionne avec une rémunération par capita-tion collective – à savoir pour l'ensemble du réseau, cf. <<http://www.reseau-delta.ch/fr/index.html>>.

²³⁷⁵ Cf. Mess-LAMal, p. 155.

des coûts et une certaine concurrence²³⁷⁶ ainsi qu'une comparaison²³⁷⁷. Cela est toutefois rare, principalement quant au forfait, dans la mesure où un tel système est plus exigeant pour le médecin. La conclusion d'une convention tarifaire (divergente) peut vraisemblablement aussi être considérée comme un accord sur le prix entre assureur(s) et fournisseur(s) de prestations. S'il lie un assureur à un seul fournisseur, il s'agit de l'organisation normale des relations commerciales et non d'un accord qui vise ou entraîne une restriction de la concurrence. Dans les autres cas, on retient un accord en matière de concurrence. Toutefois le marché étant régi par des prescriptions réservées – à savoir les art. 46 et 47 LAMal – la Comco ne peut rendre de décision²³⁷⁸. En outre, on rappelle que l'accord tarifaire ne pourrait pas contenir de clause d'exclusivité. L'art. 46 al. 3 let. d LAMal l'interdit ; la clause ne serait pas admise et donc nulle.

On peut encore imaginer, ces hypothèses étant toutefois théoriques, qu'un autre paramètre concurrentiel soit touché²³⁷⁹. L'accord peut éventuellement être utilisé dans un but contraire à la concurrence et les clauses ou le contenu de l'accord doivent être examinés, p. ex. il ne devrait pas servir à délimiter un marché géographique (le plus vraisemblable est une répartition territoriale des patients) ou à limiter les prestations. On peut aussi imaginer une obligation de se fournir chez un fournisseur déterminé de matériel. Il faut admettre l'application de la LCart, car aucune prescription réservée n'existe.

Notons en revanche que les médecins peuvent également être les employés de l'assureur lorsque ce dernier détient une *HMO*²³⁸⁰. Dans ce cas-là, il ne peut de toute façon pas y avoir d'accord en matière de concurrence²³⁸¹.

²³⁷⁶ Mess-LAMal, p. 161.

²³⁷⁷ Mess-LAMal, p. 155.

²³⁷⁸ Cf. partie générale sur la LCart et les tarifs pour les détails et nuances.

²³⁷⁹ Sur les paramètres concurrentiels, STOFFEL, Wettbewerbsabreden, p. 60.

²³⁸⁰ Cf. Deuxième Partie, Chap. 2.III.A.c.i.

²³⁸¹ En effet, les rapports de travail ne sont pas concernés par la LCart. Cf. Première Partie, Chap. 3.I.B.

C. Les tarifs des prestations prises en charge par l'assurance-maladie complémentaire

Cette question a été traitée dans la première partie spéciale de notre thèse et nous y renvoyons pour les développements et références²³⁸². Pour rappel, les fournisseurs de prestations arrêtent unilatéralement les tarifs de leurs prestations relevant de l'assurance complémentaire ou concluent des conventions tarifaires avec des assureurs pour fixer leurs prix. Dans la mesure où l'on identifie un accord sur les prix, les conditions d'application de la LCart sont remplies, car ses effets se déploient en tout cas en Suisse. De plus, il n'existe pas de prescription réservée dans la législation fédérale ; les relations entre l'assureur et le fournisseur de prestations sont soumises à la concurrence. D'éventuelles normes cantonales contraires contreviendraient au droit fédéral²³⁸³. La LCart s'applique aux comportements des acteurs sur le marché, dans le domaine de la fixation des prix des prestations relevant de l'assurance-maladie complémentaire²³⁸⁴.

D. Les positions dominantes

Lorsqu'une fédération conclut une convention avec un seul fournisseur de prestations ou un seul assureur (ou un petit nombre d'entre eux), un déséquilibre dans le pouvoir de négociation peut être constaté. On peut se poser la question de la position dominante puisque la fédération peut se comporter de manière essentiellement indépendante. La position dominante d'une entreprise sur une autre déploie ses effets en Suisse. Les conditions d'application de l'art. 2 LCart sont éventuellement remplies²³⁸⁵.

Dans l'AOS, lorsqu'une des parties à la convention tarifaire est en position dominante, nous retenons une application de la LCart. En effet, cette hypothèse n'est pas couverte par les prescriptions réservées. On vise principalement le refus de négocier, les négociations qui n'aboutissent pas à

²³⁸² Cf. Troisième Partie, Chap. 1 et 2 et renvois aux analyses des tarifs des hôpitaux et des médecins.

²³⁸³ BURKI/PFUND/WALDMEIER, *Rechtliches*, p. 5.

²³⁸⁴ Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 79 s.

²³⁸⁵ Cf. Troisième Partie Chap. 1.II.B. (AOS) et Chap. 2.II.B. (assurance complémentaire).

une convention, mais aussi la convention conclue suite à un abus de position dominante²³⁸⁶.

En revanche, si le paramètre concurrentiel finalement restreint est un autre élément que le prix, il faut admettre qu'une intervention de la Comco est possible²³⁸⁷. Cela vaut aussi pour les modèles de *managed care*. Cette situation pourrait, par exemple, se présenter lorsque les assureurs actifs sur un certain territoire se regroupent et développent un réseau de soins²³⁸⁸. Dans ce contexte, on retient certes que le principe même du contrat sélectif – à savoir la possibilité de ne contracter qu'avec un nombre limité de prestataires – a pour but de stimuler la concurrence entre lesdits prestataires²³⁸⁹. Ne sont sélectionnés que ceux qui sont le plus efficaces. La contractualisation sélective est tacitement prévue par la LAMal (art. 41 al. 4 LAMal). Cette possibilité ne doit toutefois pas être utilisée comme un moyen d'évincer certains acteurs du marché.

Dans l'assurance complémentaire, il n'existe pas de prescription réservée. Les relations entre l'assureur et le fournisseur de prestations sont soumises à la concurrence. Si des normes cantonales contredisent cela, elles sont contraires au droit fédéral. Les comportements des acteurs sur le marché, dans le domaine de la fixation des prix des prestations de l'assurance-maladie complémentaire, peuvent être contrôlés par la Comco²³⁹⁰.

²³⁸⁶ Cf. Troisième Partie, Chap. 1.IV.A.b.

²³⁸⁷ Cf. Quatrième Partie, Chap. 5.IV (hôpitaux) et Cinquième Partie, Chap. 3.II.

²³⁸⁸ Cf. par exemple la Cosma (groupement des assurances romandes) qui avait conclu des accords avec un groupe de médecins dans le canton de Genève et dans le canton de Vaud. La Cosma a toutefois été dissoute. Cf. SCHALLER, *Managed care*, p. 11.

²³⁸⁹ En effet, ils permettent de conclure des accords tarifaires divergents, ce qui devrait stimuler la concurrence ; Mess-LAMal, p. 161. Le Surveillant des prix encourage ces modèles. Cf. Surveillant des prix, DPC 2009/5, p. 507, *Rapport annuel*, p. 516. Le Conseil fédéral espère que cela poussera les acteurs à adopter une attitude consciente au niveau des coûts, Mess-LAMal, p. 152.

²³⁹⁰ Cf. Troisième Partie, Chap.2.IV. (sur les tarifs en général), Quatrième Partie, Chap. 4.IV et Chap. 5.IV. (relations avec les hôpitaux), Cinquième Partie, Chap. 2.III et Chap. 3.II. (relation avec les médecins). Comco, DPC 2006/3, p. 513 (décision incidente), *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 79 s.

IV. LES RELATIONS ENTRE ASSUREURS

Nous nous intéressons à présent aux relations qui lient les assureurs entre eux. Nous examinons successivement les trois piliers.

A. Les accords en matière de concurrence entre assureurs

a. Les possibilités envisagées

Concernant le premier pilier, il existe un certain nombre d'hypothèses où deux ou plusieurs assureurs peuvent conclure des accords en matière de concurrence, à savoir adopter un comportement parallèle conscient et voulu qui vise ou entraîne une restriction à la concurrence²³⁹¹. Il s'agit d'accords horizontaux, les entités étant sur le même échelon du marché.

On peut par exemple penser à des accords sur la qualité du service après-vente, sur la publicité, de coopération pour la distribution²³⁹² ou encore sur le montant des primes – cette dernière hypothèse sera reprise en détail ci-après²³⁹³. On peut également imaginer des répartitions de territoire. En effet, dans l'assurance-maladie obligatoire, les assureurs délimitent leur champ territorial d'activité et doivent ensuite accepter toutes les personnes qui y sont domiciliées et qui sont tenues de s'affilier²³⁹⁴. Dans l'assurance complémentaire, il n'y a pas une telle obligation d'accepter. On peut dans les deux cas imaginer que les assureurs se mettent d'accord pour délimiter leur champ territorial d'activité. Finalement, un accord sur la prospection de clients – tel que celui qui avait été signé par les assureurs-maladie par le biais de santéuisse – peut également être problématique aux yeux de la LCart. Des limitations ou interdictions du démarchage téléphonique ou de la publicité, ou des restrictions quant aux com-

²³⁹¹ Cf. sur la notion, Première Partie, Chap. 3.II.A.a. et les références, not. CR Concurrence-AMSTUTZ/CARRON/REINART, Art. 4 I LCart, N 9.

²³⁹² Sanitas et Winterthur Assurances ont signé un accord de coopération pour la distribution. Sanitas accède « à un réseau de 6'000 collaborateurs du Service Externe et améliore sa position de principal partenaire d'assurance-maladie de l'assurance privée ». Cf. Portail presse du site internet de Sanitas, <<http://www.presseportal.ch/fr/pm/100005121/100511341>>.

²³⁹³ Cf. sous-section b.v. de la présente section. Cette hypothèse est mentionnée par BURKI/PFUND/WALDMEIER, *Rechtliches*, p. 109 s.

²³⁹⁴ Cf. art. 5 let. i LSAMal.

missions versées aux courtiers peuvent, en effet, constituer une restriction de la concurrence²³⁹⁵. Finalement, on peut imaginer le cas où des assureurs limitent ensemble la couverture complémentaire à certaines cliniques privées²³⁹⁶. Toutes ces ententes peuvent prendre la forme de conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que de pratiques concertées²³⁹⁷.

Avant la création de SantéSuisse, les assureurs étaient liés par le Concordat des caisses-maladie suisses. Le statut du Concordat contenait des ententes relevant de la politique de la concurrence (droit exclusif des fédérations de conclure des contrats, obligation des caisses-maladie d'y adhérer et de renoncer à conclure des contrats séparés)²³⁹⁸. Il s'agissait d'accords en matière de concurrence. Ils ne sont toutefois plus envisageables avec la LAMal en vigueur aujourd'hui (cf. art. 46 al. 2 et 3 LAMal).

Quant au champ d'application territorial, de tels accords entre assureurs qui proposent des assurances de base aux personnes domiciliées en Suisse déploient sans discussion des effets en Suisse, soit dans une région ou un canton, soit sur tout le territoire national.

b. Des prescriptions réservées régissant la pratique de l'assurance-maladie sociale

(i) La recherche de la volonté du législateur

Afin de déterminer s'il existe des prescriptions réservées empêchant les accords entre assureurs, nous commençons par rechercher la volonté du législateur. Tant le message de la LAMal que celui de la LSAMal explici-

²³⁹⁵ Le Secrétariat de la Comco avait ouvert une enquête suite à un tel accord en 2011. Cf. Comco, DPC 2012/1, p. 20, *Rapport annuel 2011*, p. 26. SantéSuisse a annulé l'accord et l'enquête a été close sans sanction. Comco, DPC 2014/1, p. 21, *Rapport annuel 2013*, p. 27. Le législateur a désormais explicitement permis ces types d'accord et on retient une prescription réservée. Cf. sous-section b.iv. ci-dessous.

²³⁹⁶ Cour de Justice de Genève, Chambre du Conseil, DPC 1997/1 p. 72, *Caisse maladie, exclusion de clinique*, c. 5b. La Comco a admis que ce comportement restreint la concurrence et l'examine au regard de l'art. 5 LCart.

²³⁹⁷ Art. 4 al. 1 LCart. Cf. Cour de Justice de Genève, Chambre du Conseil, DPC 1997/1 p. 72, *Caisse maladie, exclusion de clinique*, c. 5 ; Secrétariat, DPC 1997/4, p. 460, *Kodex zwischen Krankenversicherern*, ch. 12 ss.

²³⁹⁸ DUC, Propositions, p. 15. Les contrats divergents étaient également interdits par les sociétés de médecine, cf. TERCIER, Politique, p. 32.

tent le fait que « les caisses-maladie sont en concurrence les unes avec les autres »²³⁹⁹. De plus, « le jeu de la concurrence entre assureurs [oblige] les assureurs ayant une mauvaise gestion à cesser leurs activités »²⁴⁰⁰. « Le caractère obligatoire d'une assurance n'exclut pas la concurrence entre les institutions qui la pratiquent. Ceci est particulièrement vrai dans le projet qui maintient la pluralité des assureurs et la fixation des primes par l'assureur »²⁴⁰¹. En outre, la LAMal prévoit que l'assuré peut changer d'assureur ce qui « résulte du principe du libre choix de l'assureur et favorise une saine concurrence »²⁴⁰². La saine concurrence est considérée par le Conseil fédéral comme un des moyens de maîtriser les coûts puisqu'elle fait pression sur le montant des cotisations et sur le prix des prestations²⁴⁰³. A propos des instruments de maîtrise des coûts, le Conseil fédéral précise que le projet de LAMal met avant tout l'accent sur la responsabilité des acteurs concernés, l'Etat n'ayant un rôle que subsidiaire. Plusieurs instruments sont prévus pour responsabiliser les acteurs sur la question des coûts (conventions tarifaires, participation aux coûts, libre passage). Toutefois, « la concurrence entre assureurs est le vrai garant d'un système d'assurance caractérisé par un grand nombre d'organismes assureurs autonomes. Si les assureurs n'assumaient pas leur responsabilité en ce qui concerne la maîtrise des coûts, on serait peut-être amené à se demander davantage si un système d'assurance-maladie plus centralisé ne permettrait finalement pas de mieux contenir l'évolution des coûts »²⁴⁰⁴.

Finalement, la LSAMal, dont le but est de garantir l'exécution réglementaire de la LAMal et de ses principes, instaure des instruments de surveillance, tels que les dispositions concernant la gouvernance d'entreprises et la transparence, la sécurité financière, la gestion des risques et le contrôle des caisses-maladie²⁴⁰⁵. Ces instruments « garantissent une surveillance efficace et accroissent la transparence des activités menées par les institu-

²³⁹⁹ Mess-LSAMal, p. 1727. Cf. aussi Mess-LAMal, p. 175 s. et 203.

²⁴⁰⁰ Mess-LAMal, p. 197.

²⁴⁰¹ Mess-LAMal, p. 109.

²⁴⁰² Mess-LAMal, p. 126.

²⁴⁰³ Mess-LAMal, p. 101.

²⁴⁰⁴ Mess-LAMal, p. 203.

²⁴⁰⁵ Art. 1 al. 2 LSAMal. Cf. Mess-LSAMal, p. 1738 s. ; BERSET, Conseiller fédéral, BO CE 2013 204.

tions qui pratiquent l'assurance-maladie sociale. La concurrence réglementée s'en trouve ainsi renforcée »²⁴⁰⁶.

Dans ce contexte, la LAMal et la LSAMal ne devraient *a priori* pas contenir de prescription réservée empêchant l'application de la LCart dans les relations entre assureurs. Il faut toutefois vérifier concrètement dans ces deux lois qu'il n'existe bien aucune disposition réservée. Nous examinons plus en détail les cas prévus à l'art. 3 al. 1 LCart.

(ii) L'exécution d'une tâche publique sur la base de droits spéciaux

Nous commençons par analyser l'hypothèse prévue à l'art. 3 al. 1 let. b LCart qui vise les prescriptions qui permettent l'exécution d'une tâche publique sur la base de droits spéciaux et vérifions si des dispositions donnent à certaines entreprises une position concurrentielle particulière qui s'avère incompatible avec les dispositions matérielles de la LCart²⁴⁰⁷.

Tout d'abord, les tâches publiques sont celles qui tendent à un intérêt public²⁴⁰⁸. En l'espèce, la mise en œuvre de l'assurance-maladie par les entreprises d'assurance répond sans aucun doute à un tel intérêt public. Toutefois, le fait de confier une tâche publique à une entreprise ne conduit pas, en tant que tel, à exclure l'application de la LCart. Une dérogation à la concurrence n'est justifiée que si l'accomplissement de la tâche risque d'être compromis par l'application de la LCart. Le fait de soumettre les compagnies d'assurance, et les liens entre elles, à la LCart ne fait pas obstacle à l'accomplissement de la tâche d'intérêt public²⁴⁰⁹.

Quant à l'existence du droit spécial ensuite, il faut que le droit donne une position concurrentielle particulière à l'entité par le biais d'un monopole d'Etat ou d'une régale par exemple. Sont principalement visés les monopoles de droit, mais le droit spécial peut aussi être conféré par une autori-

²⁴⁰⁶ Mess-LSAMal, p. 1727. En ce sens, FREITAG, BO CE 2013 203.

²⁴⁰⁷ Cf. Première Partie, Chap. 3.V.A. pour la théorie sur les prescriptions réservées. Cf. aussi CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 40.

²⁴⁰⁸ Sur la notion de tâche publique, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 57, N 1 ss; RÜTSCHKE, Aufgaben, p. 153 ss.

²⁴⁰⁹ Cf. Première Partie, Chap. 3.V.A. pour la théorie sur les prescriptions réservées. Cf. spécialement ATF 129 II 497, c. 5.4.9 (fr); CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 41.

sation dont le régime est fixé par la loi (p. ex. art. 41-43 LDA)²⁴¹⁰. A cet égard, les assureurs-maladie sont certes chargés de l'exécution de tâches publiques, mais ils ne se voient, selon nous, pas accorder de droits spéciaux au sens de l'art. 3 al. 1 LCart. L'interprétation ordinaire de la réglementation ne conduit pas à conclure que le secteur n'est pas soumis à la LCart. En effet, on retient certes un monopole de droit indirect²⁴¹¹ dans le domaine de l'assurance-maladie²⁴¹², car la loi rend obligatoire le recours à un service public – à savoir l'assurance obligatoire des soins – auquel il attribue une certaine tâche²⁴¹³. Toutefois, ce monopole de droit indirect ne préjuge pas de l'application de la LCart. Il ne nous paraît pas que le système puisse, par exemple, être comparé à celui des art. 41 à 43 LDA – prévoyant le régime de l'autorisation octroyée par l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle pour les personnes qui gèrent des droits d'auteurs soumis à la Surveillance de la Confédération – dont on retient qu'ils constituent des prescriptions réservées²⁴¹⁴. Le régime de l'autorisation rejoint sur certains points celui prévu dans la LSAMal (cf. art. 4 ss LSAMal). Toutefois, une seule entité est habilitée à enregistrer les droits d'auteurs par domaine concerné. En revanche, dans l'assurance-maladie, toute entité qui remplit les conditions a le droit d'obtenir un agrément. De plus, les entreprises autorisées sont nombreuses et en concurrence. La LCart doit, quant à cet élément, s'appliquer dans les relations entre elles. En revanche, la situation serait différente si on arrivait, dans les prochaines années, à un système de caisse unique, que ce soit au niveau cantonal ou

²⁴¹⁰ Cf. Première Partie, Chap. 3.V.A. pour la théorie sur les prescriptions réservées. Cf. aussi ATF 129 II 497, c. 3.3.1 (fr) ; CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 42.

²⁴¹¹ Il s'agit d'un monopole de droit, car l'activité économique est visée par une norme de l'ordre juridique. Il est indirect, car la norme oblige les administrés à recourir aux services de l'Etat (puisque l'assurance est obligatoire). Cf. MOOR, Droit administratif III, p. 376.

²⁴¹² ATF 140 I 218, c. 5.6 (fr) ; ATF 130 I 26, c. 4.2 et 4.4, JdT 2005 I 143 ; ATF 122 V 85, c. 5b/bb/aaa (n.t.) ; TF, arrêt C-401/2012 du 28 janvier 2014, c. 10.1. Cf. aussi MOOR, Droit administratif III, p. 376 ; POLEDNA, Bedürfnisklauseln ; StG Komm. BV, vol.2-POLEDNA, Art. 117, N 6. Selon HOFMANN, Clause du besoin, p. 792, il s'agit d'un monopole de fait.

²⁴¹³ ATF 93 I 38, c. 3 (n.t.).

²⁴¹⁴ CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 43 et 48 ; BSK KG-MÜNCH, Art. 3 Abs. 1, N 19 ; ZÄCH, Kartellrecht, p. 137.

fédéral. En conclusion et de ce point de vue, la LCart s'applique pleinement.

(iii) Un régime de marché ou de prix de caractère étatique

L'autre hypothèse est celle de l'art. 3 al. 1 let. a LCart. Selon nous, et aux vues de la volonté du législateur, on ne peut notamment pas retenir que la LSAMal prévoit un « régime de marché à caractère étatique » qui régit les relations entre assureurs. Le fait de devoir obtenir une autorisation pour exercer l'activité ne suffit pas.

En revanche, nous examinons la question de l'existence d'un « régime de prix de caractère étatique » (art. 3 al. 1 let. a LCart) en lien avec les dispositions de la LSAMal qui régissent la fixation des primes. Cette question mérite une attention plus particulière. Nous nous penchons, avant cela, sur les accords permis par les art. 19 al. 3 LSAMal et 31a LSA.

(iv) Un accord réglementant le démarchage téléphonique, l'abandon des services fournis par des centres d'appel ou l'indemnisation des intermédiaires

L'art. 19 al. 3 LSAMal et l'art. 31a LSA ont la même teneur et prévoient que les entreprises d'assurance peuvent conclure un accord visant à régler le démarchage téléphonique, l'abandon des services fournis par des centres d'appels et la limitation de l'indemnisation des intermédiaires.

Ces dispositions ont été ajoutées par le Parlement lors des débats sur l'adoption de la LSAMal, adoptée en 2014. Elles ne se trouvaient pas dans le projet du Conseil fédéral²⁴¹⁵. Les débats parlementaires permettent de déterminer la volonté du législateur. Il existait un accord de branche concernant le démarchage téléphonique, mais la Comco a estimé qu'il violait les dispositions en matière de concurrence. L'accord a été suspendu. Il convient dès lors d'adopter des bases légales pour permettre aux assureurs d'agir contre le démarchage téléphonique, l'abandon des services fournis par des centres d'appels et la limitation de l'indemnisation des intermédiaires²⁴¹⁶. Le législateur a ainsi l'intention d'autoriser un accord entre assureurs, bien qu'il permette de limiter la concurrence. Il

²⁴¹⁵ Proposition de la commission, BO CN 2014 1361.

²⁴¹⁶ CAROBIO, BO CN 20141362. Cf. aussi MORET, BO CN 2014 1363 ; EGERSZEGI-OBRIST, BO CE 2014 811 ; HUMBEL, BO CN 2014 1362 s. ; HESS, BO CN 2014 1362.

s'agit clairement d'une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart et un tel accord ne peut être sanctionné par la Comco²⁴¹⁷.

(v) La question des accords sur le montant des primes

Les principes généraux relatifs à la fixation du montant des primes ont été présentés dans la partie générale. La LAMal et l'OAMal posent un cadre général que l'assureur est tenu de respecter (cf. art. 61 al. 1 et 2 LAMal).

Si deux ou plusieurs compagnies se mettent d'accord sur le montant des primes (dans un ou plusieurs cantons), par exemple dans le but de supprimer la concurrence sur ce paramètre, on a alors un accord sur les prix des prestations d'assurance. Puisqu'il est conclu entre entreprises et que ses effets se déploient dans un canton suisse, les conditions de l'art. 2 LCart sont remplies. Reste à se demander si les articles pertinents de la LAMal (art. 61 ss), de l'OAMal (art. 8 ss et 89 ss) et de la LSAMal (art. 4 s. et 16) contiennent des prescriptions réservées, plus précisément si elles instituent un régime de prix de caractère étatique.

La LAMal

Ni la LAMal ni les précisions contenues dans l'OAMal ne peuvent être qualifiées de prescriptions réservées. Elles prévoient que l'assureur doit fixer le montant des primes à payer par ses assurés (art. 61 al. 1, 1^{ère} phrase LAMal) et précisent certains éléments aux art. 61 à 63 LAMal et 89 ss OAMal (échelonnement des primes, réductions de primes selon l'âge, formes particulières d'assurances, etc.). En revanche, aucune disposition n'autorise deux ou plusieurs assureurs-maladie à se mettre d'accord sur le montant des primes. Le système voulu par le législateur est celui d'une concurrence entre les caisses et les compagnies d'assurance et ce, principalement sur le paramètre des primes ; la volonté du législateur au moment de l'adoption de la LAMal paraît plutôt claire. Dans le message, le Conseil fédéral exprime d'abord que le caractère obligatoire d'une assurance n'exclut pas la concurrence, ce qui est particulièrement vrai puisque le système prévu maintient la pluralité des assureurs et la fixation des primes par l'assureur²⁴¹⁸. La concurrence doit subsister entre les assu-

²⁴¹⁷ Sur les développements de l'accord et son appréciation par les autorités de la concurrence avant l'adoption de l'art. 19 LSAMal, Secrétariat, DPC 2014/1, p. 153, *Kundenwerbung*, ch. 75 Secrétariat, DPC 2014/1, p. 153, *Kundenwerbung*, ch. 78 ss.

²⁴¹⁸ Mess-LAMal, p. 109.

reurs au niveau des primes : la LAMal prévoit qu'ils disposent d'une autonomie financière, ce qui doit entraîner des différences au niveau des tarifs des primes. « De telles différences sont, cependant, voulues pour stimuler la concurrence entre eux »²⁴¹⁹. La LAMal instaure aussi le libre passage pour les assurés ce qui met en concurrence les assurances ; « cette concurrence fera s'amenuiser les différences de primes pour les ramener à un niveau déterminé par une gestion efficace, une administration performante et un contrôle étendu des coûts »²⁴²⁰. Plusieurs parlementaires, lors des débats, ont confirmé la volonté de mise en concurrence par le biais du libre passage et des différences de primes²⁴²¹.

On ne peut ainsi pas retenir que la LAMal prévoit un « régime de marché ou de prix à caractère étatique » (art. 3 al. 1 let. a LCart). En conclusion et de ce point de vue, la LCart s'applique pleinement.

La LSAMal

Quant à la LSAMal, la question d'un éventuel régime de prix de caractère étatique est quelque peu plus délicate. En effet, selon l'art. 16 al. 1 LSAMal²⁴²², les tarifs de primes de l'assurance obligatoire des soins et de l'assurance individuelle facultative d'indemnités journalières sont soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance, à savoir l'OFSP²⁴²³. L'étendue du contrôle qui précède l'approbation est ensuite précisée²⁴²⁴.

²⁴¹⁹ Mess-LAMal, p. 117 s.

²⁴²⁰ Mess-LAMal, p. 117 s.

²⁴²¹ SCHOCH, BO CE 1992 1284 ; SEILER, BO CE 1992 1274 ; ONKEN, BO CE 1992 1275 ; COUTEAU, BO CE 1992 1279 ; MEIER JOSI, BO CE 1992 1280 ; SEGMÜLLER, Reportrice, BO CN 1993 1731 ; DEISS, BO CN 1993 1746.

²⁴²² Sur ces éléments, cf. Mess-LSAMal, p. 1727 ; POLEDNA, KVAG, N 95 et 122 ss. Les art. 25 et 26 OSAMal contiennent des précisions.

²⁴²³ Art. 16 al. 1 en lien avec l'art. 56 LSAMal.

²⁴²⁴ Pour de la jurisprudence, toutefois rendue sous l'ancien droit, cf. ATF 135 V 39, c. 4.4 et 6.2 (fr) ; ATF 131 V 66, c. 5.2.2 (fr) ; ATF 130 III 321, c. 3.2, JdT 2005 I 618 et non encore confirmée depuis l'entrée en vigueur de la LSAMal : les primes reposent sur des hypothèses et prévisions dont l'OFSP doit vérifier la plausibilité. Il y a de nombreux facteurs d'incertitude qui influent sur le montant de la prime et les assureurs disposent d'une certaine autonomie ; l'OFSP n'intervient qu'en cas d'écarts importants et visibles par rapport aux prévisions de tous les assureurs. Elle dispose toutefois d'une liberté d'appréciation étendue dans l'approbation des tarifs de primes. Une fois acceptée, la prime bénéficie d'une présomption d'adéquation de sorte que, en cas de recours, le juge appelé à trancher doit faire preuve de retenue.

L'autorité vérifie que les tarifs garantissent la solvabilité de l'assureur²⁴²⁵ et les intérêts des assurés au sens de la LAMal (art. 16 al. 2 LSAMal)²⁴²⁶. En outre, les primes de l'assureur doivent couvrir les coûts spécifiques des cantons. Le lieu de résidence de l'assuré est déterminant. L'assureur tient notamment compte de la compensation des risques, des variations des provisions ainsi que de la taille et de l'évolution permanente de l'effectif des assurés dans le canton donné (art. 16 al. 3 LSAMal). L'autorité de surveillance dispose d'instruments lui permettant de refuser d'approuver une prime lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions légales, lorsqu'elle ne couvre pas les coûts, lorsqu'elle dépasse de manière inappropriée les coûts ou lorsqu'elle entraîne des réserves excessives (art. 16 al. 4 let. a-d LSAMal). Finalement, si elle n'approuve pas les tarifs des primes, l'OFSP ordonne les mesures à prendre (art. 16 al. 5 LSAMal).

L'objectif de l'approbation des primes est donc de s'assurer qu'elles couvrent les coûts, que la sécurité financière des assureurs (réserves) est satisfaisante et que les dispositions légales (réduction pour les franchises, régions de primes, etc.) sont respectées²⁴²⁷. Plus précisément, l'OFSP contrôle les budgets dont procèdent les primes arrêtées pour l'année suivante. Il se fonde sur les prévisions de coûts, sur des comparaisons entre assureurs et sur des valeurs empiriques. Pour chaque assureur, il doit prendre en compte et pondérer les facteurs des risques tant généraux qu'individuels (not. l'évolution des effectifs, la structure des risques, l'évolution des coûts, la budgétisation de la compensation des risques, la situation financière actuelle). Dans son examen, l'OFSP va vérifier la sécurité financière des assureurs au niveau national. Si celle-ci est garantie, il vérifie que les primes couvrent les coûts au niveau cantonal (elles doivent être échelonnées en fonction des différences de coûts) et, toujours au niveau des cantons, que les primes ne dépassent pas les coûts de manière inappropriée. Quant au respect des dispositions légales, il vérifie les rabais accordés suite à l'exclusion de la couverture accident, les réduc-

²⁴²⁵ Les recettes estimées de l'assureur doivent couvrir ses dépenses estimées pour l'exercice annuel, art. 25 al. 1 OSAMal. Il s'agit du système de la couverture des besoins. Cf. OFSP, OSAMal, p. 17.

²⁴²⁶ Cf. POLEDNA, KVAG, N 122 s. Pour l'ancien droit, cf. EUGSTER, Rechtsprechung KVG, Art. 61, N 34. Cf. aussi ATF 135 V 39, c. 4 (fr).

²⁴²⁷ OFSP, Primes, p. 1.

tions liées aux franchises à option²⁴²⁸ et celles liées aux modèles avec choix limité des fournisseurs de prestations²⁴²⁹. L'OFSP communique les décisions d'approbation à tous les assureurs en même temps pour éviter d'octroyer un avantage concurrentiel à ceux qui l'obtiennent en premier. La caisse peut publier sa prime dès l'approbation²⁴³⁰.

Il faut précisément se demander si ce régime de surveillance et d'approbation exclut l'application de la LCart. Dans le domaine des conventions tarifaires, nous avons conclu à l'existence d'une prescription réservée car le principe des conventions tarifaires collectives est prévu par la LAMal. En outre, le fait que le tarif soit approuvé constitue un indice supplémentaire. Pour rappel, on retient un régime de prix de caractère étatique lorsque les paramètres économiques essentiels du prix sont fixés ou influencés de façon déterminante par le droit public et qu'il ne reste alors plus de place (significative) pour le droit de la concurrence²⁴³¹.

Selon nous, l'art. 16 LSAMal n'est pas une prescription réservée. Il faut retenir comme argument central qu'il n'est pas prévu que les caisses puissent s'accorder sur le montant des primes. Le législateur a clairement opté pour un système où la concurrence doit valoir entre les entreprises pratiquant l'assurance-maladie obligatoire. Cela ressort aussi des débats parlementaires sur la LSAMal²⁴³². Une approbation est certes prévue par la loi et vise à mettre en œuvre les principes de l'assurance-maladie tel qu'arrêtés par la LAMal et la LSAMal. Toutefois, ce système n'est, selon nous, pas incompatible avec les dispositions matérielles de la LCart²⁴³³. De plus, l'OFSP n'est pas là pour contrôler l'existence d'une coordination des offres (soit des tarifs des primes) entre les acteurs ni pour vérifier que la concurrence s'applique pleinement entre eux ou que la concurrence efficace n'est pas entravée. Cette tâche revient selon nous à la Comco. On

²⁴²⁸ Sur ce point, OFSP, Rabais.

²⁴²⁹ OFSP, Primes, p. 1 s.

²⁴³⁰ OFSP, Primes, p. 2.

²⁴³¹ Cf., sur les prescriptions réservées, Première Partie, Chap. 3.V.A. et CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 35 ; ATF 129 II 497, c. 3.3 (fr).

²⁴³² Plusieurs parlementaires ont rappelé que le principe de la concurrence prévaut. Cf. DE COURTEN, BO CN 2014 1347 ; HUMBEL, BO CN 2014 1354 ; HESS, BO CN 2014 1363 ; WEIBEL, BO CN 2014 1353.

²⁴³³ En théorie, CR Concurrence-MARTENET/CARRON, Art. 3 al. 1 LCart, N 30 et réf. à l'ATF 129 II 497, c. 3.3.3 (fr).

ne retient aucune prescription réservée et la LCart s'applique si un accord est conclu entre deux ou plusieurs assureurs-maladie et que le montant des primes y est fixé²⁴³⁴, et ce même si la prime est validée par l'OFSP.

c. Des prescriptions réservées dans le droit cantonal

L'art. 117 Cst. prévoit une compétence concurrente dans le domaine de l'assurance-maladie. Il donne un mandat de légiférer au législateur fédéral qui a adopté la LAMal. Dans le cadre de sa compétence, ce dernier peut prévoir de déléguer des compétences aux cantons (délégation de l'adoption d'une loi ou délégation de la mise en œuvre ou de l'exécution de la loi). Dès lors, des dispositions cantonales ne peuvent être adoptées que si le législateur fédéral le permet ou n'a, de manière volontaire, pas réglé une question pour la laisser aux cantons. Toutefois, on ne retient ici aucune de ces hypothèses²⁴³⁵. De la sorte, une éventuelle norme qui restreint davantage la concurrence entre les assureurs ou qui permet une telle restriction ne serait, selon nous, pas valable et ne pourrait pas entrer en ligne de compte comme prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart.

d. Des prescriptions réservées régissant la pratique de l'assurance-maladie complémentaire

Comme déjà mentionné, l'assurance privée est soumise aux règles de la concurrence. Le principe de la liberté contractuelle prévaut. La LSA et la LCA ne contiennent pas de prescription réservée²⁴³⁶. On réserve toutefois l'accord visant à régler le démarchage téléphonique, l'abandon des services fournis par des centres d'appels et la limitation de l'indemnisation des intermédiaires. Les assureurs peuvent conclure un tel accord en vertu de l'art. 31a LSA qui est une prescription réservée.

²⁴³⁴ De cet avis, toutefois sans examiner en détail les conditions d'application de la LCart, SCARTAZZINI/HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, § 16 N 40. Plus nuancé, voire d'un avis contraire, sans toutefois envisager clairement l'hypothèse de l'accord sur les primes, POLEDNA, *Organisation*, p. 53 ; BRUMANN, *Tarif- und Tarifverträge*, p. 141.

²⁴³⁵ En ce sens, Comco, DPC 2006/3, p. 513, *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 35 ss.

²⁴³⁶ Comco, DPC 2004/4, p. 1293, *Festsetzung und Genehmigung von Tarifen im Bereich der Versicherung « allgemein ganze Schweiz »*, ch. 27. En ce sens aussi, BRUMANN, *Tarif und Tarifverträge*, p. 141 ; SCHALLER/TAGMANN, *Gesundheitswesen*, p. 710.

Quant à la prime, une entreprise d'assurance qui désire obtenir l'agrément pour la branche de l'assurance-maladie complémentaire doit présenter une demande à la FINMA, accompagnée du plan d'exploitation qui doit notamment contenir le montant des primes (art. 4 al. 1 et al. 2 let. r LSA). Chaque modification du montant de la prime de l'assurance-maladie complémentaire doit être soumise à la FINMA pour acceptation avant sa réalisation (art. 5 al. 1 LSA). Lors de son contrôle, la FINMA s'assure que les primes restent dans les limites qui garantissent la solvabilité des entreprises d'assurance et la protection des assurés contre les abus (art. 38 LSA²⁴³⁷)²⁴³⁸. Ainsi, le contrôle de la FINMA est assez général. Cette dernière s'assure que les primes sont calculées en vertu de principes raisonnables et vérifie qu'il y a un rapport équilibré entre la prime, le risque couvert et la promesse de prestations en cas de réalisation du risque²⁴³⁹. Aucune de ces dispositions ne légitimerait, par exemple, un accord sur les prix. On ne se trouve pas non plus dans un régime de marché ou de prix à caractère étatique, même si la FINMA est chargée de la surveillance des entreprises²⁴⁴⁰. Dans ce contexte, on ne retient aucune prescription réservée²⁴⁴¹.

En outre, comme déjà mentionné, le droit cantonal ne peut contenir de disposition restreignant la concurrence. Dans un tel cas, il serait contraire au droit fédéral²⁴⁴².

²⁴³⁷ Cet article reprend l'ancien art. 20 LSA de 1978, raison pour laquelle la décision de la Comco et de la CoRe concernant les tarifs dans le canton d'Argovie peut être reprise.

²⁴³⁸ Cf. FINMA, Fiche d'information – La FINMA et l'assurance-maladie complémentaire, p. 1, <<https://www.finma.ch/fr/autorisation/assurances/nouvelle-autorisation/assurance-maladie/>>, consulté le 15.6.16.

²⁴³⁹ Se référant à l'ancienne législation, cf. Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 42. L'ancien art. 20 de la LSA de 1978 est repris dans l'actuel LSA.

²⁴⁴⁰ Sommairement, sur la surveillance et la question d'une prescription réservée, BRUMANN, *Tarif und Tarifverträge*, p. 141.

²⁴⁴¹ Sans se pencher sur l'approbation des primes, la Comco a admis l'application de la LCart aux accords sur les primes d'assurances complémentaires. Comco, DPC2004/2 1293, *Gutachten Versicherung « allgemein ganze Schweiz »*, ch. 27.

²⁴⁴² Cf. Quatrième Partie, Chap. 4.IV.B et C.

e. La découverte d'un accord en matière de concurrence après l'approbation de la prime

Puisque nous concluons à la compétence de la Comco d'apprécier un accord sur les primes, une question se pose. Que faire si l'OFSP ou la FINMA approuve une prime, mais que la Comco arrive à la conclusion que le montant est issu d'un accord sur les primes ou d'un abus de position dominante contraire à la LCart ? Cette question n'est à notre connaissance pas abordée par la doctrine.

Une situation similaire peut se présenter dans le cadre de marchés publics. Nous proposons de tracer un parallèle avec ce système, spécialement dans le cas où un appel d'offres a eu lieu et que l'adjudication du marché a été faite conformément aux règles du marché public, mais où l'on se rend compte que les offres étaient viciées au regard de la LCart (cartel de soumission découvert après l'adjudication et la conclusion du contrat)²⁴⁴³. L'offre concertée peut alors être révoquée et le sera vraisemblablement aussi longtemps que le contrat n'est pas conclu²⁴⁴⁴. Une fois le contrat conclu, la situation est délicate ; la révocation n'ayant de sens que si l'on peut également mettre fin à la relation. Dans ce contexte, la nullité d'un contrat conclu à la suite d'un cartel de soumission et dont l'offre concertée emporte le marché ne peut être admise de manière absolue²⁴⁴⁵. Qu'en est-il dans le domaine étudié ?

(i) Dans l'assurance-maladie sociale

Dans l'assurance-maladie sociale, le lien entre l'assureur et l'assuré relève du droit public²⁴⁴⁶. Celui-ci nous semble difficile à qualifier. S'agit-il d'une décision ou d'un contrat de droit public ? Il faut distinguer selon la relation d'assurance.

On admet que l'assurance obligatoire des soins est principalement régie par le principe de la légalité²⁴⁴⁷. On parle de rapport d'assurance²⁴⁴⁸. Les

²⁴⁴³ Sur cette hypothèse, POLTIER, *Marchés publics*, p. 343 s.

²⁴⁴⁴ POLTIER, *Marchés publics*, p. 349.

²⁴⁴⁵ POLTIER, *Marchés publics*, p. 349.

²⁴⁴⁶ SCARTAZZINI/HÜRZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, § 2 N 12, § 16 N 217 ; EUGSTER, *Krankenversicherung*, N 21 ; DUC, *Assurance*, p. 55.

²⁴⁴⁷ GREBER et al., *Sécurité sociale*, p. 26 s.

assureurs sont les organes d'exécution de l'assurance sociale (par une délégation d'une tâche étatique)²⁴⁴⁹. Le fondement des droits et obligations est prédéterminé par la loi – la LAMal (obligation de s'assurer, catalogue de prestations, etc.)²⁴⁵⁰. L'affiliation suppose une demande de l'assuré qui doit être qualifié d'acte unilatéral de l'administré²⁴⁵¹. En revanche, s'il ne le fait pas l'autorité cantonale rend une décision d'affiliation d'office (cf. art. 3 et 6 LAMal). L'assureur n'a pas à confirmer l'assujettissement – puisqu'il doit accepter tout assuré – et ne rend pas de décision à ce sujet²⁴⁵². Le début de la couverture dépend donc de la réalisation des conditions fixées par la loi²⁴⁵³. Les prestations dues ne se fondent pas sur la volonté des parties²⁴⁵⁴ et il n'y a pas de négociation. Dans le cadre de la loi, une certaine autonomie est toutefois octroyée aux assureurs (p. ex. pour fixer la prime). La LAMal prévoit cependant que l'assureur doit rendre par écrit les décisions qui portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes ou avec lesquelles l'intéressé n'est pas d'accord²⁴⁵⁵. Dès lors, on ne peut, selon nous, pas retenir de contrat de droit public, faute de réel acte juridique bilatéral et de possibilité de négociation – puisque les droits et obligations sont prédéterminés par la loi²⁴⁵⁶. La relation entre l'assureur et l'assuré est dans ce contexte régie par la loi

²⁴⁴⁸ Cf. p. ex. ATF 130 V 196, fait partie D (fr), ATF 128 V 263, c. 2 (fr). En revanche, l'assurance indemnités journalières LAMal est un contrat de droit public, cf. ATF 126 V 499, c. 2a (fr) et réf.

²⁴⁴⁹ POLEDNA, Organisation, p. 12 s.

²⁴⁵⁰ DUC, Assurance, p. 54 s. examine les rapports juridiques entre assureurs et assurés dans l'assurance-maladie. Il retient que pour l'AOS, ce rapport est exclusivement régi, sur le plan des prestations, par la LAMal. Il oppose cela au régime de l'assurance complémentaire qui est contractuel.

²⁴⁵¹ GREBER ET AL., Sécurité sociale, p. 75 s. ; EUGSTER, Krankenversicherung, N 23 et 25.

²⁴⁵² GREBER ET AL., Sécurité sociale, p. 75 s.

²⁴⁵³ GREBER ET AL., Sécurité sociale, p. 76.

²⁴⁵⁴ Sur la distinction entre contrat de droit public et décision, cf. MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 424 ss.

²⁴⁵⁵ Art. 49 LPGa.

²⁴⁵⁶ Sur la différence et les critères de distinction entre contrat et décision, MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 420 ss, spécialement 424 ss.

et par d'éventuelles décisions rendues par l'assureur (faisceau de décisions)²⁴⁵⁷.

En revanche, on retient un contrat de droit public lorsque l'assuré conclut une assurance alternative²⁴⁵⁸ ou une assurance facultative d'indemnités journalières au sens de la LAMal²⁴⁵⁹. Dans ces deux situations, on admet un élément de négociation : les prestations ne sont pas uniquement fixées par la loi et l'étendue de la prise en charge peut être limitée. De plus, dans l'assurance indemnités journalières, les parties fixent en toute liberté le montant de l'indemnité journalière assuré (art. 72 LAMal)²⁴⁶⁰.

Dans ces trois formes d'assurance, on se rappelle toutefois que la prime est approuvée pour une durée déterminée, à savoir, selon la pratique, pour un an²⁴⁶¹. La LSAMal s'applique également aux assurances facultatives d'indemnités journalières LAMal²⁴⁶². L'approbation a un caractère constitutif²⁴⁶³ et se fait par une décision au sens de l'art. 5 PA²⁴⁶⁴. Nous admettons que celle-ci peut être révoquée, suite à l'intervention de la Comco, ce qui permet de rétablir une situation conforme au droit²⁴⁶⁵.

Selon nous, le rapport d'assurance ou le contrat de droit public ne peuvent toutefois pas être remis en cause. Le caractère social – et même obligatoire pour l'assurance de base – doit l'empêcher.

²⁴⁵⁷ *Contra* : EUGSTER, Krankenversicherung, N 21 qui retient un contrat de droit public, sans toutefois le justifier. Selon nous, on peut aussi s'inspirer de l'art. 59 LAA pour justifier l'absence de lien contractuel. Celui-ci précise que le rapport d'assurance avec la CNA est fondé sur la loi dans l'assurance obligatoire et sur une convention dans l'assurance facultative. En outre, le rapport s'assurance avec les autres assureurs et fondé sur un contrat passé entre l'employeur et l'assureur. La LAMal ne contient pas de telles précisions de sorte que ce serait également le régime usuel (loi et décisions) qui prévaut.

²⁴⁵⁸ ATF 126 V 480, A.a ; SCHAER, Versicherungsrecht, § 10 N 6.

²⁴⁵⁹ ATF 126 V 499, c. 2.a ; HÄBERLI/HUSMANN, Krankentaggeld, N 17 ; BRULHART, Droit applicable, p. 741 ; KIESER, Nichterwerbstätigen, p. 613 ; MAURER, Krankenversicherungsrecht, p. 113 ; EUGSTER, Leistungsrecht, p. 551. Cf. aussi les termes de l'art 71 LAMal qui parle de « contrat ».

²⁴⁶⁰ ATF 126 V 499, c. 2.a ; ATF 124 V 207, c. 4d.

²⁴⁶¹ POLEDNA, KVAG, N 137 et N 139 s. ; EUGSTER, KVG ad Art. 7, N 3.

²⁴⁶² Art. 1a LAMal et lien avec les art. 1 et 2 al. 1 LSAMal. Cf. Mess-LSAMal, p. 1739.

²⁴⁶³ POLEDNA, KVAG, N 137.

²⁴⁶⁴ EUGSTER, Krankenversicherung, N 1308.

²⁴⁶⁵ Cf. MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 383 ss.

On doit en revanche admettre qu'une nouvelle prime doit être arrêtée²⁴⁶⁶ et approuvée. L'assureur doit annoncer à chaque assuré les nouvelles primes approuvées par l'OFSP au moins deux mois à l'avance et signaler à l'assuré qu'il a le droit de changer d'assureur. L'assuré peut alors changer d'assureur pour la fin du mois qui précède le début de la validité de la nouvelle prime, moyennant un préavis d'un mois (art. 7 al. 2 LAMal)²⁴⁶⁷. Notons que le TF a retenu que la possibilité de changer d'assureur prévue à l'art. 7 LAMal s'apparente, par sa nature et dans ses effets, à une résiliation²⁴⁶⁸ ; il s'agit plus précisément d'un acte juridique unilatéral (droit formateur résolutoire) produisant ses effets indépendamment du consentement de l'assureur²⁴⁶⁹. Ainsi, la prime « viciée » s'appliquera jusque-là ; les dispositions de la LAMal devant être respectées. On peut, selon nous, toutefois admettre, sur demande, une modification avant ce délai dans le cas où la nouvelle prime est inférieure, puisque ce serait dans l'intérêt des assurés. En revanche, si la nouvelle prime est plus élevée, l'art. 7 al. 2 LAMal s'applique. L'assuré, de bonne foi, se voit garantir la prime initiale. Cette solution, résultat d'une pesée des intérêts, nous paraît la plus proportionnelle.

Dans cette lignée, que faire des primes payées en trop ? Cette question n'est pas évidente et à notre connaissance, aucune réponse n'est proposée

²⁴⁶⁶ Nous proposons que l'assureur fixe une nouvelle prime où, à défaut, l'OFSP. La Comco n'a selon nous pas cette compétence. Cf. KÉLEZI, *Mesure*, p. 98 ss qui examine les mesures correctives dans le cas d'abus d'une position dominante et envisage la modification des relations contractuelles. Les exemples donnés ne concernent que les engagements des parties à modifier ou rompre des liens contractuels et non la possibilité des autorités de la concurrence de prendre de telles mesures. Il est également délicat d'admettre que le Surveillant des prix puisse fixer la prime, sa compétence générale en matière de prix approuvé (dont les primes) se fonde sur l'art. 15 LSP, cf. Chap. 3.II.B. de la Présentée Partie. Il n'a qu'un droit de recommandation. Toutefois, l'approbation de l'OFSP ne vise pas l'accord illicite à la concurrence. On pourrait dans ce contexte tenter d'argumenter que l'on retombe sur le régime usuel de surveillance des prix et que le Surveillant peut rendre une décision, mais ce n'est pas évident.

²⁴⁶⁷ Si les primes sont valables pour le 1^{er} janvier, les assureurs annoncent le changement pour le 31 octobre au plus tard et les assurés peuvent communiquer le changement de caisse jusqu'au 30 novembre. Conseil fédéral, Message concernant l'arrêté fédéral sur les subsides fédéraux dans l'assurance-maladie et la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 21 septembre 1998, FF 1998 479, p. 767 s.

²⁴⁶⁸ ATF 126 V 480, c. 2c (fr). Cf. en doctrine EUGSTER, *Krankenversicherung*, N 164.

²⁴⁶⁹ ATF 126 V 480, c. 2d (fr).

par la doctrine et la jurisprudence. Selon nous, le juge devra établir, dans sa décision de révocation, si celle-ci prend effet *ex tunc*²⁴⁷⁰ ou *ex nunc*²⁴⁷¹. On peut, en outre, envisager qu'un système, comme celui qui a été adopté pour compenser les primes payées en trop par les assurés de certains cantons entre 1996 et 2013, soit prévu²⁴⁷².

(ii) Dans l'assurance-maladie complémentaire

Dans l'assurance-maladie complémentaire, les primes sont approuvées par la FINMA. Cette décision doit également être révoquée²⁴⁷³. En revanche, un contrat de droit privé est conclu entre l'assureur et l'assuré²⁴⁷⁴. Dans l'assurance indemnités journalières relevant de la LCA, un contrat de droit privé est également conclu²⁴⁷⁵, mais la prime n'est en revanche pas approuvée s'il s'agit d'une assurance collective²⁴⁷⁶.

Si un accord illicite sur les primes est découvert, le contrat d'assurance est la conséquence d'un premier accord jugé contraire à la LCart et donc frappé de nullité²⁴⁷⁷. La question du sort du contrat conclu avec un tiers – en l'espèce l'assuré – sur la base de l'accord illicite se pose ici. On parle en allemand de *Folgeverträge*.

Cette question est controversée en doctrine et la jurisprudence n'a pas été amenée à trancher. On retiendra que l'illicéité de ce second contrat vient du seul fait qu'il met en œuvre un accord illicite. Il ne peut dès lors pas

²⁴⁷⁰ Si la révocation a des effets *ex tunc*, l'assuré devrait pouvoir ouvrir une action en enrichissement illégitime pour récupérer le montant payé en trop, dans la mesure où ses paiements ont été fait « sans cause ». Cf. art. 62 ss CO.

²⁴⁷¹ Sur la révocation et la révision d'une décision ainsi que sur ces effets, MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 403 s. L'effet *ex tunc* peut être prononcé dans la mesure où le vice existait dès l'origine. Puisque la révocation résulte d'une balance des intérêts, le juge retiendra une solution adaptée au cas d'espèce.

²⁴⁷² Ordonnance du 12 septembre 2014 sur la corrections des primes, RO 2014 3183.

²⁴⁷³ Sur la révocation, Cf. MOOR/POLTIER, Droit administratif II, p. 383 ss.

²⁴⁷⁴ SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 217 ; SCHAER, Versicherungsrecht, § 10 N 11 ss, DUC, Assurance, p. 55 s.

²⁴⁷⁵ HÄBERLI/HUSMANN, Krankentaggeld, N 6 ss ; BRULHART, Droit applicable, p. 741.

²⁴⁷⁶ ATAF 2007/50, c. 2 ; FINMA, Circulaire Assurance-maladie, N 5 s. L'art. 4 al. 2 let. r LSA ne s'applique pas.

²⁴⁷⁷ Art. 19 et 20 CO, ATF 134 III 438, c. 2.1 et 2.2, JdT 2008 I 541 ; MARTENET, Liberté contractuelle, p. 108 s. ; ZÄCH, Kartellrecht, N. 862 ; EGLI, Bedeutung, p. 8. Cf. aussi LÜSCHER, Kartellrechtsdurchsetzung, p. 1664 ; BOVET, Marchés publics, p. 395.

faire l'objet d'un examen distinct et indépendant, au regard de la LCart, du premier accord²⁴⁷⁸. On identifie trois moyens d'appréhender la validité d'un tel contrat. On peut admettre que le 2^{ème} contrat est valable²⁴⁷⁹, que celui-ci est nul avec effet *ex tunc*²⁴⁸⁰ ou adopter une approche nuancée, à savoir admettre la nullité lorsque certaines conditions sont remplies²⁴⁸¹.

Une approche nuancée et dont la solution correspond à la situation d'espèce nous paraît la plus adaptée. Il faut renoncer à faire de la nullité la sanction automatique d'un « contrat subséquent », mais celle-ci est possible. Plusieurs critères peuvent être appliqués pour le déterminer. MARTENET énumère que le juge doit examiner si le 2^{ème} contrat est une conséquence nuisible que le législateur et le constituant ont voulu empêcher²⁴⁸², si la nullité va dans l'intérêt légitime de la victime de l'entrave²⁴⁸³, si le principe de proportionnalité²⁴⁸⁴ ainsi que les règles de la bonne foi et l'interdiction de l'abus de droit²⁴⁸⁵ sont respectés. Lorsque ces conditions sont remplies, la nullité devrait prendre effet *ex tunc*²⁴⁸⁶. La nullité peut

²⁴⁷⁸ MARTENET, Liberté contractuelle, p. 121.

²⁴⁷⁹ P. ex. ZÄCH, Kartellrecht, p. 420 s. N 870 s. ; EGLI, Bedeutung, p. 8. Dans un autre domaine que le droit des cartels, FORSTMOSER/KÜCHLER, Aktionärbindungsverträge, N 313 ; LÜSCHER, Kartellrechtsdurchsetzung, p. 1664.

²⁴⁸⁰ BORER, KG ad remarques 12 à 17, N 9 ; BOVET, Marchés publics, p. 396 bien qu'il cite WIGET ; BSK KG-JACOBS/GIGER, Vor Art. 12-17, N 54 et Art. 13 N 5.

²⁴⁸¹ MARTENET, Liberté contractuelle, p. 121, WIGET, Folgeverträgen, p. 241 à 273 ; CR Concurrence-REYMOND, Rem. art. 12 ss LCart N 79 ss et art. 13 LCart N 5 et 20. Pour une analyse en droit privé et non seulement en lien avec la LCart, STAUB, Folgen, p. 211 ss.

²⁴⁸² On vise les buts poursuivis par les art. 96 Cst., ainsi que 1, 5, 12 al. 1 let. a et 2 et 13 LCart. MARTENET, Liberté contractuelle, p. 122 s.

²⁴⁸³ Le juge ne devrait pas aller contre la volonté de la victime de maintenir le contrat. MARTENET, Liberté contractuelle, p. 123. En ce sens aussi, CR Concurrence-REYMOND, Rem. art. 12 ss LCart N 79.

²⁴⁸⁴ MARTENET, Liberté contractuelle, p. 123 s. Voir aussi CR Concurrence-REYMOND, Rem. art. 12 ss LCart N 79.

²⁴⁸⁵ MARTENET, Liberté contractuelle, p. 124.

²⁴⁸⁶ MARTENET, Liberté contractuelle, p. 121 et 124. Dès lors, l'assuré peut intenter une action en enrichissement illégitime (art. 62 ss CO) pour récupérer le montant payé en trop. Sur l'effet *ex tunc* et l'enrichissement illégitime, cf. CR CO I-GUILLOD/STEFFEN, Art. 19, 20, N 95 ; BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20, N 68a.

n'être que partielle²⁴⁸⁷, ce qui permettrait de ramener le montant de la prime à celui qui aurait été approuvé sans l'accord entre assureurs.

B. La question de l'éventuelle position dominante

a. La position dominante des entreprises pratiquant l'assurance-maladie sociale

Le deuxième pilier concerne les positions dominantes. Cette situation est envisageable pour le marché (au sens large) de l'assurance. En effet, on peut hypothétiquement concevoir que les critères soient remplis et que l'on reconnaisse qu'une entreprise d'assurance soit en position dominante sur un marché.

En pratique toutefois, la concurrence existe et les marchés sont occupés par un grand nombre d'entreprises. Pour le domaine de l'assurance-maladie obligatoire, l'OFSP publie une liste des assureurs admis en Suisse ainsi que leur rayon d'activité²⁴⁸⁸. En 2017, 60 assureurs-maladie sont répertoriés (dont quelques-uns ne pratiquent que l'assurance d'indemnités journalières). Une trentaine d'entre eux ont un rayon d'activité qui s'étend (au moins²⁴⁸⁹) à toute la Suisse. Les autres ont des rayons d'activité limités, à quelques cantons (presque tous, seulement un petit nombre, voire un seul canton), ou même à une partie d'un canton (une région, p. ex. le Haut-Valais, ou un ou plusieurs communes ou districts au sein d'un canton) ou à une profession déterminée (pour les indemnités journalières). On comprend aisément que les assurés disposent d'un important choix, peu importe le canton dans lequel ils sont domiciliés²⁴⁹⁰. L'hypothèse de l'existence d'une position dominante sur le marché de l'assurance-maladie est donc possible, mais théorique.

²⁴⁸⁷ Art. 20 al. 2 CO. MARTENET, Liberté contractuelle, p. 124 ; WIGET, Folgeverträge, p. 260 s. Notons que les art. 12 et 13 LCart ne peuvent être invoqués par l'assuré qui n'est pas entravé dans l'accès à la concurrence. Cf. CR Concurrence-REYMOND, Rem. art. 12 ss LCart N 80.

²⁴⁸⁸ OFSP, Liste des assureurs-maladie admis, du 01.02.2017 disponible sur le site <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/themen/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-versicherer-aufsicht.html>>.

²⁴⁸⁹ Parmi ceux-ci, certains ont des rayons d'activité qui s'étendent à l'UE, à certains pays de l'UE, etc.

²⁴⁹⁰ En ce sens, HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 84.

Aucune entreprise n'est réellement en mesure d'agir indépendamment des autres acteurs²⁴⁹¹. Pour en être certain, il faudrait, première étape, délimiter le marché pertinent. Il faudrait ensuite, seconde étape, analyser si l'entreprise en question possède une position dominante sur le marché défini. Notre étude se concentrant sur l'application de la LCart, nous ne pouvons nous lancer dans une analyse détaillée du marché, ce d'autant plus qu'à notre connaissance, aucune décision de la Comco n'a porté précisément sur ce point. En effet, la question a seulement été examinée lors de concentrations d'entreprises²⁴⁹². Nous mentionnons simplement, quant à la première étape, qu'il faudra distinguer le marché des produits en fonction de leur substituabilité du point de vue de la demande, subsidiairement de l'offre : répond-elle au même besoin, et peut-elle se substituer à une autre offre ? Il faudra ensuite délimiter le marché géographique, soit le territoire principal des ventes de l'entreprise. Dans la mesure où les critères appliqués pour délimiter le marché lors d'une concentration d'entreprises – et ainsi déterminer si elle renforce ou crée une position dominante sur le marché – sont transposables au 2^{ème} pilier²⁴⁹³, nous renvoyons à l'*excursus* ci-dessous²⁴⁹⁴. Quant à la seconde étape, il faudra étudier la présence ou l'absence de contrainte effective pesant sur l'entreprise et si elle dispose ou non du pouvoir d'agir indépendamment des autres acteurs actifs sur le marché défini (examen des parts de marché absolues et relatives et des barrières à l'entrée, de la concurrence potentielle, appréciation de la structure de l'entreprise)²⁴⁹⁵.

Précisons également que si la position dominante est retenue, la LCart s'applique. En effet, nous avons démontré que le marché n'est pas régi par des prescriptions réservées. En particulier en lien avec la position dominante, il n'existe aucune limitation, par une norme, du nombre d'acteurs sur le marché (aucun droit spécial) dans l'assurance-maladie

²⁴⁹¹ Cf. art. 4 al. 2 LCart.

²⁴⁹² Cf. Section C. ci-dessous.

²⁴⁹³ Cf. art. 11 al. 3 OCCE qui s'applique au 2^{ème} pilier. CR Concurrence-CLERC, Art. 4 al. 2 LCart, N 69 et 98 ; MARTENET/HEINEMANN, Concurrence, p. 122 ; BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2, N 105 et 219.

²⁴⁹⁴ Cf. Section C.c ci-dessous.

²⁴⁹⁵ Sur la détermination du marché, CR Concurrence-CLERC, Art. 4 al. 2 LCart, N 62 ss ; BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2, N 94 ss, 102 ss et 218 ss.

obligatoire. L'abus de la – potentielle – position dominante pourrait être sanctionné.

b. La position dominante des entreprises pratiquant l'assurance-maladie complémentaire

Comme pour les entités pratiquant l'assurance-maladie de base, les entités qui proposent des assurances-maladie complémentaires sont relativement nombreuses. La FINMA publie certaines statistiques. Les dernières disponibles sont celles de 2015. On retient que 22 entreprises d'assurance-maladie complémentaire de droit privé domiciliées en Suisse, une à l'étranger et 13 caisses-maladie pratiquant l'assurance-maladie complémentaire sont assujetties selon la LSA et surveillées par la FINMA²⁴⁹⁶. Parmi elles, les parts de marchés sont réparties comme suit : Helsana Assurances complémentaires 17%, Swica Assurance-maladie 14,4%, CSS 12,6%, Visana 12, 3%, Groupe Mutuel 8,9%, Concordia 5,8%, Sanitas 5,7%, Assura 3,5%. Les huit plus grands assureurs détiennent 80,2% des parts de marché²⁴⁹⁷. Il existe donc un nombre important d'acteurs.

Si, hypothétiquement et selon la méthode décrite, la position dominante était retenue, la LCart s'appliquerait. En effet, nous avons démontré que le marché n'est pas régi par des prescriptions réservées. En particulier en lien avec la position dominante, il n'existe aucune limitation, par une norme, du nombre d'acteurs sur le marché (aucun droit spécial) dans la législation sur l'assurance privée. En outre, le droit cantonal qui comprendrait de telles restrictions serait contraire au droit fédéral. L'abus de la – potentielle – position dominante pourrait être sanctionné.

c. Remarque

Une intervention de la Comco sur la base des dispositions matérielles de la LCart est à l'heure actuelle hypothétique. Ces développements sont toutefois intéressants. En effet, on note, depuis ces dernières années et ce tant dans le domaine de l'AOS que dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire, un processus de concertation relativement im-

²⁴⁹⁶ FINMA, Rapport 2015 sur le marché de l'assurance, du 7 septembre 2016, p. 4.

²⁴⁹⁷ FINMA, Rapport 2015 sur le marché de l'assurance, du 7 septembre 2016, p. 32. Pour des données très proches mais pas identiques en tout point, voir le site internet de l'association suisse des assureurs (ASA), <<http://www.svv.ch/fr/chiffres-et-faits/assurance-dommages/assurance-maladie>>.

portant²⁴⁹⁸ de sorte que le nombre d'acteurs sur le marché ne cesse de diminuer. Il n'est dès lors pas impossible qu'un jour, une position dominante soit atteinte. Toutefois, notons que la Comco devrait en théorie interdire la concentration qui conduirait à la création d'une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace (cf. ci-dessous).

C. Les concentrations d'entreprises

De nombreuses compagnies d'assurance, qu'elles soient organisées selon le droit public ou le droit privé, procèdent à des concentrations d'entreprises. Cette tendance concerne tous les secteurs de l'assurance, à savoir l'assurance privée (selon la LCA et la LSA), tant dans le domaine de la maladie que dans les autres domaines, mais aussi les assurances sociales, lorsque celles-ci ne sont pas gérées par des institutions communes (assurance obligatoire et/ou d'indemnités journalières LAMal, assurance LAA). En effet, les compagnies peuvent n'exercer qu'une forme d'assurance, mais en exercent en réalité bien souvent plusieurs. Elles se limitent parfois au secteur de la maladie, mais pas toujours. Au regard de la loi sur les cartels, l'analyse de ces concentrations est identique²⁴⁹⁹. Pour cette raison, nous ne distinguons pas, dans le présent chapitre, si la concentration vise des entreprises exerçant l'assurance-maladie sociale ou complémentaire. Ce choix est renforcé, d'une part, par le fait que les concentrations se font également entre compagnies n'exerçant pas la même activité et, d'autre part, par le fait que les organisations juridiques des entreprises d'assurance sont souvent complexes d'un point de vue du droit des sociétés. De plus, il arrive que le rachat ne concerne que certaines parties d'une société (p. ex. la cession d'une société fille du groupe à un autre groupe).

a. La réglementation des concentrations

(i) Dans le domaine de l'assurance-maladie sociale

La surveillance de l'assurance-maladie de base, initialement régie par la LAMal, est aujourd'hui spécialement réglée par la LSAMal. L'art. 9, intitulé « modification de la structure juridique, transfert de patrimoine et transfert de l'effectif des assurés », prévoit que l'assureur qui entend mo-

²⁴⁹⁸ Cf. HAMMER/PETER/TRAGESER, *Wettbewerb*, p. 83.

²⁴⁹⁹ Pour un exemple, Comco, DPC 2006/3, p. 494, *AXA/Winterthur*.

difier sa structure juridique (par fusion ou scission) ou opérer un transfert de patrimoine au sens de la LFus²⁵⁰⁰ le communique à l'autorité de surveillance²⁵⁰¹, à savoir l'OFSP²⁵⁰². Cette dernière peut, dans un délai de 8 semaines à compter de la communication, interdire une modification ou la soumettre à des conditions lorsque sa nature ou son importance risque d'être préjudiciable à l'assureur ou de porter atteinte aux intérêts des assurés²⁵⁰³. La condition de l'approbation permet de garantir une certaine protection aux assurés qui doivent être informés de leurs droits et devoirs et dont la continuation de l'assurance doit être garantie, sans interruption. L'OFSP peut vérifier si la caisse-maladie observe ces mesures et, le cas échéant, l'y rendre attentive²⁵⁰⁴. L'art. 8 OSAMal²⁵⁰⁵ précise les modalités, à savoir les délais de communication de la modification.

Conformément à l'art. 10 LSAMal, tout assureur qui entend prendre ou diminuer une participation dans une autre entreprise ou dans un assureur doit en informer l'OFSP lorsque les conditions prévues sont remplies. Celle-ci peut interdire une participation ou la soumettre à conditions. L'idée est de rendre transparentes les participations importantes dans des assureurs²⁵⁰⁶.

(ii) Dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire

Si l'entité participante exerce l'assurance complémentaire, elle doit, pour cette activité, respecter les exigences de l'art. 3 al. 2 LSA. Il y est prévu qu'un agrément de la FINMA doit être obtenu lors de fusions, scissions et transformations d'entreprises d'assurance. De plus, les modifications du plan d'exploitation qui résultent de fusions, scissions et transformations d'entreprises doivent être approuvées par la FINMA (art. 5 al. 1, 2^{ème} phrase LSA).

²⁵⁰⁰ Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (loi sur la fusion, LFus) du 3 octobre 2003, RS 221.201.

²⁵⁰¹ Art. 9 al. 1 LSAMal. Cf. Mess-LSAMal, p. 1744.

²⁵⁰² Art. 56 OSAMal.

²⁵⁰³ Art. 9 al. 2 LSAMal.

²⁵⁰⁴ Mess-LSAMal, p. 1744.

²⁵⁰⁵ Ordonnance sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (ordonnance sur la surveillance de l'assurance-maladie, OSAMal), RS 832.121.

²⁵⁰⁶ Cf. Mess-LSAMal, p. 1744.

b. L'application de la LCart

La LCart vise également les entreprises qui participent à des concentrations d'entreprises²⁵⁰⁷. En l'espèce, les caisses-maladie et entités de droit public ainsi que les compagnies d'assurance privée pratiquant l'assurance-maladie sociale et/ou complémentaire sont des entreprises. Puisque les groupes d'assurance ont souvent des organisations juridiques complexes, il sera dans ce contexte important de vérifier qui, parmi les entités concernées, jouit de l'indépendance économique. D'un point de vue matériel, il faut une concentration d'entreprises, à savoir la fusion de deux ou plusieurs entreprises jusque-là indépendantes les unes des autres (art. 4 al. 3 let. a LCart) ou toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par prise de participation au capital ou la conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celles-ci (art. 4 al. 3 let. b LCart)²⁵⁰⁸. Finalement, la LCart s'applique à toute concentration qui déploie ses effets en Suisse. Ce sera le cas dès que l'assurance offre une couverture en Suisse. Ainsi, la LCart s'applique, ce qui a pour conséquence que, si les seuils prévus sont atteints, l'opération doit être notifiée à la Comco (art. 9 LCart) qui va alors apprécier la concentration (art. 10 LCart). La théorie des effets s'appliquant en droit de la concurrence, il se peut qu'une opération doive être notifiée à plusieurs autorités de la concurrence (p. ex. à la Comco et à la Commission européenne)²⁵⁰⁹.

En pratique, la Comco a examiné un grand nombre de cas de concentrations dans le domaine des assurances-maladie (obligatoires et/ou complémentaires). Plusieurs décisions sont publiées au DPC. Elle a par exemple retenu qu'un rachat de 100% des actions de Winterthur par Axa – société de droit français – est une concentration d'entreprises selon l'art. 4 al. 3 let. b LCart²⁵¹⁰. Elle a aussi retenu une concentration lorsqu'une compagnie d'assurance transfère son portefeuille d'assurance. Par

²⁵⁰⁷ Art. 2 al. 1 LCart.

²⁵⁰⁸ Cf. CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, Art. 4 al. 3 LCart, N 10 ss ; CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, Art. 9 LCart, N 14 ; BSK KG-REINERT, Art. 4 Abs. 3, N 100 ss.

²⁵⁰⁹ Cf. Comco, DPC 2006/3, p. 494, *AXA/Winterthur* : Axa, société anonyme de droit français détient une société fille, Axa Versicherung (Suisse) à 100%. Axa rachète 100% des actions de Winterthur.

²⁵¹⁰ Comco, DPC 2006/3 p. 494, *AXA/Winterthur*, ch. 6.

exemple, La Suisse a transféré son portefeuille à la Vaudoise qui a acquis, par contrat, le contrôle direct d'une partie de cette première²⁵¹¹. On entre aussi dans cette définition lorsqu'une des entités n'acquiert pas d'actions, mais qu'une convention est conclue et qu'une entité obtient (au moins en commun) le contrôle sur l'autre. Par exemple, le Groupe Mutuel est actif dans le domaine de l'assurance-maladie et accident ainsi que, entre autres, dans le domaine des assurances complémentaires. Supra-1846 SA n'était alors active que dans le domaine de l'AOS et presque exclusivement en Suisse romande²⁵¹². Les deux groupes ont conclu une convention de gestion administrative donnant le contrôle de Supra au Groupe Mutuel par la transmission d'une partie des activités opérationnelles de Supra au Groupe Mutuel. Selon la Comco, il s'agit au moins d'un contrôle commun entre les deux compagnies au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart²⁵¹³. Il y a aussi eu une concentration au sens de 3 al. 1 let. b LCart lorsque la CSS a pris le contrôle d'Intras – caisse Maladie et d'Intras Assurance SA et ainsi des branches de l'assurance-maladie obligatoire, d'indemnités journalières et complémentaire maladie²⁵¹⁴.

La Comco précise dans certaines décisions qu'elle peut se prononcer sur la concentration, car le marché qu'elle examine n'est pas régi par des prescriptions réservées qui excluent l'application de la LCart et ce, ni dans la LAMal ni dans la LCA (ni dans la LAA)²⁵¹⁵. Ce constat est parfois seulement implicite ; lorsque la Comco procède à un examen au fond, cela sous-entend qu'il n'existe pas de prescription réservée²⁵¹⁶. La volonté d'appliquer la LCart aux concentrations d'entreprises ressort d'ailleurs expressément de l'art. 11 LSAMal qui prévoit que « [l]es dispositions de la loi du 6 octobre 1995 sur les cartels concernant l'appréciation des concentrations d'entreprises et les dispositions de la loi du 3 octobre 2003 sur la fusion sont réservées ». Ainsi, la modification de la structure juridique d'une caisse-maladie ou d'une compagnie d'assurance privée proposant

²⁵¹¹ Comco, DPC 2005/2, p. 385, *Vaudoise Générale/La Suisse*, ch. 7.

²⁵¹² Comco, DPC 2015/1, p. 93, *Mutuel/Supra*, ch. 1 ss.

²⁵¹³ Comco, DPC 2015/1, p. 93, *Mutuel/Supra*, ch. 4 ss.

²⁵¹⁴ Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 9.

²⁵¹⁵ Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 11 ; Comco, DPC 2005/2 p. 385, *Vaudoise Générale/La Suisse*, ch. 14 ; Comco, DPC 2005/2, p. 392, *Helsana AG bzw. Hel-sana Unfall AG/La Suisse*, ch. 27.

²⁵¹⁶ Cf. par exemple Comco, DPC 2006/3, p. 494, *Axa/Winterthur*.

des assurances LAMal doit se dérouler conformément à LFus et l'acquisition de participations peut nécessiter non seulement l'accord de l'autorité de surveillance (OFSP), mais aussi celui de la Comco, si les conditions de la LCart sont remplies²⁵¹⁷.

En conclusion, la LCart est pleinement applicable²⁵¹⁸. La Comco a même précisé que des charges ou conditions peuvent être imposées à un assureur actif dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire. Par exemple, la Comco peut imposer à un assureur, par des charges, de se retirer d'un certain canton, car la concentration créerait une position dominante ou la renforcerait. Il n'y a pas non plus de prescription réservée au sens de 3 al. 2 let. a LCart qui empêche des charges éventuelles. Il n'y a pas de disposition qui oblige les assureurs à offrir l'assurance-maladie dans tous les cantons et un assureur peut aussi se retirer d'un canton où il exerçait précédemment²⁵¹⁹.

Le législateur a donc voulu que les entreprises d'assurance soient en concurrence et que seules les plus efficaces restent sur le marché. Dans ce contexte, les garanties prévues par la LCart s'appliquent et les concentrations doivent être notifiées à la Comco pour examen. Une disposition de droit cantonal qui supprime cela est contraire au système voulu par le législateur et au droit fédéral. Ainsi, à l'heure actuelle, une législation prévoyant une caisse cantonale unique ne serait pas possible.

c. *Excursus* : les enseignements quant au fond des décisions de la Comco

Les opérations de concentration de sociétés d'assurance sont notifiées, avant leur réalisation, à la Comco si les seuils prévus à l'art. 9 LCart sont atteints. C'est le cas lorsque, lors du dernier exercice précédant la concentration, les sociétés d'assurance participantes ont perçu un montant total des primes brutes annuelles de minimum 2 milliards de francs ou des primes brutes annuelles en Suisse de 500 millions de francs. Il faut aussi qu'au moins deux des sociétés d'assurance participantes aient perçu individuellement en Suisse un montant de minimum 100 millions de francs de

²⁵¹⁷ En ce sens aussi, Mess-LSAMal, p. 1744.

²⁵¹⁸ Voir aussi SCARTAZZINI/HÜZELER, *Bundessozialversicherungsrecht*, § 16 N 40.

²⁵¹⁹ Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 12 ss. Cf. art. 4 al. 2 let. b et art. 5 al. 2 LSAMal.

primes brutes annuelles²⁵²⁰. En outre, nonobstant ces seuils, la notification est obligatoire si une décision établit une position dominante²⁵²¹.

Les autorités de la concurrence doivent alors apprécier la concentration conformément à l'art. 10 LCart (examen préalable puis évaluation). Dans les décisions de la Comco concernant des concentrations d'entreprises actives (entre autres) dans le domaine de l'assurance-maladie LAMal ou LCA, la question du marché pertinent se pose puisqu'il faut examiner si les entités, suite à la concentration, acquièrent ou sont renforcées dans une position dominante (art. 10 al. 1 LCart.)²⁵²². Puis, la Comco peut interdire la concentration ou l'autoriser moyennant charge ou condition si la concentration crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace et ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante (art. 10 al. 2 LCart). Bien que cela ne concerne pas directement le champ d'application du droit de la concurrence et donc de notre thèse, nous proposons ici un aperçu des enseignements tirés de nos lectures des décisions de la Comco. Nous retenons principalement les informations en lien avec la définition des assureurs sur le marché²⁵²³ (position dominante²⁵²⁴)²⁵²⁵.

Quant au marché des produits, la Comco a établi que les partenaires commerciaux des assureurs sont tant les preneurs d'assurance que les fournisseurs de prestations²⁵²⁶. On doit toutefois retenir que les parts de

²⁵²⁰ Art. 9 al. 1 et 3 LCart. Cf. CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, Art. 9 LCart, N 87 ss.

²⁵²¹ Art. 9 al. 4 LCart. Cf. CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, Art. 9 LCart, N 72 et 104.

²⁵²² P. ex. Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 18. Cf. CR Concurrence- VENTURI/FAVRE, Art. 4 al. 3 LCart, N 9 ss.

²⁵²³ CR Concurrence- VENTURI/FAVRE, Art. 10 LCart, N 36 ss ; BSK KG-REINERT, Art. 10, N 37 ss.

²⁵²⁴ CR Concurrence- VENTURI/FAVRE, Art. 10 LCart, N 55 SS ; BSK KG-REINERT, Art. 10, N 53 ss.

²⁵²⁵ Notre choix de présenter ces éléments est guidé par le fait que c'est un des rares domaines où l'on trouve directement des développements de fonds en lien avec notre sujet.

²⁵²⁶ En effet, les assureurs négocient avec les prestataires de soins des conditions pour les prestations qu'ils proposent à leurs assurés. Les compagnies d'assurance sont ainsi des acheteurs pour les fournisseurs de prestations et ils leur proposent des canaux de distribution pour les prestations médicales. Comco, DPC 2001/4, p. 659, *Zusatzversiche-*

marché des assureurs vis-à-vis des fournisseurs de prestations sont presque les mêmes que les parts de marché vis-à-vis des assurés de sorte que l'on n'examine pas séparément la position des assureurs vis-à-vis des fournisseurs de prestations. Le marché est délimité selon les prestations offertes par les entreprises d'assurance participantes²⁵²⁷. Puisque chaque type d'assurance n'est pas substituable, on retient des marchés distincts : assurance-maladie obligatoire, assurance d'indemnités journalières (éventuellement en distinguant selon qu'elle relève de la LAMal ou de la LCA²⁵²⁸), assurance complémentaire maladie (et assurance-accidents)²⁵²⁹. Il faut ensuite en principe les séparer en sous-marchés selon que l'assurance est collective ou individuelle (p. ex. le marché de l'assurance complémentaire-maladie individuelle et celui de l'assurance-maladie complémentaire collective)²⁵³⁰. Il faudrait vraisemblablement encore les subdiviser en plus petits marchés (assurance complémentaire pour les traitements stationnaires et assurance complémentaire pour les traitements ambulatoires²⁵³¹), mais cette question n'a pas, pour tous les domaines, été

rungsbericht im Kanton Aargau, ch. 53 ; Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 22 s.

²⁵²⁷ Comco, DPC 2005/2, p. 395, *Helsana/La Suisse*, ch. 38 ss ; Comco, DPC 2008/2, p. 253, *CSS/Intras*, ch. 22 ; Comco, DPC 2015/1, p. 93, *Mutuel/Supra*, ch. 7. Selon la Comco, les parts de marché des assureurs sur les différents marchés pour les canaux de distributions des différentes assurances proposées ne sont pas très différentes des parts de marché du côté du preneur d'assurance, à tout le moins du point de vue du nombre d'assurés. De plus, les assureurs ont un contre-pouvoir important face aux fournisseurs de prestations, bien plus que les assurés. On laisse donc de côté la question de la position dominante face aux prestataires de soins.

²⁵²⁸ Cette question n'est toutefois pas clairement tranchée, Comco, DPC 2005/2, p. 392, *Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG/La Suisse*, ch. 43 où la question a été laissée ouverte. Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 26. La Comco considère que ce sont deux marchés distincts.

²⁵²⁹ Comco, DPC 2005/2, p. 392, *Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG/La Suisse*, ch. 39 ; Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 20 ss ; Comco, DPC 2015/1, p. 93, *Mutuel/Supra*, ch. 7 ; Comco, DPC 2006/3, p. 494, *AXA/Winterthur*, ch. 13 ss.

²⁵³⁰ Sur ces questions et pour les nuances, cf. Comco, DPC 2005/2, p. 392, *Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG/La Suisse*, ch. 40 ; Comco, DPC 2003/4, p. 858, *Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau*, ch. 6.1.1 s. ; Comco, DPC 2006/3, p. 494, *AXA/Winterthur*, ch. 15.

²⁵³¹ Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 25. Cf. aussi Comco, DPC 2003/4, p. 858, *Zusatzversicherungsbereich im Kanton Aargau*, ch. 6.1.1 s.

clairement tranchée (p. ex. séparation des marchés de l'assurance hospitalière privée ou demi-privée²⁵³²).

Quant au marché géographique, sa délimitation varie selon le marché des produits retenu. Pour l'assurance-maladie obligatoire, le marché est cantonal puisqu'une personne ne peut s'assurer que dans son canton de domicile²⁵³³. Le marché de l'assurance complémentaire est en général aussi cantonal, mais peut être national selon le sous-marché retenu²⁵³⁴. Celui de l'assurance d'indemnités journalières est national, voire régional²⁵³⁵.

Notons qu'une concentration touchera souvent plusieurs marchés tant des produits que géographiques. La situation sur chaque marché doit être examinée²⁵³⁶. Il faudra apprécier les effets de la fusion sur le marché déterminant (nombres de concurrents, parts de marchés). Un autre élément à considérer est la concurrence potentielle. Sur ce point, la Comco estime qu'elle est très faible : on ne peut vraisemblablement pas attendre de nouveaux acteurs, ni dans le domaine des assurances sociales ni dans celui des assurances-maladie complémentaires²⁵³⁷.

Après avoir délimité le marché, la Comco procède à l'examen de l'existence d'une position dominante et détermine si elle peut supprimer toute concurrence (position dominante qualifiée)²⁵³⁸. A notre connaissance, aucune concentration d'entreprises n'a été interdite.

²⁵³² La Comco a laissé la question ouverte : Comco, DPC 2005/2, p. 392, *Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG/La Suisse*, ch. 42. Dans une autre décision, la Comco avait procédé à cette séparation : Comco, DPC 2001/4 p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 52 ss, 56.

²⁵³³ Comco, DPC 2008/2, p. 253, *CSS/Intras*, ch. 32 ; Comco, DPC 2005/2, p. 395, *Helsana/La Suisse*, ch. 45 s. ; Comco, DPC 2006/3, p. 494, *AXA/Winterthur*, ch. 15.

²⁵³⁴ Cf. Comco, DPC 2005/2, p. 392, *Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG/La Suisse*, ch. 47 (marché national pour l'assurance complémentaire médecine complémentaire) ; Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 33 (marché cantonal pour l'assurance-maladie complémentaire en soins stationnaires), ch. 34 (marché national, voire régional pour l'assurance-maladie complémentaire en soins ambulatoires)

²⁵³⁵ La question n'est pas absolument tranchée. Cf. Comco, DPC 2005/2, p. 392, *Helsana AG bzw. Helsana Unfall AG/La Suisse*, ch. 48 ; Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 35.

²⁵³⁶ Cf. p. ex. Comco, DPC 2015/1, p. 93, *Mutuel/Supra*, ch. 9.

²⁵³⁷ Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 43 et 52.

²⁵³⁸ CR Concurrence- VENTURI/FAVRE, Art. 10 LCart, N 18 ss ; BSK KG-REINERT, Art. 10, N 53 ss.

d. Remarques

En Suisse, comme dans les pays voisins, par exemple en Allemagne²⁵³⁹ ou en France²⁵⁴⁰, on constate un processus de concentration important. Il y a 60 ans, on dénombrait environ 1'000 assureurs-maladie. Au début des années 1990, on en comptait 246 et 97 en 2006. Ce processus continue chaque année. Par exemple, entre 2016 et 2017, trois assureurs ne figurent plus sur la liste de l'OFSP, car ils ont fait l'objet de fusions avec d'autres assureurs²⁵⁴¹. Plus de 80 % de la population est assurée auprès des 10 plus gros assureurs ou groupes d'assureurs. Seuls moins de 50 assureurs sont actifs sur toute la Suisse. Notons que ceux-ci sont en réalité organisés en communautés (*Gemeinschaften*) ou sont gérés sous un même toit de sorte que seule une petite trentaine d'assureurs sont actifs sur tout le territoire²⁵⁴². Le secteur de l'assurance-maladie complémentaire connaît aussi ce phénomène de concentration²⁵⁴³.

Cela peut s'expliquer par plusieurs raisons : la réglementation de la LA-Mal (obligation de contracter dans le domaine stationnaire et ambulatoire) et les exigences de plus en plus importantes dans le domaine informatique et statistique, les demandes dans le domaine des conseils et des prestations. Il reste toutefois un certain nombre d'assureurs qui sont, les uns face aux autres, en concurrence, principalement grâce au libre passage²⁵⁴⁴. La concurrence potentielle est plutôt faible. La réduction du nombre d'assureurs parle contre l'entrée de nouveaux assureurs sur le marché, et ce pour les mêmes raisons que celles évoquées. Les seules nouvelles entrées sur le marché sont en réalité des sociétés filles de gros assureurs²⁵⁴⁵.

V. LES RELATIONS ENTRE ASSUREURS ET DES TIERS

Finalement, les assureurs entretiennent des relations avec des tiers, comme des fournisseurs de matériels par exemple. Dans ce contexte, la

²⁵³⁹ SHMUELI ET AL., *Managed care*, p. 863.

²⁵⁴⁰ PICARD, *Régulation*, p. 409.

²⁵⁴¹ OFSP, Liste des assureurs-maladie admis, du 01.02.2017 disponible : <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/themen/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-versicherer-aufsicht.html>>, p. 12.

²⁵⁴² Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 41.

²⁵⁴³ Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 52.

²⁵⁴⁴ Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 42 et 52 ss.

²⁵⁴⁵ Comco, DPC 2008/2, p. 250, *CSS/Intras*, ch. 43.

LCart est applicable si le partenaire tarifaire peut également être qualifié d'entreprise. Il faut, en outre, qu'ils concluent un accord en matière de concurrence ou qu'une des parties soit en position dominante (collective). On ne retient, selon nous, aucune disposition qui régisse ces relations et qui puisse être qualifiée de prescription réservée au sens de l'art. 3 LCart.

VI. SYNTHÈSE

L'application de la LCart dans les relations entre assureurs pratiquant l'assurance-maladie obligatoire et fournisseurs de prestations n'est pas évidente. Nous avons démontré que les accords sur le prix des prestations, qu'ils soient conclus en groupe ou non, sont couverts par l'art. 46 LAMal qui est une prescription réservée. La Comco ne peut rendre de décision. Dans la situation où un autre paramètre concurrentiel serait soustrait à la concurrence par un accord, la LCart pourrait s'appliquer. Ce serait aussi le cas si un acteur, en position dominante sur le marché, abuse de celle-ci pour désavantager ses partenaires commerciaux ou leur empêcher l'accès au marché. On retient ainsi que les autorités de la concurrence peuvent rendre une décision si l'entreprise en position dominante abuse de celle-ci lors de la négociation et de la conclusion des conventions tarifaires.

La LCart s'applique en revanche pleinement dans les relations entre assureurs pratiquant l'assurance-maladie complémentaire et fournisseurs de prestations.

Dans les relations entre assureurs, tant les accords illicites que les – toutefois théoriques – abus de position dominante sont soumis à un plein examen de la Comco, même si le secteur est réglementé de manière importante. Dans l'assurance-maladie sociale, la restriction illicite à la concurrence n'est ni ordonnée ni autorisée par la loi. L'intention du législateur n'était pas d'exclure explicitement la pratique de l'assurance-maladie par les entreprises d'assurance de la concurrence. Cela n'est pas non plus implicitement son intention, car il n'a pas adopté, dans la LAMal, des règles qui ne sont pas compatibles avec la LCart. Les prescriptions spéciales de la LAMal, de l'OAMal et de la LSAMal accordent un espace de liberté aux entreprises concernées ; il ne leur est pas prescrit d'agir par voie de décision et de manière non concurrentielle²⁵⁴⁶. Dans l'assurance-

²⁵⁴⁶ Sur les éléments abstraits (et non en lien avec leur application au cas de l'assurance-maladie), ATF 129 II 497, c. 3.3.2 (fr).

maladie complémentaire, le principe de la liberté contractuelle prévaut et aucune disposition ne limite la concurrence d'une telle manière que l'on retiendrait une prescription réservée.

En outre, la Comco est compétente pour examiner une concentration d'entreprises d'assurance, que les entreprises participantes soient organisées selon le droit privé ou le droit public et qu'elles exercent l'assurance-maladie obligatoire, l'assurance d'indemnités journalières ou l'assurance (maladie) complémentaire ou plusieurs de ces variantes.

Chapitre 3 : L'APPLICATION DE LA LSPR AUX TARIFS ARRÊTÉS PAR LES ASSUREURS

Les assureurs arrêtent différents prix dans le cadre de leur activité. On pense, d'une part, aux tarifs des prestations de soins (I) et d'autre part aux tarifs des primes (II). Le Surveillant des prix est-il compétent pour examiner de tels prix ?

I. LA LSPR ET LES TARIFS DES PRESTATIONS

A. Dans l'assurance-maladie obligatoire

Cette question a été traitée dans la partie III concernant les conventions tarifaires²⁵⁴⁷. Pour rappel, les tarifs LAMal peuvent être décidés par les partenaires tarifaires dans une convention approuvée par une autorité ou fixés directement elle. On se trouve dans un cas d'application de l'art. 14 LSPr. L'autorité doit présenter tout tarif LAMal au Surveillant des prix qui aura l'opportunité de se prononcer. Il rendra un avis qui devra impérativement être pris en compte par l'autorité dans sa décision ; le Surveillant n'a en revanche aucune compétence décisionnelle. Son avis aura également une importance en cas de litige concernant l'augmentation tarifaire.

B. Dans l'assurance-maladie complémentaire

Ce point était également examiné dans la troisième partie²⁵⁴⁸. En résumé, les conventions tarifaires conclues entre un (ou plusieurs) fournisseur(s) de prestations et un (ou plusieurs) assureur(s) ne tombent en tant que telles pas sous le coup de la surveillance prévue par la LSA ; l'art. 15 LSPr ne s'applique pas. Le Surveillant des prix est directement compétent pour apprécier les tarifs arrêtés dans les conventions tarifaires. Il est également directement compétent lorsque le prix est fixé uniquement par les fournisseurs de prestations ou par leur association, s'ils sont en position de puissance sur le marché.

II. LA LSPR ET LA FIXATION DES PRIMES

Tant les assurés auprès des compagnies d'assurance prenant en charge les prestations LAMal que les assurés de celles prenant en charge les presta-

²⁵⁴⁷ Pour les développements et références, cf. Troisième Partie, Chap. 3.

²⁵⁴⁸ Pour les développements et références, cf. Troisième Partie, Chap. 4.

tions relevant de l'assurance-maladie complémentaire paient une prime. En pratique, cette dernière est arrêtée par les compagnies d'assurance qui doivent, comme on l'a dit, respecter les conditions de la LAMal et de la LSAMal ou de la LCA et de la LSA, mais aussi les soumettre à approbation. La question de l'application de la LSPr selon les art. 14 ou 15 LSPr qui prévoient une intervention du Surveillant des prix en cas de prix fixés ou approuvés par une autorité fédérale, cantonale ou communale (art. 14 LSPr) ou dans les cas où un autre régime de surveillance des prix découle du droit fédéral (art. 15 LSPr) se pose alors.

A. Dans l'assurance-maladie sociale

Pour rappel, la LSAMal prévoit, à son art. 16 al. 1, que les tarifs des primes de l'assurance obligatoire des soins et de l'assurance individuelle facultative d'indemnités journalières sont soumis à l'approbation de l'autorité de surveillance²⁵⁴⁹, à savoir l'OFSP (art. 56 LSAMal).

a. Un prix

Nous examinons à présent si l'on tombe dans le champ d'application de l'art. 14 ou de l'art. 15 LSPr. Le premier élément commun à ces deux dispositions est le prix. Les primes des assureurs tombent dans la définition d'un prix²⁵⁵⁰ de sorte que l'on entre dans le champ d'application (matériel) de la LSPr. Rappelons que le Surveillant n'interviendra que si le prix est abusif²⁵⁵¹.

b. Un prix convenu par accord en matière de concurrence ou arrêté par une entreprise puissante sur le marché

Ces dispositions posent des exigences, liées au champ d'application personnel, concernant l'entité dont émane le prix. Selon la lettre de l'art. 14 LSPr, le prix doit être proposé par les parties à un accord en matière de concurrence ou par une entreprise puissante sur le marché. La LSPr peut s'appliquer, comme la LCart, à des entreprises de droit public ou privé,

²⁵⁴⁹ Cf. aussi art. 7 et 8 LSAMal. Pour les détails, Deuxième Partie, Chap. 2.III.A.b.

²⁵⁵⁰ ATAF 2009/65, c. 2.5.

²⁵⁵¹ CR Concurrence-BOVET, Intro.LSPr, N 117 et 20.

soit aux caisses-maladie ou aux compagnies d'assurance privée²⁵⁵². En revanche, suivant une interprétation littérale, on voit mal comment l'approbation de la fixation des primes entrerait dans le champ d'application de l'art. 14 LSPr. En effet, la prime ne devrait pas être issue d'un accord entre entreprises. Il n'est pas non plus évident qu'elle émane, si ce n'est toujours du moins parfois, d'une entreprise puissante sur le marché²⁵⁵³.

La doctrine admet que la portée des notions d'accord et d'entreprise puissante sur le marché est étendue. Il ne faut pas s'en tenir à une interprétation littérale et étroite, mais admettre, conformément aux objectifs du constituant (art. 96 Cst.²⁵⁵⁴) et du législateur, que l'acte d'approbation ou de fixation du tarif par l'autorité se substitue à l'accord ou à l'entreprise puissante sur le marché. Un tel acte a des effets comparables sur la concurrence ; il s'agit alors d'un marché où la concurrence des prix ne peut fonctionner pleinement ; il y a une limitation de la concurrence²⁵⁵⁵. Le fait que le prix soit approuvé ou fixé par une autorité est déterminant et ce, « indépendamment de la manière dont le prix a été proposé à l'autorité »²⁵⁵⁶.

L'art. 15 LSPr se réfère, de manière similaire, aux « prix convenus ou ceux d'une entreprise puissante sur le marché ». On interprète également ces notions de manière extensive²⁵⁵⁷. La doctrine ne précise toutefois pas, en tout cas de manière aussi explicite que pour l'art. 14 LSPr, que le fait que le prix soit « surveillé » suffit. Nous y revenons.

²⁵⁵² WEBER, PüG, Art. 14 N 6 s. ; SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N 41.

²⁵⁵³ Sur ce point, voir l'*excursus* ci-dessus Chap. 2.IV.C.c.

²⁵⁵⁴ L'art. 96 Cst., traite des prix fixés par « des entreprises et organisations qui occupent une position dominante sur le marché, notamment par des cartels et organisations analogues de droit public ou de droit privé ».

²⁵⁵⁵ CARRON, Concurrence, p. 407 ss avec de nombreuses réf. ; CR Concurrence-BOVET, Intro.LSPr, N 12 et 44 ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 16 ; TERCIER, Cartel/Prix, p. 326 s. Pour des nuances, SCHÜRMAN/SCHLUEP, KG & PüG, p. 866 s. En ce sens aussi, LANZ, Preisüberwachung, N 22.

²⁵⁵⁶ CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 13.

²⁵⁵⁷ En ce sens, Mess-LSPr, p. 812 ; CR Concurrence-BOVET, Intro.LSPr, N 51 ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 15 LSPr, N 18 ; SCHÜRMAN/SCHLUEP, KG & PüG, p. 856 s.

c. L'autorité approuvant le prix

La prochaine exigence concerne l'entité qui fixe ou approuve le prix. Il faut ici distinguer l'art. 14 de l'art. 15 LSPr.

Le texte de l'art. 14 LSPr vise une autorité législative ou exécutive de la Confédération, d'un canton, ou d'une commune. Un conflit de doctrine existe sur les autorités qui entrent effectivement dans cette définition. Une partie de la doctrine limite le cercle aux « autorités supérieures », ayant une responsabilité politique. Sont visés le Conseil fédéral, les gouvernements cantonaux et les conseils communaux et municipaux²⁵⁵⁸. Une autre partie de la doctrine critique l'ampleur de cette limitation, jugée non conforme au droit²⁵⁵⁹. Selon elle, les autorités exécutives au sens de l'art. 14 LSPr sont non seulement le Conseil fédéral, les gouvernements cantonaux et les conseils communaux et municipaux, mais aussi les départements fédéraux et les directions cantonales et communales²⁵⁶⁰.

Quelle autorité est-elle en charge de l'approbation et de la surveillance ? On distingue à cet égard la situation sous l'ancien droit de celle sous le nouveau droit.

Avant l'entrée en vigueur de la LSAMal, le Conseil fédéral était compétent pour approuver les primes. On se trouvait dans un cas visé par l'art. 14 LSPr²⁵⁶¹. Le Conseil fédéral devait alors prendre l'avis du Surveillant des prix avant de donner son approbation. Il avait toutefois délégué cette compétence à l'OFSP (art. 92 aOMal²⁵⁶²), de sorte que l'art. 15 al. 2^{bis} LSPr pouvait également s'appliquer. En effet, l'OFSP doit être considéré comme une autre autorité telle que visée par l'art. 15 LSPr (cf. ci-dessous pour les développements)²⁵⁶³. Cela conduirait à ce que l'OFSP

²⁵⁵⁸ SCHÜRMAN/SCHLUEP, KG & PüG, p. 867 s. Ce traitement particulier découle de la responsabilité politique assumée. Cf. STOFFEL, *Unternehmen*, p. 188 et 220.

²⁵⁵⁹ CARRON, *Concurrence*, p. 413 et 415 ; CR *Concurrence-BONVIN/SCHALLER*, Art. 14 LSPr, N 19 ; CR *Concurrence-BOVET*, *Intro.LSPr*, N 47 ; STOFFEL, *Unternehmen*, p. 221, WEBER, PüG, art. 14 N 12.

²⁵⁶⁰ CR *Concurrence-BONVIN/SCHALLER*, Art. 14 LSPr, N 21. En ce sens aussi, KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 14, N 4 ss.

²⁵⁶¹ En ce sens, mais avant l'adoption de la LSAMal, lorsque les primes étaient approuvées par le Conseil fédéral selon la LAMal, ATAF 2009/65, c. 2.5.

²⁵⁶² Cet article a été abrogé suite à l'entrée en vigueur de la LSAMal, avec effet au 1^{er} janvier 2016, RO 2015 5165.

²⁵⁶³ WEBER, PüG, Art. 14 N 25.

doive uniquement informer le Surveillant des prix²⁵⁶⁴. A cet égard, ce dernier avait lui-même considéré que sa compétence pour examiner les primes de l'assurance-maladie obligatoire se fondait sur l'art. 15 al. 2^{bis} LSPr²⁵⁶⁵. Le TAF a cependant jugé qu'il n'est pas acceptable de modifier les conséquences d'une compétence du Conseil fédéral prévue par la loi (art. 14 LSPr en lien avec l'art. 61 al. 5 aLAMal²⁵⁶⁶) par une délégation de compétence prévue au niveau d'une ordonnance et qui conduit seulement à une information du Surveillant des prix (art. 92 aOAMal en lien avec l'art. 15 al. 2^{bis} LSPr). Il s'en suit que l'Office fédéral compétent, en vertu de la délégation, doit également prendre l'avis du Surveillant des prix²⁵⁶⁷. Toutefois, la différence entre l'exigence de prise d'avis et celle d'information est relativement faible²⁵⁶⁸. Le Surveillant peut rendre le même avis que ce qui prévaut avec l'art. 14 LSPr²⁵⁶⁹.

Depuis l'entrée en vigueur de la LSAMal, l'approbation se fait directement par l'autorité de surveillance qui est en pratique l'OFSP²⁵⁷⁰. Celui-ci dispose d'un certain pouvoir d'appréciation²⁵⁷¹. Comment qualifier l'OFSP qui approuve les primes ? Selon la première partie de la doctrine mentionnée ci-avant, l'OFSP n'est pas une autorité exécutive. La seconde partie de la doctrine hésite cependant à rattacher un office à son département. La situation n'est pas claire, mais BONVIN/SCHALLER admettent indirectement qu'un tel rattachement n'a pas lieu puisqu'ils précisent que « [l]e monopole de l'assurance sociale est un monopole de droit.

²⁵⁶⁴ L'art. 14 LSPr oblige à prendre l'avis du Surveillant tandis ce que, selon l'art. 15 LSPr, il doit être informé. Sur le rapprochement entre ces deux notions, cf. WEBER, PüG, Art. 15 N 3 et 21.

²⁵⁶⁵ ATAF 2009/65, c. 2.5 qui invoque la prise de position du Surveillant des prix faite après le jugement de l'instance précédente et avant le jugement du TAF. Cf. aussi WEBER, PüG, Art. 14 N 25 qui ne mentionne toutefois pas expressément l'art. 61 al. 5 aLAMal.

²⁵⁶⁶ Cet article a été abrogé suite à l'entrée en vigueur de la LSAMal, avec effet au 1^{er} janvier 2016, RO 2015 5137.

²⁵⁶⁷ ATAF 2009/65, c. 2.5. En ce sens aussi, SCARTAZZINI/HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, § 16 N41.

²⁵⁶⁸ ATAF 2009/65, c. 2.5 ; WEBER, PüG, Art. 15 N 19.

²⁵⁶⁹ WEBER, PüG, Art. 15 N 20.

²⁵⁷⁰ L'art. 56 LSAMal prévoit que l'Office fédéral de la santé publique exerce la surveillance au sens de la LSAMal. Cf. POLEDNA, KVAG, N 46, 122 s.

²⁵⁷¹ A ce propos, POLEDNA, KVAG, spécialement N 124 et réf.

L'assurance-maladie est examinée par l'OFSP qui est une 'autre autorité' au sens de l'art. 15 LSPr »²⁵⁷². Ainsi, même la doctrine pronant une définition large ne considère pas l'OFSP, dans ce cadre en tout cas, comme une autorité exécutive²⁵⁷³. Dès lors, on sort du cadre de l'art. 14 LSPr et c'est en réalité l'art. 15 LSPr qui s'applique²⁵⁷⁴.

d. Un régime de surveillance selon l'art. 15 LSPr

Finalement, il y a certes approbation directe du prix par l'OFSP, mais celle-ci s'inscrit dans un système général de surveillance des entités pratiquant l'assurance-maladie sociale (LSAMal) de sorte que toutes les conditions de l'art. 15 LSPr sont remplies.

e. Remarques et synthèse

Ainsi, d'après l'art. 15 LSPr, l'OFSP est compétent en lieu et place du Surveillant des prix qui doit toutefois être informé des appréciations de ce premier. Le Surveillant peut faire des propositions quant à la modification du montant des primes.

Dans l'arrêt du TAF rendu avant l'entrée en vigueur de la LSAMal, on apprend que le Surveillant des prix a, d'une manière tacite, générale et en avance, renoncé à prendre position sur la procédure d'acceptation des primes. Il relève que la Surveillance des prix aurait informé l'OFSP par écrit si elle était arrivée, dans les 20 dernières années, à la conclusion que le contrôle des primes était nécessaire. Faute d'une telle démonstration de volonté, l'OFSP pouvait partir du fait que la surveillance des prix renonce, jusqu'à nouvel ordre, à une activité de recommandation concernant les primes de la LAMal²⁵⁷⁵. A cet égard, le TAF rappelle que le Surveillant des prix est libre, dans un cas concret, de renoncer à prendre position selon les art. 14 et 15 LSPr. En revanche, le fait qu'une autorité ne prenne l'avis ou n'informe la Surveillance des prix seulement lorsque celle-ci a exprimé son intention d'user de sa compétence d'examen est contraire à la LSPr. L'instance précédente devait obligatoirement en-

²⁵⁷² CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 29.

²⁵⁷³ En ce sens aussi, KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 14, N 4 ss.

²⁵⁷⁴ L'art. 14 LSPr est plus spécial que l'art. 15 LSPr. Puisque le premier n'est pas applicable, on retombe sur le second. Cf. CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 15 LSPr, N 15.

²⁵⁷⁵ ATAF 2009/65, c. 2.5.

tendre, à l'époque selon l'art. 14 LSPr, la Surveillance des prix avant de rendre sa décision²⁵⁷⁶.

On déduit de cet arrêt que le Surveillant des prix n'a pas la volonté d'agir dans le domaine de la procédure d'adoption des primes, mais l'OFSP doit tout de même l'informer, aujourd'hui selon l'art. 15 LSPr²⁵⁷⁷.

Une remarque s'impose. Nous avons relevé que tant l'art. 14 que l'art. 15 LSPr prévoient une compétence du Surveillant en cas de prix issus d'un accord ou d'une entreprise puissante sur le marché. Bien que la doctrine propose une interprétation large de ces notions, nous sommes dans une situation où la prime ne devrait pas être fixée par accord entre compagnie d'assurance et il n'est pas évident que l'on retienne une position de puissance sur le marché de l'un ou l'autre assureur. Le TAF, dans son arrêt de 2009, n'examine pas cette condition. En lien avec l'art. 15 LSPr spécialement, la doctrine préconise certes une interprétation large des notions, mais ne va pas jusqu'à admettre explicitement que le fait que le prix soit « surveillé » suffit à justifier la compétence du Surveillant des prix. Il nous paraît, dans ce contexte, cohérent d'admettre que la notification au Surveillant des prix doit avoir lieu même sans accord ou puissance sur le marché, d'autant plus qu'il est difficile pour l'OFSP de déterminer si une compagnie d'assurance est puissante sur un marché. Le fait que le Surveillant des prix ne rende pas de recommandation nous paraît justifié dans la mesure où il s'agit d'un marché avec de nombreux acteurs et la concurrence sur le montant des primes est censée fonctionner. La situation serait toutefois différente si la concentration du marché se confirmait et si le nombre d'acteurs continuait de diminuer ; cela mènerait à une potentielle position de puissance sur le marché, justifiant l'examen du tarif des primes par le Surveillant des prix.

En conclusion, un large devoir d'annonce nous paraît justifié, le Surveillant des prix ayant en revanche la possibilité d'apprécier l'opportunité de prendre position, notamment selon la composition du marché.

²⁵⁷⁶ ATAF 2009/65, c. 2.5 ; WEBER, PüG, Art. 14, N 54. En revanche, comme le Surveillant des prix n'avait pas l'intention de se prononcer, le TAF renonce à renvoyer l'affaire pour entendre le Surveillant.

²⁵⁷⁷ Rappelons qu'avant l'entrée en vigueur de la LSAMaI, l'art. 14 LSPr était applicable. Il devait seulement être averti.

B. Dans l'assurance-maladie complémentaire

Nous nous concentrons à présent sur l'application de la loi sur la surveillance des prix (art. 14 et 15 LSPr) aux primes que paie un assuré pour la couverture relevant de l'assurance-maladie complémentaire.

a. Les conditions d'application

La prime, comme nous l'avons dit, entre dans la définition d'un prix (convenu ou d'une entreprise puissante sur le marché)²⁵⁷⁸.

Selon le texte légal, elle doit être proposée par un accord entre entreprises ou par une entreprise puissante sur le marché. Les remarques proposées pour l'assurance-maladie sociale s'appliquent ; ces notions sont interprétées largement. On admet que l'entreprise doit soumettre la prime au Surveillant des prix, même si les prix ne sont pas proposés par un organisme remplissant les conditions du texte des art. 14 et 15 LSPr.

Il faut alors déterminer si le prix est approuvé par une autorité législative ou exécutive de la Confédération, d'un canton ou d'une commune (art. 14 LSPr) ou surveillé en vertu d'autres prescriptions de droit fédéral (art. 15 LSPr). Dans ce cas elle n'a pas besoin d'être fixée par accord entre entreprise ou par une entreprise en position dominante²⁵⁷⁹.

La doctrine classe la surveillance de l'assurance privée dans les exemples « d'autres régimes de surveillance des prix de droit fédéral » au sens de l'art. 15 LSPr, et ce aussi dans les ouvrages publiés après la refonte du système de surveillance de l'assurance privée. Elle n'en précise cependant pas clairement les raisons²⁵⁸⁰.

Le message de 1984 relatif à la LSPr rangeait également la surveillance dans l'assurance privée comme exemple de cas concerné par l'art. 15 LSPr²⁵⁸¹. Le Conseil fédéral relevait que l'OFAP, à l'époque compétent, exerce une surveillance sur les tarifs des compagnies d'assurance privée

²⁵⁷⁸ Sur ces notions, cf. Section A.a. ci-dessus.

²⁵⁷⁹ CARRON, Concurrence, p. 407 ss avec de nombreuses réf. ; CR Concurrence-BOVET, Intro.LSPr, N 12 s. et 44 ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 14 LSPr, N 16 ; TERCIER, Cartel/Prix, p. 326 s. Pour des nuances, SCHÜRMAN/SCHLUEP, KG & PüG, p. 866 s. En ce sens aussi, LANZ, Preisüberwachung, N 22.

²⁵⁸⁰ Cf. CARRON, Concurrence, p. 421 ; WEBER, PüG, Art. 15 N 12 ; CR Concurrence-BONVIN/SCHALLER, Art. 15 LSPr, N 25 ; KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 15, N 3.

²⁵⁸¹ Mess-LSPr, p. 804.

et que la formation des prix est devenue l'objet d'une surveillance exercée par l'Etat. Très souvent, il s'agit d'empêcher la formation de prix surfaits. Le but de la surveillance peut également consister à s'opposer à des prix très bas qui pourraient mettre en péril l'existence de certaines entreprises d'assurance²⁵⁸². Lors de la révision de la LSPr, il a rappelé que plusieurs lois fédérales prévoient des compétences en matière de prix. Notamment, l'OFAP contrôle les tarifs de primes des sociétés d'assurances privées²⁵⁸³.

Or le système n'est aujourd'hui plus exactement le même. Dans le cadre de la révision de la LSA, le Conseil fédéral voulait, comme mentionné, supprimer le contrôle préventif des produits. Une réserve a toutefois été prévue, notamment pour les tarifs et les conditions générales appliqués en Suisse pour l'assurance-maladie complémentaire²⁵⁸⁴ : une entreprise d'assurance qui désire obtenir l'agrément pour la branche assurance-maladie complémentaire doit présenter une demande à la FINMA accompagnée du plan d'exploitation qui doit notamment contenir le montant des primes (art. 4 al. 1 et al. 2 let. r LSA). Chaque modification du montant de ladite prime doit être soumise à la FINMA pour acceptation avant sa réalisation (art. 5 al. 1 LSA). Lors de son examen, la FINMA s'assure que les primes restent dans les limites qui garantissent la solvabilité des entreprises d'assurance et la protection des assurés contre les abus (art. 38 LSA²⁵⁸⁵)²⁵⁸⁶. Elle vérifie que les primes sont calculées en vertu de principes raisonnables et qu'il existe un rapport raisonnable entre la prime, le risque couvert et la promesse de prestations en cas de réalisation du risque²⁵⁸⁷.

²⁵⁸² Mess-LSPr, p. 804 s.

²⁵⁸³ Mess-rév.LSPr-1989, p. 98.

²⁵⁸⁴ Cf. pour les travaux préparatoires, Mess-LSA, 3391 ; BRUNNER, Konsumentenschutz, p. 132.

²⁵⁸⁵ Cet article reprend l'ancien art. 20 de la LSA de 1978, raison pour laquelle la décision de la Comco et de la CoRe concernant les tarifs dans le canton d'Argovie peut être reprise.

²⁵⁸⁶ Cf. FINMA, Fiche d'information – La FINMA et l'assurance-maladie complémentaire, p. 1, <<https://www.finma.ch/fr/autorisation/assurances/nouvelle-autorisation/assurance-maladie/>>.

²⁵⁸⁷ Se référant à l'ancienne législation, cf. Comco, DPC 2001/4, p. 645, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, ch. 42. Mais l'ancien art. 20 de la LSA de 1978 est repris dans l'actuel LSA.

On remarque que la loi parle d'« approbation ». C'est en réalité l'art. 14 LSPr qui traite des cas de fixation et d'approbation de tarifs. L'art. 15 LSPr, quant à lui, use seulement du terme surveillance. Toutefois, un autre élément nous permet facilement de trancher. L'autorité chargée du contrôle est la FINMA. L'art. 14 LSPr vise les autorités législatives et exécutives. Comme évoqué, le fait que l'autorité exécutive porte une responsabilité politique est décisif²⁵⁸⁸. La FINMA est une autorité indépendante organisée sous la forme d'un établissement de droit public et n'est donc ni une autorité législative ni une autorité exécutive au sens de cette définition.

Ainsi, le contrôle exercé par la FINMA relève de l'art. 15 LSPr. La prime, à savoir un prix « surveillé », est soumise à la surveillance de la FINMA en vertu de la LSA qui constitue « une autre prescription de droit fédéral »²⁵⁸⁹. La FINMA agit selon la LSPr si c'est compatible avec les objectifs visés par son régime de surveillance (à savoir les critères de fixation des prix des art. 12 et 13 LSPr)²⁵⁹⁰. Elle apprécie le prix en lieu et place du Surveillant des prix, mais doit l'informer et ce dernier peut proposer un changement de prix²⁵⁹¹.

b. Remarques et synthèse

Tout d'abord, les conséquences de la distinction entre l'art. 14 et l'art. 15 LSPr ne sont plus trop importantes aujourd'hui ; le contrôle du Surveillant, qu'il se fonde sur l'art. 14 ou 15 LSPr, est globalement identique. La révision de la LSPr a introduit, pour les prix soumis à surveillance, le droit de recommandation du Surveillant des prix, ce qui correspond pour l'essentiel à la disposition de l'art. 14 al. 1 LSPr. Elle a également prévu l'obligation, pour l'autorité de surveillance, d'alerter le Surveillant des prix d'appréciations de prix auxquelles elle procède, ainsi que le droit de celui-ci de proposer de renoncer en tout ou partie à l'augmentation de prix ou d'abaisser le prix maintenu abusivement. Par analogie avec l'art. 14 al. 2 LSPr, l'autorité compétente au sens de l'art. 15 al. 2 LSPr mentionne

²⁵⁸⁸ Cf. ci-dessus ainsi que KÜNZLER/ZÄCH, PüG ad Art. 14 N 4 ss.

²⁵⁸⁹ Cf. art. 15 al. 1 LSPr.

²⁵⁹⁰ Art. 15 al. 2 LSPr. Cf. en général, WEBER, PüG, Art. 15 N 18.

²⁵⁹¹ Art. 15 al. 2^{bis} LSPr. Cf. en général, WEBER, PüG, Art. 15 N 19.

l'avis du Surveillant des prix dans sa décision. Si elle s'en écarte, elle s'en explique²⁵⁹².

Une différence existe cependant entre les deux régimes en lien avec l'obligation d'alerter le Surveillant. Selon l'art. 14 LSPr, l'autorité doit « prendre l'avis » du Surveillant. L'art. 15 LSPr prévoit que l'autorité doit « informer » le Surveillant. Le complément ajouté par le législateur (art. 15 al. 2^{bis} LSPr) n'est donc pas identique au système prévu à l'art. 14 LSPr, ce qui n'est pas judicieux selon WEBER. En effet, ce n'est pas toujours clair de savoir si l'on est dans une surveillance des prix prévue par une autre loi selon l'art. 15 ou s'il s'agit d'un prix administré selon l'art. 14 LSPr.²⁵⁹³ Certains auteurs proposent donc un rapprochement des deux dispositions. On notera que, bien que les termes utilisés ne soient pas identiques et que l'art. 15 soit littéralement moins contraignant, il est difficile de déterminer une différence en pratique²⁵⁹⁴, ce qui diminue la portée de ce débat.

Relevons ensuite que l'on trouve mention du domaine de l'assurance-maladie complémentaire dans le rapport annuel du Surveillant des prix. Il y explique que la révision du financement des hôpitaux a eu des effets positifs sur les primes de l'assurance complémentaire d'hospitalisation (les primes ont été allégées de 240 millions en 2014). De plus, la FINMA a examiné les primes de l'assurance complémentaire et a exigé certaines corrections. En effet, le Surveillant avait demandé expressément à la FINMA d'exercer son rôle d'autorité de surveillance des prix et de porter un œil critique sur les primes ainsi que d'intervenir en cas de besoin²⁵⁹⁵.

En guise de synthèse, la surveillance de l'assurance privée, y compris de l'assurance-maladie complémentaire, est exercée par la FINMA. Le Surveillant des prix doit être informé des changements de primes, mais n'a qu'un droit de recommandation conformément à l'art. 15 al. 2^{bis} LSPr.

²⁵⁹² Mess-rév.LSPr-1989, p. 103. Cf. aussi. WEBER, PüG, Art. 14 N 49 ss et 15 N 18 ss.

²⁵⁹³ WEBER, PüG, Art. 15 N 3.

²⁵⁹⁴ WEBER, PüG, Art. 15 N 15.

²⁵⁹⁵ Surveillant des prix, DPC 2013/5, p. 913, *Rapport annuel*, p. 915.

Chapitre 4 : L'APPLICATION DE LA LCD ET LES ASSUREURS

Dans le présent chapitre, nous examinons l'application de la LCD aux compagnies d'assurance qui pratiquent l'assurance-maladie de base et à celles qui pratiquent l'assurance-maladie complémentaire. Nous analysons dans un premier temps les conditions d'application de la LCD (I-III). Nous déterminons dans un second temps qui a la possibilité d'ouvrir une action s'il est atteint ou potentiellement atteint par un acte de concurrence déloyale contraire à la loi (IV).

I. LE CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL

A. Les compagnies pratiquant l'assurance-maladie sociale

Déterminons si les assureurs-maladie pratiquant l'assurance de base participent au marché et si leur comportement a ou peut avoir des répercussions sur la concurrence²⁵⁹⁶. Les caisses-maladie disposent d'un certain monopole et sont détentrices de la puissance publique, mais seulement dans une partie de leur relation avec les assurés²⁵⁹⁷. La relation assureur-assuré est imprégnée par l'Etat, la caisse-maladie s'est vu déléguer un pouvoir relevant de la puissance publique. Lorsqu'elle exerce dans ce cadre, elle doit toutefois s'en tenir à ce qui est nécessaire à son activité. Un comportement sortant du cadre de son activité telle que régie en premier lieu par la LAMal peut constituer un comportement contraire à la LCD, conformément aux principes que nous avons développés en lien avec la question de l'application de la LCD à l'Etat²⁵⁹⁸. En outre, et ceci est également déterminant, les assureurs-maladie pratiquant l'AOS agissent sur un marché et sont en concurrence. Il n'est plus ici question de l'usage de la puissance publique. Dans ce contexte, ils participent au mar-

²⁵⁹⁶ Cf. Première Partie, Chap. 6.I.B et II. (champ d'application de la LCD) et référence not. à CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, Intro. gén., N 120 et art. 1 N 30 ss. Voir aussi SCHOTT, Wettbewerb, N 848 ; PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, UWG, N 1.62 ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 29.

²⁵⁹⁷ Art. 80 et 85 LAMal, 51 LPGa : l'assureur rend une décision d'octroi des prestations.

²⁵⁹⁸ Cf. Première Partie, Chap. 6.I.B.c.

ché et doivent respecter la LCD²⁵⁹⁹. Sous réserve des problèmes de procédure, la violation peut aussi émaner d'un groupe d'assureurs²⁶⁰⁰.

B. Les compagnies pratiquant l'assurance-maladie complémentaire

Les assureurs proposant des assurances-maladie complémentaires sont actifs sur un marché et en concurrence. Ils doivent donc respecter les exigences de la LCD²⁶⁰¹, et ce aussi lorsqu'ils se regroupent, par exemple en une association.

C. Les tiers

L'acte peut aussi provenir d'un tiers, comme un média par exemple. Ceux-ci sont liés par les exigences de la LCD, les informations diffusées doivent être objectives²⁶⁰².

Le courtier en assurance est indépendant des compagnies d'assurance, même s'il est lié avec une ou certaines d'entre elles (courtier mandataire, pseudo courtier)²⁶⁰³. Il n'est pas un simple employé, comme un agent d'assurance²⁶⁰⁴. Il est soumis aux exigences de la LCD et peut être l'auteur d'un comportement déloyal²⁶⁰⁵.

Notons en revanche que l'employé d'assurance qui, par son fait personnel, comme un acte de concurrence déloyale engage sa responsabilité, mais aussi celle de l'entreprise pour laquelle il travaille, en vertu et con-

²⁵⁹⁹ Cf. implicitement, dans la mesure où l'application de la LCD est examinée, ATF 132 III 414 (fr) ; TF, arrêt 4A_230/2010 du 12 juillet 2010, c. 4.1 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 3 let. e, N 12 ; NUSSBAUMER, Tiers payant, p. 331 ss.

²⁶⁰⁰ Pour un exemple, Cour de Justice de Genève, Chambre du Conseil, DPC 1997/1, p. 72, *Caisse maladie, exclusion de clinique*.

²⁶⁰¹ Cour de Justice de Genève, Chambre du Conseil, DPC 1997/1, p. 72, *Caisse maladie, exclusion de clinique*, c. 7.

²⁶⁰² Pour un exemple dans le domaine de la pharmaceutique, ATF 124 III 72, c. 2.b.bb, JdT 1998 I 329.

²⁶⁰³ BRULHART, Assurances privées, N 313 ss. Sur la qualification juridique des relations nouées par le pseudo courtier, cf. N 314. Il n'est pas question ici d'entrer dans les débats doctrinaux.

²⁶⁰⁴ BRULHART, Assurances privées, N 306 ss.

²⁶⁰⁵ En ce sens, Handelsgericht St. Gallen, arrêt HG.2009.213-HGP du 28 janvier 2010, sic ! 2011, 123.

formément aux art. 9 et 11 LCD²⁶⁰⁶. Plus précisément, l'art. 11 LCD prévoit que lorsque l'acte de concurrence déloyale a été commis par un travailleur ou par un autre auxiliaire dans l'accomplissement de son travail, les actions en interdiction, cessation ou constatation, prévues à l'art. 9 al. 1 LCD, ainsi qu'en rectification, communication ou publication du jugement, prévue à l'art. 9 al. 2 LCD, peuvent également être intentées contre l'employeur²⁶⁰⁷. Si le lésé entend ouvrir une action en dommages et intérêts, il doit toutefois se fonder sur l'art. 55 CO²⁶⁰⁸, par renvoi de l'art. 9 al. 3 LCD²⁶⁰⁹.

II. LE CHAMP D'APPLICATION MATÉRIEL

La LCD vise les comportements qui constituent un acte de concurrence, c'est-à-dire qui aboutissent objectivement à un impact (même abstrait) sur les relations de concurrence²⁶¹⁰. Il faudra, dans un cas litigieux, le vérifier. Nous proposons ici de nous pencher plus brièvement sur les principales dispositions matérielles potentiellement applicables.

A. L'art. 3 LCD

On peut imaginer un cas de dénigrement (art. 3 al. 1 let. a LCD) d'une caisse-maladie par une autre caisse-maladie²⁶¹¹ ou d'un courtier par un autre courtier²⁶¹².

²⁶⁰⁶ Cf. sur le comportement des employés, CR LCD-FORNAGE, Art. 11, N 2 s. et 5 ss.

²⁶⁰⁷ CR LCD-FORNAGE, Art. 11, N 2 ss.

²⁶⁰⁸ Pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, il faut que les conditions générales de l'art. 41 CO soient remplies (préjudice, lien de causalité entre l'acte illicite de l'auxiliaire et le défaut de diligence de l'employeur). Il faut ensuite que les conditions spécifiques de l'art. 55 CO soit remplies (l'existence d'un employeur et d'un auxiliaire, un acte illicite de l'auxiliaire dans l'accomplissement de son travail et l'absence de preuve libératoires). Cf. CR CO I-WERRO, Art. 55, N 5 ss ; BSK OR I-KESSLER, Art. 55 CO, N 6 ss.

²⁶⁰⁹ CR LCD-FORNAGE, Art. 11, N 5.

²⁶¹⁰ ATF 126 III 198, c. 2 (fr) ; ATF 120 II 76, c. 3a, JdT 1994 I 365 ; SHK UWG-JUNG, Einleitung, N 2 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 1, N 18 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 21 N 96 ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 104. Cf. aussi DAVID/JACOBS, Wettbewerbsrecht, N 23 s. ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 9.

²⁶¹¹ Cette situation est envisagée dans l'ATF 132 III 414, c. 4.1.5 (fr) ; la LCD est invoquée contre un groupe d'assureurs et une société exploitant des pharmacies. Cf. aussi

On peut concevoir ensuite un cas de tromperie de l'assuré par des indications inexactes ou fallacieuses émanant de l'assureur, par exemple sur lui-même, son entreprise, ses prestations ou ses prix (art. 3 al. 1 let. b LCD)²⁶¹³ par le biais d'une publicité ou d'un autre moyen. Un courtier en assurance peut aussi être l'auteur d'un tel comportement²⁶¹⁴.

Si une personne, comme un prétendu courtier, emploie une dénomination professionnelle inexacte, de nature à faire croire à des distinctions ou capacités particulières, l'art. 3 al. 1 let. c LCD lui est opposable.

Une compagnie d'assurance ou un courtier peut se rendre coupable d'un risque de confusion au sens de l'art. 3 al. 1 let. d LCD, notamment en créant un logo proche de celui d'un concurrent.

On peut encore penser à des comparaisons inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes, dans les médias voire par le biais d'une publicité, par exemple lorsque des primes d'assurance sont comparées, mais entre une assurance avec une franchise basse et l'autre avec une haute franchise²⁶¹⁵ (art. 3 al. 1 let. e LCD). Cette violation de la LCD peut aussi être comise par un courtier²⁶¹⁶.

Dans le contexte des compagnies d'assurance, on peut aussi considérer les let. f et g de l'art. 3 al. 1 LCD qui nous pousseraient à examiner en détail les offres réitérées d'une assurance au-dessous du prix coûtant ou l'octroi de prime qui trompe la clientèle sur la valeur effective de son offre.

Cour de Justice de Genève, Chambre du Conseil, DPC 1997/1, p. 72, *Caisse maladie, exclusion de clinique*, c. 7b.

²⁶¹² Handelsgericht St. Gallen, arrêt HG.2009.213-HGP du 28 janvier 2010, sic ! 2011, 123, c. III.1

²⁶¹³ Cette situation est envisagée dans l'ATF 132 III 414, c. 4.1 (fr). La LCD est invoquée contre un groupe d'assureurs et une société exploitant des pharmacies, la convention tarifaire mentionnée dans leur publicité n'en serait pas une.

²⁶¹⁴ Handelsgericht St. Gallen, arrêt HG.2009.213-HGP du 28 janvier 2010, sic ! 2011, 123, c. III.2.

²⁶¹⁵ TF, arrêt 4A_230/2010 du 12.7.2010, c. 4.1 ; HEIZMANN, UWG ad Art. 3 let. e, N 12. Pour un autre exemple où l'art. 3 al. 1 let. e LCD est examiné, ATF 132 III 414, c. 4.2 (fr) ; la LCD est invoquée contre une groupe d'assureurs et une société exploitant des pharmacies.

²⁶¹⁶ Handelsgericht St. Gallen, arrêt HG.2009.213-HGP du 28 janvier 2010, sic ! 2011, 123, c. III.3.

Une compagnie d'assurance ou un courtier peut également se comporter de manière contraire à l'art. 3 al. 1 let. h LCD s'il use de méthodes de vente particulièrement agressives²⁶¹⁷.

B. L'art. 8 LCD

Il a été discuté d'adopter une règle spéciale concernant l'usage abusif de conditions générales dans la loi sur le contrat d'assurance, mais cela n'a pas abouti²⁶¹⁸. Le contrôle de ces clauses peut donc se faire par le biais du principe général de la clause insolite²⁶¹⁹, ou par la règle spéciale de l'art. 8 LCD²⁶²⁰. Qu'en est-il de l'application de l'art. 8 LCD ? Celui-ci pose certaines conditions : l'utilisation de conditions commerciales (ou générales) ; au détriment du consommateur ; une disproportion entre droits et obligations découlant du contrat ; l'absence de justification ; la contradiction aux règles de la bonne foi²⁶²¹. L'interprétation de ces différentes notions est discutée en doctrine. Les conditions problématiques et pouvant être examinées de manière abstraite sont au nombre de deux (l'existence d'un consommateur et l'utilisation de conditions commerciale dans un cadre contractuel). Enfin, nous examinons s'il est possible de retenir une disproportion entre droits et obligations en défaveur du consommateur

²⁶¹⁷ Une éventuelle violation de l'art. 3 al. 1 let. h LCD est examinée dans l'ATF 132 III 414, c. 4.3 (fr).

²⁶¹⁸ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 7, N 113. Cf. aussi sur la volonté d'une règle générale dans le CO, FUHRER, Konsumentenschutz, p. 148 ; BRUNNER, Konsumentenschutz, p. 136 ; PICHONNAZ/FORNAGE, 8 LCD, p. 286. Cf. aussi COTTI, Rapporteur, BO CN 1985 814 ; JAGGI, BO CN 1985 818 ; SOMMARUGA, Conseillère fédérale, BO CN 2011 220.

²⁶¹⁹ Cf. CR LCD-PICHONNAZ, Art. 7, N 101. De manière générale sont insolites les clauses qui modifient l'équilibre contractuel initial, comme une clause qui permet à un assureur de modifier unilatéralement les primes d'assurance sans droit de résiliation de l'assuré. Cf. ATF 135 III 225, JdT 2009 I 475 ; ATF 135 III 1, JdT 2011 II 516. Est insolite une clause qui permet à l'assureur de réduire de moitié les indemnités journalières dues en cas de maladie psychique, ATF 138 III 411, c. 3, JdT 2013 II 163 et JdT 2014 II 459 ; KOLLER, AGB Recht, p. 284. Pour d'autres éléments, SCHAEER, Versicherungsrecht, § 9 N 52.

²⁶²⁰ L'art. 8 LCD étant plus spécial, il faut dans un cas concret l'examiner en premier. S'il ne s'applique pas, on peut alors retomber sur le principe de la clause insolite. CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 93 ss.

²⁶²¹ Cf. CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 118 ss ; SHK UWG-PROBST, Art. 8, N 233 ss ; KUONEN, Contrôle, p. 4 ss.

alors que la FINMA, respectivement l'OFSP, approuve les conditions générales d'assurance.

a. Un consommateur

La personne physique qui conclut une assurance – qu'elle soit régie par la LAMal ou la LCA – peut, selon nous, être qualifiée de consommateur. En effet, l'assuré est une personne physique qui achète une prestation de services à des fins qui ne sont pas – en tout cas de manière prépondérante – en rapport avec son activité commerciale ou professionnelle²⁶²². Le fait que l'assurance-maladie de base soit obligatoire n'y change à notre avis rien. La définition du consommateur est large.

Qu'en est-il si l'assurance indemnités journalières ou complémentaire est conclue par l'employeur ? Une entreprise ou une PME, en tant que personnes morales, ne sont pas considérés comme des consommateurs et ne peuvent se prévaloir de la protection de l'art. 8 LCD²⁶²³. Cela signifie que l'art. 8 LCD n'est pas applicable aux conditions générales intégrées à un contrat d'assurance indemnités journalières selon la LAMal ou la LCA s'il est conclu par l'employeur, qui est le preneur d'assurance²⁶²⁴. La question est plus délicate lorsque l'employé se voit attribuer un droit direct envers la compagnie d'assurance. Toutefois, le législateur a expressément exclu les PME du champ d'application de la LCD et ce même si elles « constituent la partie faible et (...) se trouvent dans une situation comparable à celles des consommateurs »²⁶²⁵. Dans ce contexte, il nous paraît difficile d'admettre l'application de l'art. 8 LCD. Cela est toutefois, et selon nous, regrettable, d'autant plus que les CGA intégrées à un contrat d'assurance indemnités journalières collective (LCA) ne sont pas approu-

²⁶²² Cf. Première Partie, Chap. 6.V.D.b. NUSSBAUMER, Tiers payant, p. 332. Sur la qualification de l'assuré comme consommateur, cf. aussi DREIFUSS, BO CN 1993 1860.

²⁶²³ Cf. Première Partie, Chap. 6.V.D.b. et réf., not. DUPONT, Art. 8 LCD, p. 111.

²⁶²⁴ La question est plus délicate lorsque l'employé se voit attribuer un droit direct envers la compagnie d'assurance. Toutefois, le législateur a expressément exclu les PME du champ d'application de la LCD et ce même si elles « constituent la partie faible et (...) se trouvent dans une situation comparable à celles des consommateurs » (Mess-rév.LCD, p. 5561). Dans ce contexte, il nous paraît difficile d'admettre l'application de l'art. 8 LCD. Cela est toutefois, et selon nous, regrettable, d'autant plus que de telles CGA ne sont pas approuvées par la FINMA et échappent ainsi à tout contrôle, et ce au détriment du consommateur.

²⁶²⁵ Mess-rév.LCD, p. 5561.

vée par la FINMA²⁶²⁶ et échappent ainsi à tout contrôle, et ce au détriment du consommateur/assuré.

Notons qu'une partie de la doctrine réserve le cas où la personne morale ne poursuit pas de but commercial ; cette dernière pourrait être considérée comme un consommateur²⁶²⁷. Le TF n'a, à notre connaissance, pas tranché la question.

b. Des conditions commerciales dans un cadre contractuel

(i) L'assurance-maladie complémentaire

Les conditions générales d'assurance (privée, complémentaire) sont un exemple typique donné lors de la définition de ce que sont des conditions générales²⁶²⁸. Il s'agit de clauses pré-formulées qui ne sont pas négociables et utilisées de manière répétée par l'assureur²⁶²⁹.

La relation entre l'assureur et l'assuré est contractuelle. Les contrats d'assurance sont des contrats de masse où l'usage de conditions générales est très fréquent²⁶³⁰. Dans ce contexte, cette condition est remplie²⁶³¹.

Toutefois, d'autres lois sont applicables. Les conditions générales doivent être conformes aux dispositions impératives de la LCA (art. 3 et 35) qui restreignent ou excluent leur application : l'art. 3 al. 1 et 2 LCA impose à l'assureur de renseigner le preneur d'assurance au sujet des conditions générales, avant la conclusion du contrat. En cas de révision des conditions générales pendant la durée du contrat, l'art. 35 LCA offre la possibilité au preneur d'assurance d'exiger de continuer le contrat aux conditions nouvelles. Ensuite, la LSA impose aux entreprises souhaitant accéder à l'activité d'assurance d'en faire la demande à la FINMA (art. 3 al. 1 LSA). Pour l'assurance-maladie complémentaire, dont fait partie

²⁶²⁶ ATAF 2007/50, c. 2 ; FINMA, Circulaire Assurance-maladie, N 5 s.

²⁶²⁷ Cf. Première Partie, Chap. 6.V.D.b. et réf., not. CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 130.

²⁶²⁸ Voir par exemple, BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8, N 2 ; CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 3.

²⁶²⁹ Cf. sur ces conditions, KUONEN, Conditions générales, p. 4 s.

²⁶³⁰ CR LCD-PICHONNAZ, Art. 8, N 3, 20 s. ; BRULHART, Assurances privées, N 367 ss.

²⁶³¹ Cf. p. ex. ATF 135 III 225, c. 1, JdT 2009 I 475 ; ATF 119 II 443, SJ 1994 637. Les conditions générales ont ici été examinées au regard de la clause de l'insolite (avant la révision de l'art. 8 LCD).

l'assurance indemnités journalières individuelle²⁶³², la requête doit être, entre autres, accompagnée des conditions générales (art. 4 al. 2 let. r LSA)²⁶³³. Est-ce que cela laisse la place à la LCD ? Par un raisonnement similaire à celui tenu par le TF lors de l'examen du règlement d'une caisse-maladie pour un modèle alternatif d'assurance (présenté ci-dessous)²⁶³⁴, on retient que l'approbation par la FINMA ne remet pas en cause la qualification en tant que conditions générales.

Notons que le courtier en assurance n'est pas lié par le contrat d'assurance avec l'assuré. Il ne peut être tenu responsable de conditions générales d'assurance abusives de l'assureur. En revanche, il est lié contractuellement avec l'assuré, en général par un contrat de mandat²⁶³⁵. S'il use, dans ce cadre, de conditions générales, il est soumis à l'art. 8 LCD.

(ii) L'assurance-maladie sociale

Dans l'assurance-maladie, l'autorité d'approbation est l'OFSP²⁶³⁶. L'assureur doit déposer une demande d'autorisation accompagnée du plan d'exploitation qui contient les dispositions sur les formes particulières d'assurance obligatoire des soins et sur l'assurance facultative d'indemnités journalières, ainsi que les conditions générales d'assurance²⁶³⁷ et lui soumettre les modifications²⁶³⁸.

Dans l'assurance obligatoire des soins, la relation d'assurance et les prestations sont principalement régies par la loi et par des décisions²⁶³⁹, et il n'y a que peu de marge de manœuvre possible pour les assureurs. Dans ce contexte, les règlements d'assurance ne font, en général, que reprendre la loi et les ordonnances ; on voit mal de quelle manière ils pourraient poser problème au regard de l'art. 8 LCD. Dès lors, la qualification du règlement d'assurance comme conditions générales n'a pas besoin d'être examinée, dans la mesure où l'on ne retient pas de relation contractuelle.

²⁶³² FINMA, Circulaire assurance-maladie, N 5 s. En ce sens, ATAF 2007/50, c. 2.

²⁶³³ Cf. CR LCD-PICHONNAZ, Art. 7, N 68 ss.

²⁶³⁴ ATF 141 V 546 (fr).

²⁶³⁵ BRULHART, Assurances privées, N 313 ; FINMA, Circulaire assurance-maladie, N 5 s.

²⁶³⁶ Art. 56 LSAMal.

²⁶³⁷ Art. 7 al. 2 let. N LSAMal.

²⁶³⁸ Art. 8 al. 1 LSAMal.

²⁶³⁹ Sur cette question, Chap. 2.IV.e.i de la présente Partie et réf.

En revanche, de telles clauses sont souvent utilisées en lien avec les modèles alternatifs d'assurance et une marge de manœuvre est laissée aux assureurs. Dans ce contexte, comment qualifier ces conditions générales soumises à approbation ? Un arrêt rendu par le Tribunal fédéral²⁶⁴⁰ est à cet égard particulièrement intéressant. Une assurance (SA) pratiquant l'assurance-maladie sociale propose des modèles d'assurance alternatifs. Les prestations proposées sur la base de ces modèles ont fait l'objet de deux règlements approuvés par l'OFSP. L'assuré qui conclut une assurance selon le modèle « médecin de famille » choisit un médecin sur une liste et s'engage à s'adresser au préalable à celui-ci avant qu'un traitement médical ne soit prodigué par un autre fournisseur de prestations. La prise en charge a lieu selon le système du tiers payant, conformément à ce que prévoit la convention Tarmed. Si le patient ne respecte pas son obligation, il devra prendre en charge les frais du traitement. Des patients ayant contracté ce modèle ont été soignés au CHUV, sans avoir consulté leur médecin auparavant. L'assurance refuse de payer le CHUV. Selon le TF, l'assureur ne peut utiliser son règlement pour ne pas payer le fournisseur de prestations. En effet, le système du tiers payant est une reprise de dette de l'assuré par l'assureur. Ce dernier ne peut pas opposer aux tiers une violation du contrat²⁶⁴¹. En revanche, rien n'empêche que l'assureur se retourne contre son assuré²⁶⁴². Le tribunal précise que les règlements sont des conditions générales entre particuliers, malgré le fait qu'ils soient adoptés par une caisse-maladie qui, dans certaines circonstances, agit en tant qu'organe qui exécute des tâches de droit public et malgré l'approbation annuelle de l'OFSP. On se trouve dans une relation contractuelle qui lie une caisse-maladie à un assuré. L'approbation n'en fait pas des règlements de droit public et, contrairement à des règlements de droit public, ils ne déploient pas leurs effets à l'égard du fournisseur de prestations²⁶⁴³.

Dans ce contexte, puisque l'on retient des conditions générales, il faut se demander si l'art. 8 LCD s'applique. NUSSBAUMER, qui a commenté cet arrêt, estime que cette disposition est opposable à l'assureur et, dans ce

²⁶⁴⁰ ATF 141 V 546 (fr). Cet arrêt a été commenté par la doctrine, cf. NUSSBAUMER, Tiers payant ; GEISSBÜHLER, CHUV.

²⁶⁴¹ ATF 141 V 546, c. 6.2.1 (fr).

²⁶⁴² ATF 141 V 546, c. 6.2.2 (fr).

²⁶⁴³ ATF 141 V 546, c. 3.1 et 6.3 (fr).

contexte, que les conditions générales prévoient une disproportion notable et injustifiée entre droits et obligations découlant du contrat (dans la mesure où l'assuré perd tout droit à remboursement suite à la violation d'une obligation contractuelle accessoire)²⁶⁴⁴. Cependant, cette solution n'est, selon nous, pas si évidente. En effet, la II^e Cour de droit social a qualifié de contractuelle la relation entre l'assureur et l'assuré²⁶⁴⁵ et de conditions générales les règlements d'assurance. Toutefois, elle ne précise à aucun moment si cette relation relève du droit privé ou du droit public. Or, nous sommes dans le cadre de l'assurance-maladie obligatoire. Nous avons établi ci-avant que la relation contractuelle issue du contrat prévoyant un modèle alternatif relève en réalité du droit public²⁶⁴⁶. La LCD, quant à elle, est principalement une loi de droit privé. L'application de l'art. 8 LCD à un contrat de droit public contenant des conditions générales ne peut être décidée sans retenue.

Ce raisonnement vaut également pour la conclusion d'une assurance facultative d'indemnités journalières selon la LAMal, pour autant qu'elle soit conclue individuellement ; la relation entre l'assureur et l'assuré est également un contrat de droit public.

c. Une disproportion entre droits et obligations en défaveur du consommateur

En principe, la condition de la disproportion entre droits et obligations en défaveur du consommateur doit être examinée dans le cas d'espèce, à l'aune de ce que prévoient les conditions générales²⁶⁴⁷. Toutefois, nous avons précisé que l'OFSP et la FINMA examinent et approuvent les conditions générales d'assurance. Peut-on dès lors envisager une disproportion, même en cas d'approbation ?

²⁶⁴⁴ NUSSBAUMER, Tiers payant, p. 331.

²⁶⁴⁵ En doctrine, SCHAEER, *Versicherungsrecht*, § 10 N 6 qualifie également la relation entre l'assureur et l'assuré de contrat de droit public, lorsqu'un modèle alternatif d'assurance est choisi.

²⁶⁴⁶ Cf. Chap. 2.IV.A.e.i de la présente Partie.

²⁶⁴⁷ Il y a disproportion si la répartition diverge du résultat qui découlerait de l'application des dispositions légales et ce avec un degré de gravité suffisant. Il en découle une atteinte sensible à l'équilibre contractuel. BRULHART, *Assurances privées*, N 396.

(i) L'assurance-maladie complémentaire

Au cours de la procédure d'approbation au sens de l'art. 4 al. 2 let. r LSA, la FINMA vérifie notamment que les conditions générales des assurances-maladie complémentaires respectent le droit suisse en matière d'assurance privée. En parallèle, l'art. 46 al. 1 LSA attribue diverses tâches à la FINMA. Elle doit notamment veiller au respect de la législation sur la surveillance et du droit en matière d'assurance (let. a), s'assurer que les entreprises d'assurance offrent la garantie d'une activité irréprochable (let. b), protéger les assurés contre les abus commis par des entreprises d'assurance (let. f) et intervenir quand il se crée une situation susceptible de porter préjudice aux assurés ou aux consommateurs (let. g). L'art. 117 OS précise que constituent des abus au sens de l'art. 46 al. 1 let. f LSA les préjudices portés aux personnes assurées ou aux ayants droit, lorsqu'ils se sont produits à plusieurs reprises ou sont de nature à se reproduire, ou qu'ils pourraient toucher un grand nombre de personnes, notamment : un comportement de l'entreprise d'assurance qui est de nature à porter un préjudice important à l'assuré ou à l'ayant droit (let. a) ; l'utilisation de dispositions contractuelles violant des normes impératives de la loi sur le contrat d'assurance ou des normes impératives d'autres actes législatifs applicables au contrat (let. b) et l'utilisation de dispositions contractuelles qui prévoient une répartition des droits et des obligations s'écartant fortement de la nature du contrat (let. c). Dès lors, la FINMA devra vérifier que les conditions générales ne contiennent pas de dispositions abusives ou que le texte est compréhensible et non équivoque.

L'art. 8 LCD est également applicable aux conditions générales d'assurance des assurances privées. Toutefois, étant donné que la LSA oblige la FINMA à intervenir pour la protection des assurés contre les abus, l'art. 8 LCD n'a pas, à notre sens, une portée indépendante qui irait au-delà des exigences stipulées dans le droit de surveillance. Nous retenons qu'une action reste possible et que le juge civil n'est pas lié par

l'approbation de la FINMA²⁶⁴⁸. Toutefois, il nous semble peu probable que ce dernier arrive, dans un cas concret, à la conclusion que la condition de la disproportion soit remplie, en tout cas si la FINMA a agi selon ce que lui impose la loi.

(ii) L'assurance-maladie sociale

Le raisonnement est similaire pour les contrats d'assurance alternative et facultative individuelle d'indemnités journalières au sens de la LAMal. Toute modification des conditions d'assurance ou des dispositions relatives aux formes particulières d'assurance est approuvée par l'autorité de surveillance²⁶⁴⁹, afin de garantir la protection des droits des assurés²⁶⁵⁰. Dans ce contexte, l'OFSP est lié par les tâches que lui attribue la LSAMal, à savoir notamment protéger les assurés contre les abus (art. 34 al. 1 let. e LSAMal). L'art. 61 al. 2 OSAMal précise cela : constituent des abus au sens de l'art. 34 al. 1 let. e LSAMal, le préjudice répété porté à un assuré (let. a), le préjudice porté à un assuré par une inégalité de traitement importante et juridiquement ou actuariellement injustifiable (let. b) et le préjudice systématique porté à un groupe d'assurés (let. c). Cette disposition vise la protection contre les abus dans les rapports entre assurés et assureurs et se fonde sur l'art. 117 al. 1 et 2 OS²⁶⁵¹. Dans ce contexte, l'OFSP ne devrait donner son approbation à des conditions générales qui prévoient une disproportion entre droits et obligations en défaveur de l'assuré. Toutefois, un assuré²⁶⁵² qui conteste une clause qu'il juge abusive doit le faire, non pas devant le juge civil, mais devant le tribunal compétent en matière d'assurance sociale, selon le droit cantonal²⁶⁵³. Ce dernier devrait, selon nous, examiner les dispositions de la LAMal, de

²⁶⁴⁸ Principes de la séparation des pouvoirs ainsi que de l'indépendance des autorités judiciaires. Cf. art. 191c Cst. en lien avec 30 Cst. Sur la séparation des pouvoirs, MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *Droit administratif I*, p. 393 ss, spé. 506 ss. Sur l'indépendance des autorités judiciaires, RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, *Verfassungsrrecht*, N 2876 ss.

²⁶⁴⁹ Art. 7 al. 2 let. N et art. 8 LSAMal.

²⁶⁵⁰ Mess-LSAMal, p. 1743.

²⁶⁵¹ OFSP, OSAMal, p. 31.

²⁶⁵² Notons que l'assureur qui conteste le refus de l'autorisation ou le retrait de celle-ci peut recourir contre la décision. Cf. not. ATF 130 V 196 (fr) ; ATF 125 V 80 (n.t.). Le TF examine la conformité de la décision au droit fédéral.

²⁶⁵³ Cf. art. 57 LPGA.

l'OAMal, de la LSAMal et de l'OSAMal²⁶⁵⁴. De plus, un contrat de droit administratif doit respecter certaines exigences ; les prestations et contre-prestations doivent notamment être dans un rapport objectif et pertinent ainsi que proportionné²⁶⁵⁵. Dans ce contexte, le juge pourrait s'inspirer de la LCD ; il ne peut en revanche pas l'appliquer directement²⁶⁵⁶.

Rappelons que dans l'assurance obligatoire des soins, qui n'est pas régie par un contrat, les règlements d'assurance ne font que reprendre la loi et les ordonnances. On imagine mal de quelle manière ils pourraient poser problème au regard de l'art. 8 LCD, de sorte que cette question est sans objet.

III. LE CHAMP D'APPLICATION TERRITORIAL

Le principe de la territorialité prévaut ; la LCD s'applique au territoire de la Suisse²⁶⁵⁷. En présence d'un élément d'extranéité, la LDIP prévoit, à l'art. 136 al. 1, l'application du principe des effets : les prétentions fondées sur un acte de concurrence déloyale sont régies par le droit de l'Etat sur le marché duquel le résultat se ou s'est produit²⁶⁵⁸. Dans les cas étudiés

²⁶⁵⁴ Par exemple, le TF a plusieurs fois confirmé, après examen du droit fédéral, que si l'assuré ne respecte pas ses obligations issues de la limitation du choix du médecin, l'assureur n'a pas l'obligation de prendre en charge ces prestations. Cf. not. ATF 125 V 437, c. 3a (fr).

²⁶⁵⁵ En ce sens, DUBEY/ZUFFEREY, *Droit administratif général*, N 1100. Ces auteurs établissent une série de critères à respecter lorsque le contrat de droit public ne repose pas directement sur une base légale. En l'espèce, même si le contrat se fonde, non expressément, sur la LAMal, ces conditions devraient également être remplies. Selon SCHUMACHER, *Vertragsgestaltung*, N 1795, l'Etat est également lié par les principes de l'intérêt public et de la proportionnalité quand il conclut des contrats.

²⁶⁵⁶ Sur l'application du droit privé (CO) à un contrat de droit administratif, NGUYEN, *Contrat*, p. 22 ; MOOR/POLTIER, *Droit administratif II*, p. 459. On ne retient pas d'application directe. En revanche, en l'absence de renvoi direct dans le contrat, le CO peut s'appliquer par analogie au contrat de droit privé. Pour des exemples où le TF admet que le juge qui doit apprécier un contrat d'assurance de droit public (LAA) peut s'inspirer des règles du droit privé, en l'espèce le CO et la LCA, cf. ATF 131 V 431, c. 2 (fr) ; TF, arrêt U 307/03 du 19 août 2004, c. 4.3, non publié in ATF 130 V 553. Pour une application directe de la LCD aux contrats de droit public, sans justification toutefois, cf. SCHUMACHER, *Vertragsgestaltung*, N 1801.

²⁶⁵⁷ BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 119 ss ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 31 s.

²⁶⁵⁸ Cf. ATF 87 II 113 (n.t.) ; CR LCD-MARTENET/PICHONNAZ, *Introduction générale*, N 108 ss ; HEIZMANN, *UWG ad Art. 1*, N 19 ; DAVID/JACOBS, *Wettbewerbsrecht*,

dans le présent travail, le champ d'application territorial de la loi est rempli.

IV. LA QUALITÉ POUR AGIR

A. Les assurés/les organisations de consommateurs

En premier lieu, on peut imaginer une action ouverte par un assuré qui est lésé ou menacé dans ses intérêts économiques (art. 9 et 10 al. 1 LCD), par exemple si des conditions générales abusives sont utilisées à son encontre.

On reconnaît ensuite que les organisations de consommateurs d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des patients ont la qualité pour agir conformément à l'art. 10 al. 2 let. b LCD. L'assuré est un consommateur. Le but de meilleures informations, de conseil ou de représentation doit clairement ressortir – par interprétation ou explicitement – des statuts²⁶⁵⁹. Il est par exemple expressément prévu par les statuts de la FRC qu'elle peut défendre les consommateurs devant les juridictions civiles, administratives et pénales lorsque leurs intérêts sont touchés par une mesure publique ou privée qui entraîne des conséquences financières ou autres²⁶⁶⁰. Il existe aussi une association suisse des assurés²⁶⁶¹.

B. Les compagnies d'assurance

Tant un assureur pratiquant l'assurance-maladie de base que complémentaire peut ouvrir une action fondée sur l'art. 9 LCD. Il se peut qu'il subisse une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général ou qu'il en soit menacé.

N 25 ss ; SHK UWG-GROLIMUND, Einleitung, N 107 ss ; MÜLLER, Art. 1-2 UWG, p. 31 s. ; BSK UWG-HILTY, Art. 1, N 122 ss.

²⁶⁵⁹ Cf. TF, arrêt 6P.235/2006 du 20 février 2007, c. 6.2 ; SHK UWG, JUNG/SPITZ, Art. 10, N 30.

²⁶⁶⁰ Art. 2.7 des statuts de la Fédération romande des consommateurs du 28 avril 2017.

²⁶⁶¹ Les statuts de la section de Genève du 30 avril 1997 prévoient que l'association a pour but l'information et la défense des assurés et en particulier leur assistance juridique sur le plan individuel et collectif.

C. Les tiers

Un courtier en assurance peut également être victime d'un comportement déloyal²⁶⁶², puisqu'il n'est pas un simple employé d'une compagnie d'assurance.

D. Les associations d'assureurs

Les associations professionnelles ou économiques ont la qualité pour agir au sens de l'art. 10 al. 2 let. a LCD si leurs statuts les autorisent à défendre les intérêts économiques de leurs membres. Santéuisse est l'association des assureurs-maladie. Ses statuts prévoient qu'elle garantit et défend les intérêts communs de ses membres et s'engage en faveur d'une assurance-maladie d'essence libérale²⁶⁶³. Santéuisse est l'interlocuteur partenaire de tous les acteurs du secteur de la santé. Elle coordonne les activités des assureurs-maladie dans les questions d'intérêt supérieur et s'engage en faveur d'un système de soins de haute qualité à des prix abordables. En outre, santéuisse défend les intérêts des membres vis-à-vis de tiers²⁶⁶⁴. On retiendrait qu'elle peut vraisemblablement ouvrir action dans la mesure où elle serait plutôt considérée comme une association économique²⁶⁶⁵.

V. SYNTHÈSE

Les compagnies d'assurance pratiquant l'assurance-maladie sociale et/ou complémentaire sont tenues au respect des conditions de la LCD. Les courtiers en assurance sont également liés par la loi. L'acte déloyal d'un employé d'assurance peut, en outre, engager la responsabilité de compagnie pour laquelle il travaille.

Les principales dispositions de la LCD qui relèvent du droit de la concurrence peuvent – matériellement – s'appliquer. A cet égard, l'art. 8 LCD s'applique aux conditions générales de l'assurance-maladie complémen-

²⁶⁶² En ce sens, Handelsgericht St. Gallen, arrêt HG.2009.213-HGP du 28 janvier 2010, sic ! 2011, 123.

²⁶⁶³ Art. 4 al. 1 et 2 des statuts de santéuisse du 11 décembre 2015.

²⁶⁶⁴ Art. 5 al. 1 à 3 et 10 des statuts de santéuisse du 11 décembre 2015.

²⁶⁶⁵ Sur cette notion, BSK UWG-RÜETSCHI, Art. 10, N 18 ; SHK UWG-JUNG/SPITZ, Art. 10, N 23. Les associations économiques garantissent les intérêts économiques en général des participants au marché. La notion est comprise de manière large.

taire, sauf si elle est conclue par l'employeur. Il est en revanche peu probable que le juge retienne une disproportion entre droits et obligations en défaveur du consommateur dans la mesure où la FINMA procède *in fine* à un tel examen avant d'approuver les conditions générales. Dans le cadre de l'AOS, l'art. 8 LCD ne s'applique pas à un règlement lié à une assurance de base, dans la mesure où il n'y a pas de contrat, ou à une assurance indemnités journalières collectives, puisque l'employeur, preneur d'assurance, n'est pas un consommateur. Pour les assurances alternatives ou indemnités journalières individuelles, il faut retenir que le règlement d'assurance peut en réalité être qualifié de conditions générales. Celles-ci sont soumises à examen de l'OFSP qui ne devrait pas les approuver en cas de disproportion entre droits et obligations en défaveur de l'assuré. Puisque, la relation entre l'assureur et l'assuré est une relation contractuelle relevant du droit public, une application directe de la LCD n'est, en outre, pas possible.

La qualité pour agir et invoquer la LCD doit être reconnue aux assurés et aux organisations de consommateurs, aux compagnies d'assurance ou aux courtiers lésés, et vraisemblablement aussi à l'association des assureurs – pour autant qu'on lui reconnaisse le statut d'association économique.

Chapitre 5 : L'ANALYSE DU SYSTÈME DE L'ASSURANCE-MALADIE SOCIALE

Les assureurs offrent des services de même nature, sur le même marché, en même temps, et à un groupe identifiable de consommateurs/assurés. Ils se trouvent en théorie dans une relation de rivalité (économique) et de compétition et sont en concurrence²⁶⁶⁶. A l'instar de la situation des hôpitaux et des médecins, on admet cependant que, sur le marché, la concurrence n'est pas totalement efficace dans la mesure où l'Etat est intervenu et a fixé des règles qui ne sont pas forcément en accord avec les principes d'une économie de marché. On parle parfois dans le cadre de l'assurance-maladie de « concurrence régulée »²⁶⁶⁷. Celle-ci est fondée sur plusieurs principes clés. Nous présentons ici le système de l'assurance sociale en distinguant les éléments qui conduisent à restreindre la concurrence de ceux qui prônent ou prévoient une certaine concurrence.

I. LES DISPOSITIONS QUI RESTREIGNENT LA CONCURRENCE

A. L'obligation de s'assurer et l'obligation d'accepter les assurés

Le premier mécanisme qui relève de la régulation est celui de l'obligation pour toute la population de s'assurer (assurance obligatoire des soins)²⁶⁶⁸. L'assurance indemnités journalières est en revanche facultative.

Les assureurs sont tenus d'accepter tous les assurés qui sont domiciliés à l'endroit où ils proposent une couverture d'assurance²⁶⁶⁹.

²⁶⁶⁶ Sur la relation de concurrence entre assureurs, voir l'étude HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 97 ss. Sur les notions invoquées, notamment, Mess-LCart, p. 477 ; GOYDER, Competition, p. 8 ; ZÄCH, Kartellrecht, N 10 et 12 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Wirtschaftsrecht, § 20 N 1 s. ; OESCH/ROLF/WEBER, Einleitung, N 1 s. ; CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, Introduction générale, N 2.

²⁶⁶⁷ Voir par exemple, OCDE, Suisse 2011, p. 68 ; MOSER, Krankenkassen, N 16.

²⁶⁶⁸ POLEDNA, Organisation, p. 50.

²⁶⁶⁹ POLEDNA, Organisation, p. 50. En ce sens, en lien avec la notion de concurrence régulée, OCDE, Suisse 2011, p. 68.

B. Les relations assureurs – fournisseurs de prestations

Dans le régime de base, les assureurs sont soumis à une obligation de contracter. Ils doivent rembourser les prestations fournies dans le respect des conditions de la loi par tous les prestataires admis. Ils ne peuvent ainsi pas (sauf pour les modèles relevant du *managed care*) choisir les fournisseurs de prestations avec qui ils travaillent²⁶⁷⁰. La suppression de l'obligation de contracter a été au centre de vifs débats lors de la révision de la LAMal en 2000. Elle était envisagée comme un moyen de renforcer la concurrence sur le marché. Cette situation n'a toutefois pas été retenue²⁶⁷¹.

Dans ce cadre, est aussi considéré comme une restriction de la concurrence le fait que les assureurs sont limités dans le choix des prestations qu'ils prennent en charge (éventail national)²⁶⁷².

Certaines règles contraignantes²⁶⁷³ régissent le système de la fixation du prix des prestations prises en charge. Il n'y a certes pas de système de prix fixés (sauf exception, notamment pour les médicaments, ou les analyses en laboratoire²⁶⁷⁴), mais les prix doivent être arrêtés par conventions tarifaires entre assureurs et fournisseurs de prestations, approuvées par le gouvernement cantonal ou le Conseil fédéral. Ceux-ci vérifient que le tarif est conforme à la loi et à l'équité et qu'il satisfait au principe d'économie²⁶⁷⁵. Comme démontré et sous réserve de l'éventuelle position

²⁶⁷⁰ MOSER, Krankenkassen, N 5. Sur l'obligation de contracter, DUC, Suppression, p. 620.

²⁶⁷¹ Sur la question de la suppression de l'obligation de contracter, SPYCHER, Prévisions, p. 11 s. ; MOSER, Krankenkassen, N 22. Sur la conformité de cette mesure avec la liberté de contracter, TF, arrêt 2P.134/2003 du 6 septembre 2004, c. 3.2 ; MATTIG, Grenzen, p. 211 s. ; LEU, Vertragsfreiheit, p. 14. Pour une analyse récente, DUC, Suppression, p. 618. Cf. aussi Comco, DPC 2004/3, p. 852, *Teilrevisionen in der Krankenversicherung*, p. 852.

²⁶⁷² MOSER, Krankenkassen, N 8 ; OCDE, Suisse 2011, p. 68.

²⁶⁷³ A ce propos, avant l'adoption de la LAMal, il y avait des conventions tarifaires qui interdisaient de conclure des contrats séparés, obligeaient d'adhérer aux conventions, prévoyaient une interdiction de concurrence ou prévoyaient des causes d'exclusivité. Cf. sur ce point, DUC, Propositions, p. 18 ss. Ces clauses, restreignant la concurrence, sont aujourd'hui interdites directement par l'art. 46 LAMal.

²⁶⁷⁴ Art. 52 LAMal. MOSER, Krankenkassen, N 6.

²⁶⁷⁵ Art. 46 al. 4 LAMal. MOSER, Krankenkassen, N 6.

dominante, la LCart ne s'applique pas²⁶⁷⁶. De plus, faute d'accord, la loi prévoit l'établissement d'un tarif étatique subsidiaire²⁶⁷⁷. Dans les deux cas, le Surveillant des prix doit être entendu²⁶⁷⁸. La liberté contractuelle est encore réduite par le fait que la loi impose certaines obligations quant aux formes des tarifs/structures tarifaires (cf. art. 43 al. 5 LAMal et 49 al. 1 LAMal)²⁶⁷⁹.

C. L'activité de l'assureur

a. En général

Pour pratiquer l'assurance, les assureurs doivent remplir les conditions prévues par la loi et obtenir une autorisation avant d'entrer sur le marché. Ils ne peuvent s'organiser que selon les formes juridiques prévues. Ils sont soumis à certaines restrictions liées au financement et à une surveillance relativement importante de l'Etat (sur ce dernier point, cf. ci-dessous). POLEDNA considère que ce sont des éléments qui relèvent d'un mécanisme de marché régulé²⁶⁸⁰. HAMMER/PETER/TRAGESER y voient toutefois l'expression de la concurrence dans la mesure où le nombre d'acteurs n'est pas limité²⁶⁸¹.

De plus, et cet élément est central, les assureurs ne peuvent pas faire des gains puisqu'ils ne peuvent pas poursuivre de but lucratif²⁶⁸². Cet élément relève en tout cas d'un régime planifié.

b. La question de la prime

En lien avec la prime, il existe une ambivalence entre concurrence et régulation. En effet, le principe de la prime unique (selon la région, l'âge

²⁶⁷⁶ Troisième Partie, Chap. 1.IV.

²⁶⁷⁷ POLEDNA, Organisation, p. 50, liste le système des tarifs comme élément de restriction de la concurrence.

²⁶⁷⁸ Troisième Partie, Chap. 3. Cf. aussi MOSER, Krankenkassen, N 6.

²⁶⁷⁹ MOSER, Krankenkassen, N 7.

²⁶⁸⁰ POLEDNA, Organisation, p. 50.

²⁶⁸¹ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 47.

²⁶⁸² Cf. HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 49 ; SPRUMONT, Santé, p. 99 ; POLEDNA, Organisation, p. 50 ; DUC, Propositions, p. 16. En ce sens, en lien avec la notion de concurrence régulée, OCDE, Suisse 2011, p. 68.

et le type de contrat d'assurance) par assureur prévaut²⁶⁸³. Les primes sont solidaires et non conformes aux risques. Elles doivent en outre être acceptées par l'Etat (OFSP). Certaines restrictions, notamment sur les franchises possibles et les déductions maximales de primes ou sur les réductions selon le choix d'un modèle alternatif d'assurance sont prévues²⁶⁸⁴. La fixation du prix pour le service fourni à l'assuré par l'assureur n'est pas celle qui prévaudrait dans un système de marché libre. Toutefois, la prime est le paramètre sur lequel les assureurs peuvent se distinguer des autres et il règne une certaine concurrence²⁶⁸⁵ (cf. ci-dessous).

c. La surveillance

Les assureurs exerçant l'assurance-maladie sociale sont soumis à une surveillance exercée par l'Etat. Il est trop absolu d'affirmer qu'elle relève d'un mécanisme de planification²⁶⁸⁶. De très nombreux domaines sont surveillés (p. ex. les banques), sans qu'on ne les qualifie de marchés régulés.

Toutefois, l'adoption de la LSAMal avait pour but de renforcer la surveillance dans l'assurance-maladie²⁶⁸⁷. Des mesures conservatoires – dont la possibilité d'ordonner des augmentations de primes – ont été prévues dans l'idée de fournir à l'autorité de surveillance la base légale pour exercer une surveillance efficace dans l'AOS. En outre, la LSAMal permet d'aider les caisses à assainir leur situation et sauver leur entreprise et permet également de prendre des mesures nécessaires vis-à-vis de l'organe de contrôle et de la direction²⁶⁸⁸. Cette loi donne également plus de pouvoir à l'autorité de surveillance qui peut retirer une autorisation²⁶⁸⁹.

Selon POLEDNA, le régime de la LSAMal n'a pas pour but de niveler ou de supprimer la concurrence entre les assureurs, mais plutôt de donner les conditions d'une concurrence juste²⁶⁹⁰. Toutefois, la surveillance ainsi que

²⁶⁸³ MOSER, Krankenkassen, N 8. En ce sens, en lien avec la notion de concurrence régulée, OCDE, Suisse 2011, p. 68.

²⁶⁸⁴ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 49.

²⁶⁸⁵ Cf. POLEDNA, Organisation, p. 51 ; HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 49.

²⁶⁸⁶ Cf. POLEDNA, Organisation, p. 50.

²⁶⁸⁷ Mess-LSAMal, p. 1730 s.

²⁶⁸⁸ Mess-LSAMal, p. 1727.

²⁶⁸⁹ Mess-LSAMal, p. 1727.

²⁶⁹⁰ POLEDNA, KVAG, N 36 et 49.

les possibilités d'intervention sont assez importantes de sorte qu'on retient une certaine limitation de la concurrence. A cet égard, le Secrétariat de la Comco avait émis des réserves sur le projet de la nouvelle LSAMal et avait estimé que les dispositions légales proposées risquaient de restreindre excessivement la liberté économique des assureurs-maladie sans que ces dispositions ne soient indispensables pour la surveillance. L'objectif d'une concurrence efficace entre assureurs voulu par le législateur se verrait *in fine* affaibli²⁶⁹¹. Bien que les assureurs ne soient pas titulaires de la liberté économique, rappelons que le régime de surveillance doit être conforme à l'art. 94 Cst.

d. La compensation des risques

La sélection des risques découle de la concurrence entre les caisses. Elle a pour but d'avoir, parmi ses assurés, principalement des personnes qui ne recourent pas ou peu à des soins. Un système est prévu pour y pallier : la compensation des risques. Celle-ci a récemment été renforcée par une modification des dispositions topiques de la LAMal²⁶⁹².

Le but de la compensation des risques, qui n'est plus limitée dans le temps²⁶⁹³, est d'éviter que les assureurs cherchent à n'avoir que des bons risques (personnes en bonne santé) et procèdent pour ce faire à une sélection des risques²⁶⁹⁴. La compensation des risques vise un rééquilibrage financier pour l'assurance-maladie obligatoire ordinaire et pour les formes particulières d'assurance²⁶⁹⁵ : l'assureur paie pour ses assurés qui sont qualifiés de « bons risques » et reçoit un montant pour ses assurés qualifiés de « mauvais risques ». Cet instrument est plutôt rattaché à une économie planifiée²⁶⁹⁶.

²⁶⁹¹ Comco, DPC 2012/1, p. 20 ss, *Rapport annuel 2011*, p. 26.

²⁶⁹² Révision de la compensation des risques : votée le 21 mars 2014, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017 (RO 2014 3345). Ce système existait déjà dans la première LAMal.

²⁶⁹³ CSSS-N, Rapport compensation des risques, p. 7022.

²⁶⁹⁴ CSSS-N, Rapport compensation des risques, p. 7023. Sur cette question, cf. BECK, Wettbewerb, p. 31 ; BECK, Krankenversicherung, p. 1228 ; DEMANGE/GEOFFARD, Concurrence, p. 600.

²⁶⁹⁵ Art. 1 al. 1 OCoR.

²⁶⁹⁶ En ce sens, CSSS-N, Rapport compensation des risques, p. 7032 qui définit cet instrument comme un moyen de modifier les conditions qui régissent la concurrence entre les assureurs. Ceux-ci ne doivent plus avoir la possibilité de tirer un avantage de la sélection des risques.

Plus précisément, la LAMal prévoit que les assureurs dont les effectifs de personnes à risque élevé de maladie sont inférieurs à la moyenne générale des effectifs de l'ensemble des assureurs versent une redevance de risque à l'institution commune²⁶⁹⁷ ; ceux dont les effectifs sont supérieurs reçoivent une contribution²⁶⁹⁸. Les redevances de risque et les contributions de compensation doivent compenser entièrement les différentes moyennes de risque entre les groupes de risque déterminants²⁶⁹⁹. A cet égard, le risque élevé de maladie est défini par l'âge et le sexe ainsi que par les autres indicateurs de morbidité arrêtés par le Conseil fédéral²⁷⁰⁰, à savoir, à l'heure actuelle, le coût des médicaments au cours de l'année précédente et le séjour dans un hôpital ou un établissement médico-social au cours de l'année précédente²⁷⁰¹. L'OCoR précise ces critères²⁷⁰² et détermine comment répartir les assurés en groupe de risques²⁷⁰³. Le critère des médicaments ajouté par le Conseil fédéral a pour but de prendre en compte les assurés qui occasionnent des coûts élevés, mais qui ne sont traités qu'en ambulatoire²⁷⁰⁴. Il constitue une phase transitoire. Le critère définitif sera celui des « groupes de coûts pharmaceutiques » et remplacera celui du « coût des médicaments ». Sa mise en œuvre est prévue pour 2019 ou 2020²⁷⁰⁵. Finalement, la LAMal apporte des précisions sur les éléments

²⁶⁹⁷ L'institution commune LAMal est une fondation créée par les assureurs sur la base de la LAMal. Cf. art. 18 LAMal.

²⁶⁹⁸ Art. 16 al. 1 et 2 LAMal.

²⁶⁹⁹ Art. 16 al. 3 LAMal.

²⁷⁰⁰ Sur la base de l'art. 16 al. 4 LAMal, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance du 12 avril 1995 sur la compensation des risques dans l'assurance-maladie (OCoR, RS 832.112.1).

²⁷⁰¹ Art. 2 OCoR.

²⁷⁰² Art. 2a pour l'âge, art. 2b pour le coût des médicaments et art. 2c pour le séjour dans un hôpital ou EMS. Cf. CF, Commentaire OCoR, p. 4 s.

²⁷⁰³ Art. 2d OCoR. Le premier critère appliqué est celui du coût des médicaments. Il faut séparer en deux groupes « risque élevé » et « risque non élevé ». Au sein du premier groupe, on distingue les assurés selon le risque élevé ou non de maladie, en fonction du « séjour en hôpital ». Dans le second groupe, on répartit les assurés selon les trois critères « âge », « sexe » et « séjour en hôpital ». Cf. CF, Commentaire OCoR, p. 3 et 5 s. Cf. aussi CF, Commentaire OCoR 2020.

²⁷⁰⁴ CSSS-N, Rapport compensation des risques, p. 7022 et 7033.

²⁷⁰⁵ CF, Commentaire OCoR, p. 3.

déterminants pour le calcul de la compensation des risques (art. 17 LAMal)²⁷⁰⁶.

La modification de la LAMal a pris en compte les critiques émises contre l'ancien système, jugé trop sommaire. Il est encore trop tôt pour savoir si cela suffira²⁷⁰⁷. Il ne devrait plus être attrayant de se différencier pas la sélection des risques (qui ne permet pas une baisse des coûts globale). Les assureurs doivent trouver d'autres moyens, par exemple en investissant dans l'innovation ou en développant les contrats de *managed care*²⁷⁰⁸.

II. LES DISPOSITIONS QUI PRÔNENT UNE LIBRE CONCURRENCE

Plusieurs éléments relèvent toutefois de la concurrence. Il y a une pluralité d'acteurs sur le marché (A). Les assureurs ont aussi la possibilité d'agir sur le montant des primes (B). La question des formes alternatives d'assurance ne concerne pas seulement le paramètre de concurrence « prix », mais y est principalement liée (C). Finalement, d'autres paramètres concurrentiels sont soumis aux lois du marché (D).

A. La pluralité d'assureurs et le libre choix

Le système, tel que régi par la LAMal et la LSAMal, prévoit que tous les acteurs qui remplissent les conditions peuvent exploiter l'assurance obligatoire des soins²⁷⁰⁹. Cela constitue le point de départ de la possibilité d'une mise en concurrence²⁷¹⁰. Cela signifie qu'un système avec une caisse unique au niveau fédéral ou au niveau cantonal n'est, en l'état du

²⁷⁰⁶ D'une part, la structure des effectifs d'assurés dans l'année civile pour laquelle la compensation des risques a lieu (année de compensation) est déterminante pour le calcul de la compensation des risques. D'autre part, les différences moyennes de risque des indicateurs de morbidité sont en principe calculées sur la base des données de l'année civile précédant l'année de compensation. Ensuite, le calcul des redevances de risque et des contributions de compensation se fait par année de compensation et conformément à ce qui est prévu à l'art. 6 OCoR.

²⁷⁰⁷ OCDE, Suisse 2011, p. 83.

²⁷⁰⁸ OCDE, Suisse 2011, p. 85.

²⁷⁰⁹ Art. 4 ss LSAMal. Cf. HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 47 ; MOSER, Krankenkassen, N 32.

²⁷¹⁰ SEGMÜLLER, Reportrice, BO CN 1993 1731 ; SEILER, BO CE 1992, 1274 ; ONKEN, BO CE 1992 1275 ; COUTEAU, BO CE 1992 1279 ; MOSER, Krankenkassen, N 15.

droit, pas envisageable²⁷¹¹. Le peuple et les cantons se sont d'ailleurs prononcés deux fois et l'ont refusé²⁷¹². A l'heure actuelle, il existe une pluralité d'acteurs. Ceux-ci sont en concurrence²⁷¹³, les assurés ayant le libre choix de la caisse auprès de laquelle ils s'assurent²⁷¹⁴. En outre, la concurrence peut jouer sur plusieurs paramètres.

B. Une certaine concurrence sur le montant des primes

Bien que la prime doive être unique au sein de la même compagnie, pour le même contrat d'assurance (modèle d'assurance), dans une même région de prime et pour la même tranche d'âge, le niveau de prime est un paramètre concurrentiel central pour les assureurs²⁷¹⁵. Sous réserve de ce que prévoit la LAMal et la LSAMal, ceux-ci établissent seuls leurs primes. C'est un des éléments sur lequel ils peuvent se démarquer les uns des autres (concurrence du côté de l'offre)²⁷¹⁶. Ils doivent toutefois rester dans le cadre légal (LAMal, LSAMal) afin d'obtenir l'autorisation de l'OFSP.

Dans ce contexte, nous avons établi qu'un accord entre compagnies d'assurance sur le montant des primes doit pouvoir être examiné par la Comco. De plus, le Surveillant des prix doit être averti de toute modification de prime.

²⁷¹¹ Le droit fédéral impose la concurrence entre les caisses et l'agrément est accordé à toute entité qui remplit les conditions légales. Une caisse unique, même au niveau cantonal, nécessite dans ce contexte une base constitutionnelle fédérale ou une révision de la LAMal et de la LSAMal.

²⁷¹² Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 11 mars 2007 (Initiative populaire « Pour une caisse maladie unique et sociale ») du 17 avril 2007, FF 2007 3043 ; arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 28 septembre 2014 (Initiative populaire « Pour une caisse publique d'assurance-maladie ») du 1^{er} décembre 2014, FF 2014 9239.

²⁷¹³ Cf. POLEDNA, Organisation, p. 52 s. ; MOSER, Krankenkassen, N 2 et 15.

²⁷¹⁴ MOSER, Krankenkassen, N 2 et 15 ; EUGSTER, Krankenversicherung, N 164. En ce sens, en lien avec la notion de concurrence régulée, OCDE, Suisse 2011, p. 68. Cf. aussi SPRUMONT, Santé, p. 98 s.

²⁷¹⁵ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 48 ; MOSER, Krankenkassen, N 17.

²⁷¹⁶ Sur la concurrence quant au niveau de prime, POLEDNA, Organisation, p. 53. HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 48 et 50 ; MOSER, Krankenkassen, N 18.

En lien avec le montant de la prime, il existe un certain nombre de moyens de faire baisser les coûts des prestations de santé. Les assureurs peuvent agir sur le nombre de prestations fournies aux assurés ainsi que sur le coût de celles-ci. Ils peuvent également agir sur le coût des services d'assurance. Nous présentons ici les principaux moyens.

Le premier élément est celui de la prévention et de la gestion des assurés. Prôner un comportement ou une activité auprès de ses assurés qui favorisent leur maintien en bonne santé a pour objectif, *in fine*, de diminuer les prestations qui leur sont fournies et ainsi les coûts²⁷¹⁷. On remarque toutefois que la prévention est surtout exercée dans l'assurance complémentaire ; il y a peu de marge de manœuvre dans l'assurance-maladie, car il existe un catalogue de prestations exhaustif²⁷¹⁸. Dans cette lignée, certains mécanismes sont utilisés par les assureurs pour tenter de réduire les coûts issus de groupes de patients qui causent des coûts importants (*case-management* et *disease-management*, *guidelines*, *management* de la demande)²⁷¹⁹.

L'organisation des tarifs est le deuxième point sur lequel une certaine liberté est laissée aux assureurs. Ceux-ci peuvent user de leur pouvoir de négociation et influencer les tarifs dans les conventions collectives. Ils ont aussi la possibilité de conclure des contrats séparés. Ainsi, ils peuvent adopter des comportements coopératifs ou se distinguer des concurrents²⁷²⁰. Toutefois, le fait que la forme du contrat collectif soit prévue par la loi va plutôt à l'encontre du principe de la concurrence. De plus, très peu de contrats séparés sont en pratique conclus, excepté dans le cas des modèles de soins intégrés²⁷²¹.

En troisième lieu, la LAMal met à dispositions des assureurs des instruments qui leur permettent de refuser de rembourser une prestation quand elle dépasse certaines limites et d'exercer de ce fait une pression sur les prestataires. Ces instruments sont la surveillance des honoraires des four-

²⁷¹⁷ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 48. Cf. aussi SPRUMONT, Santé, p. 98 s.

²⁷¹⁸ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 50 s.

²⁷¹⁹ Sur ces éléments, HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 51 ss.

²⁷²⁰ Sur le principe, POLEDNA, Organisation, p. 53. Pour des détails, HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 51 ; MOSER, Krankenkassen, N 15.

²⁷²¹ Sur les détails et sur l'aménagement de la coresponsabilité budgétaire, HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 68.

nisseurs de prestations et de leurs factures, la surveillance de l'efficacité du but et de l'économicité des prestations²⁷²². En pratique, les assureurs ont délégué cette tâche à santésuisse. Ces mesures se concentrent sur les médecins. Parfois, mais rarement, un assureur fait des contrôles supplémentaires²⁷²³. Selon nous, les assureurs devraient prendre ce rôle à cœur. Ils sont en effet plus aptes à identifier d'éventuels excès.

Les assureurs peuvent, ensuite, tenter de réduire les frais administratifs et reporter cela sur une baisse de primes²⁷²⁴.

En dernier lieu, la sélection des risques²⁷²⁵ est également une méthode utilisée par les assureurs pour proposer des primes moins élevées²⁷²⁶. Il semble que ce soit, en tout cas avant la modification de la LAMal y relative, le moyen le plus utilisé par les caisses proposant des primes basses²⁷²⁷. La sélection des risques est attractive, car chaque assuré paie une prime unique, pour le même modèle d'assurance, auprès de la même caisse, dans le même canton, pour la même tranche d'âge. Ce montant ne correspond pas au risque réel. On estime que 40% des assurés n'occasionnent aucun frais et 10% des assurés sont responsables de presque 70% des coûts. Les assureurs sont donc incités à sélectionner les risques²⁷²⁸ ; ils tentent d'attirer auprès d'eux les bons risques et – malgré l'obligation d'accepter tout assuré – de faire fuir les mauvais risques. Grâce à la sélection des risques, l'assureur améliore sa structure de risques et voit ses coûts baisser. Il peut finalement proposer des primes plus basses²⁷²⁹. La sélection des risques est toutefois jugée néfaste, car elle conduit à une désolidarisation. Les coûts entre les assurés sont reportés

²⁷²² Art 32 et 56 ss LAMal. HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 51.

²⁷²³ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 69 s.

²⁷²⁴ POLEDNA, Organisation, p. 53.

²⁷²⁵ Sur les méthodes de sélection des risques, HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 52 s. ; CSSS-N, Rapport compensation des risques, p. 7024 ; OCDE, Suisse 2011, p. 83 ; MOSER, Krankenkassen, N 19.

²⁷²⁶ En détail, cf. HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 59 ss.

²⁷²⁷ MOSER, Krankenkassen, N 19.

²⁷²⁸ CSSS-N, Rapport compensation des risques, p. 7024 ; OCDE, Suisse 2011, p. 83.

²⁷²⁹ Sur le fonctionnement de la sélection du risque, HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 52 ; CSSS-N, Rapport compensation des risques, p. 7032 ; MOSER, Krankenkassen, N 19 et 21.

sur une autre caisse et non réduits d'une manière globale²⁷³⁰. Le système de compensation des risques vient d'être renforcé²⁷³¹. Les conditions qui régissent la concurrence entre les assureurs sont modifiées afin que ceux-ci ne puissent plus tirer un avantage par ce biais²⁷³².

C. Les autres formes d'assurance

La possibilité de proposer des modèles alternatifs d'assurance est, d'une part, un moyen d'offrir des primes plus basses et un moyen d'influencer le recours aux prestations (réduction de la quantité des prestations). Cette possibilité accorde, d'autre part, un périmètre de liberté aux assureurs dans l'organisation de l'offre de leurs produits – autre paramètre concurrentiel. C'est un moyen de se positionner sur le marché par rapport aux caisses-maladie concurrentes ; les assureurs disposent d'une « marge de manœuvre entrepreneuriale »²⁷³³. Aussi s'agit-il d'un moyen d'instaurer une concurrence entre les différents modèles d'assurance et entre les assureurs²⁷³⁴.

a. Les franchises à option et les assurances bonus

La LAMal permet le choix de franchises plus élevées ou la conclusion des assurances avec bonus. Dans les deux cas, l'assuré assume une plus grosse part du financement, ce qui augmente la responsabilité individuelle. Avec une franchise plus élevée, l'assuré doit recourir à des soins à concurrence d'un montant plus haut avant de voir ses traitements pris en charge. En contrepartie, sa prime baisse. Dans l'assurance avec bonus, toutefois rare en pratique²⁷³⁵, le montant de la prime de l'assuré dépend de la question de savoir si, pendant une certaine période, il a bénéficié ou non de prestations. Dans la négative, sa prime baisse²⁷³⁶. La part de res-

²⁷³⁰ Sur ces éléments, HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 52. Cf. aussi CSSS-N, Rapport compensation des risques, p. 7032 ; POLEDNA, Organisation, p. 53.

²⁷³¹ Cf. sous-section C.d. de la présente section.

²⁷³² CSSS-N, Rapport compensation des risques, p. 7032. Cf. aussi CF, Avis sur le rapport compensation des risques, p. 7520.

²⁷³³ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 54. En ce sens aussi, MOSER, Krankenkassen, N 3 s. et 15.

²⁷³⁴ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 54. Cf. aussi BEERLI, BO CE 1992 1274 s. ; BECK, Krankenversicherung, p. 1229.

²⁷³⁵ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 65.

²⁷³⁶ Art. 62 al. 2 LAMal.

ponsabilité mise sur l'assuré l'encourage à ne pas recourir à un traitement inutile et réduit les comportements opportunistes²⁷³⁷. En revanche, certaines critiques sont ici émises. Les franchises hautes augmentent la part de soins jugée essentielle qui est, *in fine*, à la charge des patients, ce qui affaiblit la solidarité, d'une part²⁷³⁸. D'autre part, lorsque les frais sont trop élevés, il existe un risque qu'une partie de la population refuse de se soigner²⁷³⁹.

b. Le managed care

le principe même du contrat sélectif – à savoir la possibilité de ne contracter qu'avec un nombre limité de prestataires – a pour but de stimuler la concurrence entre lesdits prestataires²⁷⁴⁰. En outre, les formes alternatives d'assurance relevant du *managed care* ont pour but de gérer et réduire le nombre de prestations fournies. Un *gatekeeper* organise le traitement ou celui-ci a lieu au sein d'une même institution, ce qui devrait conduire à une optimisation des soins fournis²⁷⁴¹. Les assureurs disposent d'une marge de manœuvre dans la mise en œuvre²⁷⁴².

Les modèles de *managed care* sont développés de manière plus ou moins importante selon les assureurs²⁷⁴³. L'organisation des produits et de leur qualité est possible dans l'AOS presque exclusivement avec le *managed care* et les autres formes d'assurance alternative. Elle est toutefois limitée par les conditions de prise en charge des prestations²⁷⁴⁴. De plus, il est

²⁷³⁷ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 51. En ce sens, brièvement et en lien avec la notion de concurrence régulée, OCDE, Suisse 2011, p. 68.

²⁷³⁸ OCDE, Suisse 2011, p. 78.

²⁷³⁹ OCDE, Suisse 2011, p. 80.

²⁷⁴⁰ En effet, ils permettent de conclure des accords tarifaires divergents, ce qui devrait stimuler la concurrence ; Mess-LAMal, p. 161. Le Surveillant des prix encourage ces modèles. Cf. Surveillant des prix, DPC 2009/5, p. 507, *Rapport annuel*, p. 516. Le Conseil fédéral espère que cela poussera les acteurs à adopter une attitude consciente au niveau des coûts ; Mess-LAMal, p. 152. Pour une analyse des effets *du managed care* sur la concurrence, BOCOGNANO, Concurrence, p. 32 ss.

²⁷⁴¹ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 51.

²⁷⁴² HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 54.

²⁷⁴³ Pour les détails, cf. HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 74 s.

²⁷⁴⁴ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 85 ss.

relativement difficile de procéder à des comparaisons, faute de transparence sur l'organisation et la mise en œuvre des modèles²⁷⁴⁵.

En pratique, le *managed care* est utilisé dans le but de faire baisser les primes ; la concurrence joue – en tout cas d'une certaine manière – sur ce point. Pourtant, l'efficacité sur la réduction des coûts est controversée²⁷⁴⁶. Les auteurs ayant traité de cette question s'accordent toutefois pour dire que l'impact sur la concurrence et sur la possibilité d'économiser des coûts existe, en pratique, dans les situations où les médecins acceptent d'assumer, avec les caisses, la responsabilité budgétaire (vrai *managed care*)²⁷⁴⁷. Les médecins sont, dans ce cas, réellement intéressés à la gestion des coûts.

D. Les autres paramètres concurrentiels

Finalement, les assureurs peuvent se différencier sur plusieurs autres paramètres. La concurrence a ici son importance. Tout d'abord, ils peuvent se distinguer par la qualité de leurs services (informations et conseils au client, paiement rapide). Toutefois, il faut éventuellement relativiser ce paramètre concurrentiel dans la mesure où la qualité du service est parfois jugée peu importante par les assurés. Les assureurs sont, en outre, libres quant à leur publicité et quant à leurs relations publiques. Ils peuvent investir dans la recherche et le développement (ce qui a principalement de l'importance en lien avec le développement des modèles de *managed care*)²⁷⁴⁸.

III. LA TRANSPARENCE SUR LE MARCHÉ

Comme mentionné en lien avec les tarifs, la transparence sur un marché est un élément important qui peut influencer les relations concurrentielles. On retient ici que le marché est, d'une manière globale, relativement transparent. Des sites permettent des comparaisons entre les primes²⁷⁴⁹. On retient en revanche que la comparaison des modèles alternatifs d'assurance (principalement relevant du *managed care*) est moins évi-

²⁷⁴⁵ En ce sens, MOSER, Krankenkassen, N 18.

²⁷⁴⁶ OCDE, Suisse 2011, p. 88 ; HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 62 s.

²⁷⁴⁷ BECK, Wettbewerb, p. 31 ; MOSER, Krankenkassen, N 18 ; HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 74 ss et 88.

²⁷⁴⁸ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 56 ; POLEDNA, Organisation, p. 53.

²⁷⁴⁹ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 86.

dente²⁷⁵⁰. Sur le paramètre de la qualité des prestations fournies au moment de la survenance du risque, la transparence est également faible. Il manque donc un élément important²⁷⁵¹.

IV. LES MOTIVATIONS DES ASSUREURS À AUGMENTER LES PARTS DE MARCHÉ

Dans leur analyse, HAMMER/PETER/TRAGESER²⁷⁵² identifient les raisons pour lesquelles un assureur peut être tenté d'augmenter ses parts de marchés et de dépasser ses concurrents. Cette question nous semble particulièrement intéressante dans la mesure où l'on parle d'une assurance sociale obligatoire, certes proposée et exploitée par plusieurs entités en concurrence, mais dont l'activité est, comme démontré, encadrée par la loi. Celle-ci prévoit notamment l'interdiction de poursuivre un but lucratif. Nous retenons les éléments les plus importants.

Tout d'abord, avec une augmentation des parts de marché, notamment par la reprise de capital ou la fusion, les assureurs les plus importants comptent sur des effets de synergie et un pouvoir de marché amélioré. Les assureurs gagnent en influence sur la politique de santé et peuvent avoir un poids important et influencer le contenu des projets législatifs.

L'assurance-maladie complémentaire n'exclut pas la poursuite d'un but lucratif. En général, les assureurs sont actifs dans les deux domaines et il y a des synergies entre les deux. De plus, les informations sur la santé obtenues dans l'assurance-maladie pourraient être utilisées dans l'assurance complémentaire²⁷⁵³. En effet, aucune loi n'impose une sépara-

²⁷⁵⁰ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 86 ; OCDE, Suisse 2011, p. 81 ; MOSER, Krankenkassen, N 17.

²⁷⁵¹ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 86. Sur ce dernier point, cf. aussi OCDE, Suisse 2011, p. 81.

²⁷⁵² HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 57.

²⁷⁵³ L'art. 33 LPGa oblige les assureurs sociaux à garder le secret à l'égard de tiers. L'art 84a LAMal prévoit des exceptions et permet dans certains cas le transfert de données à des tiers. Aucune exception ne vise expressément la branche de l'assurance-maladie complémentaire. Toutefois, les deux activités sont souvent exercées au sein de la même entité juridique. Notons que la LPD s'applique, pour le surplus, aux assureurs-maladie proposant des assurances de base, en tant qu'organes fédéraux (art. 2 al. 1 let. b LPD) ; les art. 16 ss sont applicables. Cf. RUDIN, Art. 2 DSG, N 17 ; MEIER, Protec-

tion juridique ou organisationnelle des deux activités et la majorité des assurés ont conclu leur assurance de base et leur assurance complémentaire auprès du même assureur²⁷⁵⁴. Ainsi, gagner des parts de marché dans l'AOS peut conduire à une augmentation des parts de marché dans l'assurance-maladie complémentaire et, *in fine*, à un profit.

Ensuite, certains assureurs peuvent aussi simplement vouloir faire augmenter la valeur de leur entreprise, et ce tant dans l'AOS que dans l'assurance-maladie complémentaire. Dans l'AOS, ce résultat positif reviendrait en théorie principalement aux assurés.

Selon nous, il faut enfin ajouter que, malgré l'interdiction de la poursuite d'un but lucratif, les salaires des dirigeants des caisses-maladie ne sont pas réelement limités²⁷⁵⁵. Ainsi, la bonne santé d'une compagnie permet le versement de salaires élevés. On vise les intérêts lucratifs des personnes employées et non le bénéfice de la société elle-même.

Malgré cela, les auteurs estiment que la concurrence potentielle est globalement faible et qu'il n'existe pas ou peu de raison de vouloir entrer sur le marché. Celui-ci est ouvert si les conditions légales sont remplies. Toutefois, l'interdiction de poursuivre un but lucratif et la densité des règles à respecter sont dissuasives. Aucun nouvel assureur privé n'exploite l'AOS depuis l'entrée en vigueur de la LAMal. Sauf une exception, les nouvelles

tion des données, N 287 s., 362 et 365. Les données récoltées sont en majorité des données sensibles. DUPONT, Protection des données, p. 196.

²⁷⁵⁴ OCDE, Suisse 2011, p. 72. Cf. aussi l'initiative parlementaire « LAMal. Séparation complète de l'assurance sociale et de l'assurance privée » du 19.03.2007 et le Projet du Conseil fédéral « LAMal. Compensation des risques ; séparation de l'assurance de base et des assurances complémentaires » ainsi que le Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (Compensation des risques. Séparation de l'assurance de base et de l'assurance complémentaire) du 20.09.2013, FF 2013 7135. Les Chambres fédérales ont toutefois voté la non-entrée en matière. Il n'y a pas d'obligation de séparation juridique ou organisationnelle. En 2015, 14 caisses maladie sur 59 exploitent les deux formes d'assurance au sein de la même entité juridique.

²⁷⁵⁵ L'initiative Minder, adoptée le 3 mars 2013 oblige les SA (cotées en bourses) à faire voter les rémunérations du conseil d'administration, de la direction et du comité consultatif par l'assemblée générale (cf. art. 95 al. 3 Cst., mis en œuvre dans l'ordonnance du 20 novembre 2014 contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse, (ORAb), RS 221.331).

entrées ne sont dues qu'à la création, par des groupes d'assurances, de sociétés filles²⁷⁵⁶.

V. UNE CRITIQUE

A. Un état des lieux

Puisque le catalogue des prestations est fixe, la prime est un paramètre central pour se distinguer des concurrents. La marge de manœuvre est toutefois limitée par la LAMal et la LSAMal. Les différences importantes sur le montant des primes prouvent cependant que les assureurs usent de cette marge de manœuvre pour se distinguer et l'on retient qu'une certaine concurrence sur les primes existe²⁷⁵⁷. Dans ce cadre, trois stratégies principales sont utilisées : les acteurs se concentrent sur le moyen qui s'est avéré jusque-là le plus efficace²⁷⁵⁸, à savoir la sélection des risques, l'offre de *managed care* ou un mélange des deux²⁷⁵⁹. Les autres paramètres ont vraisemblablement moins d'impact²⁷⁶⁰.

En revanche, les assurés changent en réalité peu d'assureur, malgré les différences de primes importantes²⁷⁶¹. Pourtant, le choix est important dans chaque canton, les assurés peuvent changer d'assureur jusqu'à deux fois par année et des sites de comparaison permettent une étude de l'offre la plus intéressante²⁷⁶². Les raisons de ce phénomène ne sont pas clairement établies, mais plusieurs hypothèses sont formulées²⁷⁶³. On constate

²⁷⁵⁶ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 85.

²⁷⁵⁷ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 59 et 87.

²⁷⁵⁸ MOSER, Krankenkassen, N 21.

²⁷⁵⁹ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 59 et 87 détaillent les trois hypothèses.

²⁷⁶⁰ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 87 ; OCDE, Suisse 2011, p. 81 et 83.

²⁷⁶¹ Cf. OCDE, Suisse, p. 74 s.

²⁷⁶² OCDE, Suisse 2011, p. 81 ss.

²⁷⁶³ On estime que lorsqu'il existe trop de choix, les assurés sont perdus et peu enclins à changer. Les démarches sont parfois complexes et dissuasives. C'est aussi lié aux comportements des interlocuteurs lors de la conclusion d'un nouveau contrat. Les différences sont parfois trop faibles pour entamer les démarches. Certains assurés font certainement preuve de fidélité envers leur assureur. D'autres se font ou risquent de se faire refuser la couverture complémentaire auprès du même assureur et refusent de changer. Ils veulent les deux assurances auprès de la même entité. Certains perçoivent des subventions totales et celles-ci ne dépendent pas du choix de l'assurance la moins chère. On estime aussi que les modèles alternatifs sont trop différents et compliqués à comparer. Certains malades chroniques ne choisissent que des assurances en tiers

ainsi que la concurrence sur les primes existe, mais qu'elle n'a pas les répercussions souhaitées²⁷⁶⁴.

De plus, avoir un grand nombre de nouveaux assurés peut conduire à des pertes ou dépenses plus importantes que prévues²⁷⁶⁵, à des coûts administratifs élevés, ou encore à un versement à l'institution de compensation des risques²⁷⁶⁶. Le fait que la concurrence sur la prime fonctionne, mais qu'elle ne soit pas issue d'une concurrence qui a pour but de faire baisser les coûts de la santé²⁷⁶⁷, est une critique importante. A cet égard, la compensation des risques a été renforcée en vue de rendre la sélection des risques moins intéressante ; il faut faire baisser les primes dans une vision *micro*, centrée sur l'assureur, et non dans une vision globale²⁷⁶⁸. On considère aussi que la nouvelle réglementation des risques va aboutir à un nivellement des primes à un niveau proche. En outre, quant au *managed care*, seul le vrai *managed care* semble efficace. Il est toutefois difficile, pour les caisses, de développer des stratégies sur le long terme (les assurés étant potentiellement volatils) ou de convaincre les médecins d'engager leur responsabilité économique²⁷⁶⁹. La concurrence sur les mo-

payant, pas disponibles partout. En outre, on estime que le consommateur n'est pas toujours « rationnel ». Cf. OCDE, Suisse 2011, p. 82 et réf. Cf. aussi article de Bilan en ligne du 21 septembre 2016 : Caisse maladie : une concurrence limitée <<http://www.bilan.ch/economie-plus-de-redaction/caisse-maladie-une-concurrence-limitee>>. Pour une analyse générale, DEMANGE/GEOFFARD, Concurrence, p. 606 qui soulignent que la concurrence ne peut jouer que si les assureurs font effectivement jouer la concurrence.

²⁷⁶⁴ MOSER, Krankenkassen, N 20.

²⁷⁶⁵ En effet, proposer une baisse de primes peut attirer des nouveaux assurés (y compris des mauvais risques), ce qui conduit à des remboursements plus importants que prévus et à une réaugmentation de primes l'année suivante. En ce sens, Bilan, Caisse maladie : une concurrence limitée <<http://www.bilan.ch/economie-plus-de-redaction/caisse-maladie-une-concurrence-limitee>>, du 21 septembre 2016 ; Le Temps, Primes maladie : quel calcul se cache derrière les hausses incessantes ?, du 30 octobre 2016 <<https://www.letemps.ch/suisse/primes-maladie-calcul-se-cache-derriere-hausses-incessantes>>.

²⁷⁶⁶ En ce sens, article de Bilan en ligne du 21 septembre 2016 : Caisse maladie : une concurrence limitée <<http://www.bilan.ch/economie-plus-de-redaction/caisse-maladie-une-concurrence-limitee>>.

²⁷⁶⁷ MOSER, Krankenkassen, N 18.

²⁷⁶⁸ MOSER, Krankenkassen, N 19 ss.

²⁷⁶⁹ Cf. MOSER, Krankenkassen, N 21.

dès alternatives est dès lors relativement faible²⁷⁷⁰. Finalement, la concurrence potentielle est très faible²⁷⁷¹ et la concentration des acteurs est de plus en plus importante²⁷⁷². Finalement, on note que les assureurs ne sont que peu incités à améliorer l'efficacité et à contribuer à la maîtrise des coûts²⁷⁷³.

B. Le débat sur la caisse unique

Dans ce contexte, on peut s'interroger sur l'intérêt de maintenir une pluralité de caisses-maladie. En effet, les primes augmentent chaque année. Sont, entre autres, pointés comme responsables les assureurs et le système de l'assurance. Il n'est pas question ici de débattre en détail du système de la pluralité des assureurs et ainsi, de la caisse unique, question éminemment politique. L'avis défendu relève, en général, d'une idéologie et d'une conception de la justice sociale, de l'économie, voire du rôle de l'Etat et de l'étendue de son pouvoir. On présentera toutefois les principales discussions²⁷⁷⁴.

De nombreux arguments sont invoqués à la faveur d'une caisse unique. Elle permettrait de mettre fin au pouvoir, jugé abusif, des assureurs. Elle favoriserait une économie des coûts sur plusieurs points. Les frais de publicité seraient supprimés, le contrôle des coûts remboursés serait centralisé et plus efficace. En effet, la fragmentation du marché augmenterait les frais administratifs. Une structure unique permettrait dès lors des économies d'échelles. La mutualisation des risques serait, elle aussi, plus efficace : la prime est fixée par canton, qui peut être divisé en trois régions. Le système est fragmenté ce qui ne rend pas possible une péréquation complète entre sains et malades. De plus, les régions avec un hôpital universitaire engendrent, de fait, plus de coûts, mais celui-ci bénéficie aux

²⁷⁷⁰ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 84 s. et 91.

²⁷⁷¹ HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 58 s., 84 s. et 91.

²⁷⁷² OCDE, Suisse 2011, p. 70.

²⁷⁷³ DEMANGE/GEOFFARD, Concurrence, p. 600 soulignent que pour que les assureurs en concurrence contribuent à l'amélioration de l'efficacité productive, ils doivent être en mesure de bénéficier des gains d'efficacité obtenus et/ou disposer de modes d'actions sur l'offre et la demande de soins.

²⁷⁷⁴ Nous présentons une synthèse des arguments invoqués par les deux camps, tels que nous avons pu les lire dans les journaux, brochures d'information, consignes de vote des partis politiques ou sur internet. Pour une analyse récente et un résumé arguments invoqués, DUC, Caisse-maladie unique, p. 2 ss.

autres régions. Il faudrait donc élargir les zones de primes. Un autre argument invoqué est que la caisse unique supprimerait le problème de compensation des risques qui ne conduit en réalité pas à des économies globales et qui engendre des coûts administratifs. Les coûts liés à la surveillance ainsi que ceux liés aux changements de caisses seraient aussi supprimés. Les réserves et provisions seraient diminuées. Certains invoquent aussi qu'une caisse étatique s'investirait de fait plus dans la prévention. Elle permettrait également de mieux cerner les besoins réels de la population. La caisse unique serait un vrai contre-pouvoir aux fournisseurs de prestations et conduirait à une meilleure représentation des assurés dans les débats. Elle mettrait finalement fin à la possibilité, pour les dirigeants des caisses, d'obtenir des salaires jugés excessifs.

Les détracteurs de la caisse unique invoquent, quant à eux, des arguments pour défendre la pluralité des caisses et leur mise en concurrence. Tout d'abord, la création d'une caisse unique coûterait cher et les emplois actuels seraient menacés. Ils retiennent qu'un système d'adhésion obligatoire sans autre alternative aurait un impact négatif sur la qualité du service, la diversité des modèles d'assurance et, à moyen terme, sur l'offre et la qualité des prestations médicales. L'argument central est que les assurés se voient privés de leur libre-choix. Quant aux coûts, ils retiennent en général que la caisse unique ne permettrait pas de réelle baisse des coûts. La marge d'économie serait très faible et la concurrence pousserait à limiter les coûts et à gérer l'argent des assurés avec prudence. En outre, la tâche administrative resterait, même avec la caisse unique. Le fait de distinguer systématiquement l'assurance de base de la complémentaire coûterait cher puisque les frais sont dédoublés. Quant à la position de l'Etat, plusieurs critiques sont également émises. D'une part, sa politique serait soit celle de l'endettement, soit celle du rationnement. D'autre part, la prise en charge des traitements et la gestion des dossiers seraient plus lentes. De plus, la concurrence permettrait d'augmenter la qualité des services et de favoriser l'innovation. L'offre en modèles d'assurance serait meilleure.

Notre étude étant juridique, nous nous limiterons principalement à relever un point qui nous semble central, à savoir le manque de cohérence et de choix explicite²⁷⁷⁵. On se trouve, en effet, face à un choix général, celui

²⁷⁷⁵ En ce sens, MOSER, *Krankenkassen*, N 1.

d'une multitude de caisses-maladie soumises à concurrence ainsi qu'à un nombre important de dispositions qui encadrent, voire même restreignent la concurrence.

Sur ces questions, on remarque rapidement que les avis politiques divergent fortement et plusieurs groupes d'intérêts, tous relativement puissants, s'opposent²⁷⁷⁶. De plus, il faut compter avec le résultat des processus démocratiques. Les objets soumis au peuple sont généralement refusés, soit car ils renforcent trop le rôle de l'Etat (initiative « Pour une caisse maladie unique et sociale »²⁷⁷⁷, initiative « La santé à un prix abordable »²⁷⁷⁸, initiative « Pour une caisse publique d'assurance-maladie »²⁷⁷⁹), soit car ils sont issus d'un consensus qui ne convient plus à personne (modification de la LAMal réseaux de soins²⁷⁸⁰). Certaines propositions allant dans le sens du renforcement de la position des assureurs ont aussi été abandonnées par le Parlement (suppression de l'obligation de contracter) ou refusées par le peuple (contre-projet à l'initiative pour la baisse des primes d'assurance-maladie dans l'assurance de base : article constitutionnel « qualité et efficacité économique dans l'assurance-maladie »²⁷⁸¹)²⁷⁸².

Au stade actuel, il faut considérer que le peuple confirme le choix historique du législateur d'une pluralité de caisses. Toutefois, cette concurrence vaut sur le même catalogue de prestations. Le *managed care* permet de se différencier (bien que son renforcement ou le fait qu'il devienne le système de base a été refusé). Une série de dispositions est adoptée dans

²⁷⁷⁶ MOSER, Krankenkassen, N 30.

²⁷⁷⁷ Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 11 mars 2007 (Initiative populaire « Pour une caisse maladie unique et sociale ») du 17 avril 2007, FF 2007 3043.

²⁷⁷⁸ Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 11 mai 2003 (Initiative populaire « Initiative Santé ») du 10 juillet 2003, FF 2003 4668.

²⁷⁷⁹ Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 28 septembre 2014 (Initiative populaire « Pour une caisse publique d'assurance-maladie ») du 1^{er} décembre 2014, FF 2014 9239.

²⁷⁸⁰ Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 17 juin 2012 (modification de la loi fédérale sur l'assurance-maladie – réseaux de soins) du 24 juillet 2012, FF 2012 7159.

²⁷⁸¹ Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 1^{er} juin 2008 (article constitutionnel « Qualité et efficacité économique dans l'assurance-maladie ») du 22 juillet 2008, FF 2008 5599.

²⁷⁸² MOSER, Krankenkassen, N 22 ss.

l'espoir de corriger les défauts de la concurrence. D'une part, la surveillance est renforcée par la LSAMal. D'autre part, la révision de la compensation du risque n'a pas été soumise à référendum et atténuée aussi cette concurrence. On retient donc que le maintien d'un système de pluralité d'un côté, lié au renforcement de la régulation – notamment avec la nouvelle compensation des risques – de l'autre, semble être la solution qui se dessine²⁷⁸³ et reflète la volonté populaire fédérale.

Ce choix – ou ce manque de cohérence dans les choix – est souvent critiqué et parfois vu comme une des raisons de l'échec de la maîtrise des coûts²⁷⁸⁴. Les règles spéciales réduisent les bienfaits de la concurrence initialement souhaitée par le législateur²⁷⁸⁵. Le mélange entre concurrence et régulation ne semble, pour ce qui est du secteur des assureurs-maladie, pas faire ses preuves.

Quelques cantons, insatisfaits de la politique fédérale, poursuivent leurs réflexions et envisagent la possibilité d'octroyer une marge de manœuvre aux cantons pour qu'ils puissent instaurer une caisse unique cantonale. Toutefois, une base légale dans la Constitution fédérale est nécessaire, un tel système cantonal allant à l'encontre de la législation fédérale actuelle (la LAMal et la LSAMal prévoient un système avec une pluralité de caisses). Une initiative tendant à la révision partielle de la Constitution (art. 117 al. 3 à 5 Cst.) et intitulée « Assurance-maladie. Pour une liberté d'organisation des cantons » a été lancée fin 2017. Chaque canton serait libre de créer ou non cette institution cantonale. Le délai pour récolter les signatures est arrêté au 3 avril 2019²⁷⁸⁶.

Nous considérons, en outre, qu'une solution viable ne pourra se dessiner que lorsque le débat sera recentré sur le rôle que les assureurs devraient selon nous assumer : la représentation des assurés²⁷⁸⁷. Ils devraient consti-

²⁷⁸³ A titre purement personnel, cette solution ne nous paraît pas idéale et les raisons du maintien de la pluralité des caisses peu convaincantes.

²⁷⁸⁴ MOSER, *Krankenkassen*, N 9.

²⁷⁸⁵ Comco, DPC 2012/1 p. 20, *Rapport annuel 2011*, p. 26.

²⁷⁸⁶ Sur l'examen préliminaire par la Chancellerie fédérale, FF 2017 5809 ss.

²⁷⁸⁷ Au Québec, l'obligation de l'assureur de défendre l'assuré est prévue à l'art. 2503 du Code civil « L'assureur est tenu de prendre fait et cause pour toute personne qui a droit au bénéfice de l'assurance et d'assumer sa défense dans toute action dirigée contre elle ». Relevons en outre que GRÖNINGER/LACHER, *Caisse*, p. 19 ss soulignent que les assureurs suisses devraient se réorienter sur les besoins élémentaires des assurés.

tuer un réel contrepoids face aux fournisseurs et défendre les intérêts des assurés. Pourtant, les augmentations de coûts ne les touchent pas directement, car elles sont reportées sur les assurés et l'assureur ne se positionne que rarement comme « administrateur des assurés ». La concurrence entre assureurs devrait en réalité servir à atteindre l'équilibre entre coûts et utilité des traitements et améliorer leur qualité. Il faut intéresser les assureurs à cette problématique par des règles sur l'organisation des caisses, qui donnent de l'importance à la bonne direction d'entreprise²⁷⁸⁸. Il semble, en effet, que le rôle de « délégataire » d'une tâche publique ne suffise pas²⁷⁸⁹. On pourrait aussi, par exemple, prévoir des droits de participations des assurés (comme ils existent dans l'assurance-accidents, l'AVS ou la prévoyance professionnelle²⁷⁹⁰), ce qui pousserait les assureurs à réellement représenter les assurés²⁷⁹¹.

²⁷⁸⁸ MOSER, *Krankenkassen*, N 30 s., 51 ss. Sur la lacune concernant la question de l'organisation des assureurs, cf. aussi POLEDNA, *Organisation*, p. 20.

²⁷⁸⁹ De cet avis, MOSER, *Krankenkassen*, N 54.

²⁷⁹⁰ Cf. art. 63 LAA, art. 58 LAVS ou art. 51 LPP.

²⁷⁹¹ MOSER, *Krankenkassen*, N 52.

Chapitre 6 : L'ANALYSE DU SYSTÈME DE L'ASSURANCE-MALADIE COMPLÉMENTAIRE

L'assurance-maladie complémentaire est caractérisée par plusieurs éléments.

Il n'existe pas d'obligation de s'assurer. Les assureurs peuvent refuser de nouveaux assurés.

Les relations entre les assureurs et les fournisseurs de prestations ne sont pas réglementées ; ces premiers peuvent refuser de rembourser les traitements fournis par certains fournisseurs de prestations ou certains traitements. Elles sont arrêtées dans les conditions générales d'assurance. La LCart s'applique si des accords sont conclus entre les assureurs et les prestataires (p. ex. des accords sur les prix dans l'assurance complémentaire) ou si un assureur actif dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire abuse de sa position dominante sur un ou plusieurs prestataires. Le Surveillant des prix est compétent si les prix ou tarifs des prestations arrêtés sont issus d'un accord en matière de concurrence ou de l'abus d'une position dominante.

L'activité de l'assureur, en revanche, est globalement réglementée. L'entrée sur le marché est possible lorsque les conditions légales sont remplies²⁷⁹². Cela signifie qu'il existe une pluralité d'acteurs sur le marché et que les assurés ont le libre choix de leur assureur. Contrairement aux assurances-maladie, l'activité liée à la couverture maladie complémentaire peut générer du bénéfice et les assureurs peuvent, pour ce pan de leur activité, poursuivre un but lucratif. Ils peuvent procéder à la sélection du risque et usent pour cela des méthodes qui ont été mentionnées. Il n'y a pas de système de compensation des risques. Les compagnies d'assurance sont tout de même soumises à une surveillance exercée par la FINMA. Dans ce cadre, la prime doit être spécialement approuvée. Le contrôle est toutefois relativement global. Le rôle de la FINMA lors du contrôle des primes consiste à protéger les assurés contre les risques d'insolvabilité et d'abus²⁷⁹³. Cette dernière s'assure que les primes sont

²⁷⁹² HAMMER/PETER/TRAGESER, Wettbewerb, p. 47.

²⁷⁹³ FINMA, Rapport annuel 2016, p. 46 ; CoRe, DPC 2003/4, p. 847 ss, *Beschwerdeentscheid i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau*, c. 4.3.3.

calculées en vertu de principes raisonnables et vérifie qu'il y a un rapport raisonnable entre la prime, le risque couvert et la promesse de prestations en cas de réalisation du risque²⁷⁹⁴. Elle intervient lorsqu'un tarif comprend des marges bénéficiaires qui, dans la durée, ne sont pas conformes au risque. En 2016, elle a d'ailleurs requis des baisses de tarifs ou refusé les augmentations demandées. Ces interventions étaient basées sur des analyses faisant apparaître des bénéfices trop importants. En outre, la FINMA a refusé des demandes de tarif pour lesquelles les assureurs-maladie n'ont pu justifier de manière plausible les augmentations. Notons que la FINMA peut agir sur d'autres points en faveur de la protection des assurés. Elle a par exemple constaté des inégalités abusives de traitement des assurés dans les contrats-cadres comprenant des rabais collectifs et est intervenue²⁷⁹⁵. La licéité de son intervention a été confirmée par le TAF²⁷⁹⁶.

Malgré cela, il faut admettre que les dispositions de la LSA (tout comme celles de la LCA) laissent agir la concurrence aussi dans les relations entre assureurs et qu'il règne une concurrence sur le montant des primes.

Les moyens présentés pour l'assurance obligatoire – prévention, organisation des tarifs, contrôle des coûts, gestion des frais administratifs, sélection du risque²⁷⁹⁷ ainsi que *case-management*, *disease-management* et management de la demande – pourraient être utilisés par les assureurs en vue de proposer des primes plus attractives que les concurrents. La concurrence joue également sur la qualité du service, ainsi que sur la publicité, les relations publiques ou encore sur la recherche et le développement. Ce sont aussi des moyens utilisés pour gagner des parts de marchés. Ainsi, la réglementation vise une surveillance générale et globale, quelque peu comparable à celle qui prévaut dans le secteur bancaire. Toutefois, l'activité de l'assureur repose principalement sur un système de marché et la concurrence prévaut. La LCart s'applique pleinement. On conclut aussi que, puisque les tarifs des primes sont approuvés par la FINMA, le Surveillant des prix doit être informé et peut prendre position. En revanche,

²⁷⁹⁴ Se référant à l'ancienne législation, cf. Comco, DPC 2001/4, p. 645 ss, *Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung*, N 42. Mais l'ancien art. 20 de la LSA de 1978 est repris dans l'actuel LSA.

²⁷⁹⁵ FINMA, Rapport annuel 2016, p. 46.

²⁷⁹⁶ TAF, arrêt B-1242/2016 du 20 juin 2017.

²⁷⁹⁷ Cf. OCDE, Suisse 2011, p. 72.

si plusieurs assureurs se mettent d'accord sur le prix des prestations de santé, le Surveillant des prix serait alors directement compétent.

Les raisons qui poussent les assureurs à tenter d'augmenter leurs parts de marchés sont plus évidentes que pour le volet LAMal de leur activité puisqu'ils peuvent poursuivre un but lucratif et faire des bénéfices. En outre, tout comme pour l'assurance obligatoire, une position forte sur le marché permet d'exercer une influence sur la politique et les politiques. De plus, les informations qui sont obtenues lors de l'exercice de l'assurance de base risquent ensuite d'être utilisées dans l'assurance complémentaire. Ceci s'explique par le fait que la très grande majorité des assureurs exercent les deux branches d'assurance et que les assurés souscrivent les deux types d'assurance auprès de la même entreprise²⁷⁹⁸. Des voix s'élèvent, selon nous à raison, contre les risques du manque de transparence encouru et en faveur d'une meilleure séparation des deux domaines²⁷⁹⁹.

Relevons finalement que, selon la FINMA, pendant l'année 2016, l'assurance-maladie complémentaire a maintenu son niveau élevé de revenus, mais le marché présente des signes de saturation. Elle a en effet perçu près de 10 milliards de francs suisses de primes. Les branches hospitalisation, soins ambulatoires et indemnités journalières représentent chacune un tiers de ce montant²⁸⁰⁰.

²⁷⁹⁸ OCDE, Suisse 2011, p. 72. En 2015, 14 caisses maladie sur 59 exploitent les deux formes d'assurance au sein de la même entité juridique.

²⁷⁹⁹ OCDE, Suisse 2011, p. 72. Cf. aussi l'initiative parlementaire « LAMal. Séparation complète de l'assurance sociale et de l'assurance privée » du 19.03.2007 et le Projet du Conseil fédéral « LAMal. Compensation des risques ; séparation de l'assurance de base et des assurances complémentaires » ainsi que le Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (Compensation des risques. Séparation de l'assurance de base et de l'assurance complémentaire) du 20.09.2013, FF 2013 7135. Les Chambres fédérales ont toutefois voté la non-entrée en matière. Il n'y a pas d'obligation de séparation juridique ou organisationnelle.

²⁸⁰⁰ FINMA, Rapport annuel 2016, p. 46.

CONCLUSION

Les pages qui suivent nous permettent de conclure notre étude. Nous proposons, en premier lieu, une synthèse de nos résultats concernant l'application du droit de la concurrence aux fournisseurs de soins, aux assureurs et au financement de soins. Nos recherches nous conduisent à exposer une conclusion synthétique, par domaines du droit de la concurrence étudiés, et à mettre en évidence certaines lignes directrices²⁸⁰¹.

En second lieu, nous présentons les perspectives. Cette conclusion analytique constitue le résultat des analyses proposées à la fin de nos quatre parties spéciales.

I. SYNTHÈSE

A. La Constitution économique

La **liberté économique**, dans sa dimension individuelle, est garantie par l'art. 27 Cst. Toute personne physique ou morale qui exerce une activité économique lucrative privée est titulaire de ce droit fondamental. Nous avons pu en déduire les éléments suivants :

1. Un hôpital public n'est pas titulaire de la liberté économique, car il exerce une tâche publique. Sous réserve de certains tempéraments, un hôpital privé peut s'en prévaloir lorsqu'il fournit des soins pris en charge en vertu de la LAMal.
2. Dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire, les établissements hospitaliers privés, contrairement aux établissements hospitaliers publics, sont titulaires de la liberté économique.
3. Les médecins installés exerçant sous leur propre responsabilité sont titulaires de la liberté économique. Les médecins employés (d'un établissement de droit public ou privé) ne peuvent s'en prévaloir que de manière limitée. Des nuances sont apportées pour les médecins exerçant à titre d'activité économique privée sous leur propre responsabilité qui

²⁸⁰¹ Notre conclusion synthétique est présentée de la manière suivante : le corps de texte, sans numérotation, correspond à des informations générales, reprenant principalement le texte de loi ou des informations jurisprudentielles ou doctrinales générales. La liste (numérotée), correspond aux conclusions précises auxquelles nous parvenons. La numérotation est continue pour l'entier de la conclusion.

ont une patientèle privée dans un hôpital et pour les médecins employés dans un hôpital où ils développent une patientèle privée.

4. Une entreprise d'assurance peut se prévaloir de la liberté économique pour son activité d'assurance relevant de l'assurance-maladie complémentaire, mais non pour celle relevant de l'AOS, car elle exerce une tâche publique. Elle est en revanche, dans ce cadre, tenue au respect de la liberté économique.

5. Même lorsqu'une entité peut invoquer la liberté économique, sa portée a été très largement réduite, dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire, par la jurisprudence. Le monopole de droit indirect de la Confédération le justifie. On retient deux éléments.

- a) La liberté économique ne permet pas d'obtenir une prestation de l'Etat. Il n'existe aucun droit à figurer sur une liste hospitalière cantonale ou, puisque il faut une autorisation et que la clause du besoin est maintenue, à exercer la profession de médecin à titre d'activité économique privée sous sa propre responsabilité.
- b) Les dispositions qui restreignent le droit d'être admis à pratiquer à charge de l'AOS constituent toutefois une atteinte de fait à l'exercice d'une activité commerciale de l'hôpital ou du médecin. L'examen est principalement limité au principe de l'égalité de traitement entre concurrents économiques.

La liberté économique comprend une dimension institutionnelle (art. 27 et 94 Cst. ; **principe de la liberté économique**). Elle traduit un choix en faveur de l'économie de marché. Les législateurs sont les destinataires du principe. Des dérogations sont possibles aux conditions restrictives de l'art. 94 al. 4 Cst.

6. Le principe de la planification (hospitalière, des équipements), de la clause du besoin ainsi que le régime de l'autorisation pour les médecins dérogent au principe de la liberté économique. L'art. 117 Cst. est une base constitutionnelle jugée suffisante et ce sont des mesures de politiques sociales proportionnelles, qui répondent à un intérêt public.

Le **principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence**, que l'on rattache à l'art. 94 Cst. et qui ne peut donc être invoqué seul, guide l'activité de l'Etat. Il exprime l'interdiction de principe des mesures étatiques distordant la concurrence. Il s'agit d'une interdiction des mesures de politique économique.

7. Lorsque le canton détient des hôpitaux, il est lié par le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence et ne peut avantager ses propres établissements.

8. Les critères cantonaux de mise en œuvre (clause du besoin, planification hospitalière) doivent respecter le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence.

Le principe de l'égalité de traitement entre concurrents économiques est rattaché à l'art. 27 Cst. et peut être invoqué seul. Les mesures étatiques ne doivent pas fausser la concurrence entre concurrents directs, ce qui implique que ces derniers soient traités de la même manière.

9. Dans le domaine de la fourniture de soins de santé, l'examen de la liberté économique est principalement réduit au principe de l'égalité de traitement entre concurrents économiques. Les conditions de l'art. 36 Cst. doivent être respectées.

10. La réglementation de la planification hospitalière met sur un pied d'égalité les hôpitaux publics et privés. Les critères d'admission sur la liste doivent être fixés par une base légale et être les mêmes pour les établissements publics et privés. Les mandats de prestations peuvent contenir des distinctions, si les conditions de l'art. 36 Cst. sont remplies.

L'**Etat** est principalement lié par les principes de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence et de l'égalité de traitement entre concurrents économiques. Nous parvenons aux conclusions suivantes :

11. Ces principes lient l'Etat lorsqu'il légifère, mais aussi lorsqu'il est un acteur du marché.

12. Le TF est peu restrictif et confère une grande marge de manœuvre aux cantons, ce qui doit parfois être critiqué, puisque ces principes constituent le dernier garde-fou permettant d'examiner l'activité de l'Etat (la LCart n'est pas forcément applicable, dans ce contexte, à l'activité de l'Etat).

13. Le principal problème est lié aux établissements hospitaliers et à la restriction de l'activité des cliniques privées admises sur la liste, qui sont donc en concurrence avec des établissements publics.

B. La LCart

La LCart a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir la concurrence dans l'intérêt d'une écono-

mie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart). La loi relève principalement du droit public. Elle se concentre sur une analyse du marché et concerne avant tout la qualité de la concurrence.

a. Personnellement

D'après l'art. 2 al. 1 et 1^{bis} LCart, une **entreprise** est une entité, de droit public ou de droit privé, qui offre ou acquiert des biens ou services et qui est ainsi engagée dans le processus économique. La notion d'entreprise est large et répond à une interprétation économique et fonctionnelle. Le critère de l'indépendance économique est central.

Nous parvenons aux conclusions suivantes :

14. Dans les décisions ou arrêts étudiés, déterminer si l'on est en présence d'une entreprise ne fait que rarement l'objet de longs développements.
15. Les fournisseurs de prestations offrent des services de santé ou demandent des biens ou services. S'ils sont engagés dans le processus économique, ce sont des entreprises. Il en découle que :
 - a) le canton qui détient et exploite des établissements hospitaliers peut être l'entité économiquement indépendante. Les établissements hospitaliers ne sont pas autonomes si le canton peut, selon le droit cantonal, effectivement les contrôler et qu'il fait usage de cette possibilité.
 - b) un médecin est une entreprise s'il dispose de l'indépendance économique requise, soit s'il exerce à titre d'activité économique privée sous sa propre responsabilité professionnelle (art. 34 LPMéd).
16. Les assureurs offrent des prestations d'assurance aux assurés ou des prestations de services, comme des conventions tarifaires, voire demandent des services de santé (pour l'assuré) aux fournisseurs de soins. Ils peuvent aussi apparaître comme offreurs d'un canal de distribution pour les prestations de santé. Ils sont engagés dans le processus économique. Dans un groupe (conglomérat), il faut identifier qui détient l'indépendance économique.
17. Les fédérations de fournisseurs de soins et d'assureurs ne sont, à l'heure actuelle, pas des entreprises ; elles ne proposent pas, indépendamment de leurs membres, des prestations sur le marché. Cela vaut également lorsque les acteurs se réunissent sous l'égide d'une personne morale pour arrêter une structure tarifaire (p. ex. SwissDRG SA, art. 49

al. 2 LAMal). Les membres, dans les limites décrites, sont les entreprises.

L'Etat peut être qualifié d'entreprise pour autant qu'il n'agisse pas en vertu de sa puissance publique, mais apparaisse comme un offreur ou fournisseur de biens ou service, économiquement indépendant.

18. Lorsque le gouvernement cantonal ou le Conseil fédéral arrête, adapte ou approuve une structure tarifaire ou une convention tarifaire (art. 43 al. 5 et 5^{bis}, 46 al. 4, 47, 48, 49 al. 2 LAMal), il agit en vertu de sa puissance publique et n'est pas engagé dans le processus économique. Il ne peut être qualifié d'entreprise.

19. L'établissement de la planification hospitalière s'analyse en deux étapes. Lorsque le canton établit les besoins, il agit selon sa puissance publique et n'est pas une entreprise. Lorsqu'il fixe l'offre et conclut les mandats de prestations avec les établissements hospitaliers, on peut selon nous le qualifier d'entreprise : le canton se comporte comme un demandeur de prestations de santé pour sa population, qu'il finance à hauteur de 55% au moins (art. 49a al. 2 LAMal).

20. Dans le domaine de la médecine hautement spécialisée, l'organe chargé de la planification n'est pas une entreprise ; la LCart n'est pas applicable.

b. Matériellement

Matériellement, la LCart s'applique « aux trois piliers » mentionnés à l'art. 2 al. 1 LCart. L'art. 4 LCart arrête les définitions.

(i) Le premier pilier

Les **accords en matière de concurrence** sont les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 2 al. 1 et 4 al. 1 LCart).

21. Un accord horizontal est conclu entre assureurs ou entre fournisseurs et un accord vertical regroupe plusieurs assureurs et fournisseurs. Seront pertinents celui ou ceux qui visent ou entraînent effectivement une restriction à la concurrence.

22. Un accord vertical peut être conclu entre prestataires de soins/assureurs et des entreprises tierces (fournisseurs de matériel, p. ex.).

23. La restriction peut concerner la concurrence interne (entre participants à l'accord) ou externe (entreprise non-partie à l'accord).

L'accord sur le prix constitue l'exemple principal d'accord en matière de concurrence.

24. Une convention tarifaire qui fixe le prix ou une partie du prix des prestations de santé n'est pas un accord en matière de concurrence si elle est conclue entre un fournisseur de soins et un assureur. Si elle regroupe plus d'un fournisseur de soins et un assureur, il y a un accord en matière de concurrence.

25. Sont des accords en matière de concurrence, les structures tarifaires SwissDRG et Tarmed et les accords sur le prix de base ou la valeur du point, sauf s'ils sont négociés individuellement.

26. Si deux assureurs s'accordent sur le montant des primes d'assurance, il s'agit d'un accord sur les prix.

D'autres paramètres concurrentiels peuvent être l'objet d'un accord en matière de concurrence.

27. Dans le domaine des soins, les accords sur les quantités, la qualité, la répartition géographique des marchés, la coopération pour la distribution, le service clients, ou les conditions commerciales sont également visés.

28. Un accord entre assureurs réglementant la prospection de clients et prévoyant des limitations ou interdictions du démarchage téléphonique ou de la publicité, ou des restrictions quant aux commissions versées aux courtiers peut constituer une restriction à la concurrence.

(ii) Le deuxième pilier

L'art. 2 al. 1 LCart vise les entreprises puissantes sur le marché alors que l'art. 4 al. 2 LCart définit la **position dominante**.

29. La distinction entre puissance sur le marché et position dominante a, avant tout, une importance théorique dans le cadre de la LCart. Matériellement, le 2^{ème} pilier vise les entreprises en position dominante, c'est-à-dire les entreprises qui sont à même de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart).

30. Il y a une position dominante collective si, lors de la conclusion d'une convention tarifaire, une fédération négocie seule face à un assureur ou un fournisseur de prestations.

31. Lorsque le canton est l'entreprise (car il détient des hôpitaux), on peut retenir, selon la composition du marché, une position dominante.

32. Un médecin spécialiste peut potentiellement être en position dominante, par exemple s'il est le seul admis en vertu de l'art. 55a LAMal.

33. On peut envisager qu'un assureur soit en position dominante. Cependant, au vu de la composition du marché, cette hypothèse est aujourd'hui théorique.

(iii) Le troisième pilier

La LCart s'applique aux **concentrations d'entreprises**, telles que définies à l'art. 4 al. 3 LCart.

34. Une concentration entre deux établissements hospitaliers, entre cabinets médicaux, ou entre deux compagnies d'assurance doit être notifiée à la Comco si les seuils prévus par les dispositions matérielles sont atteints (art. 9 LCart).

c. Territorialement

Territorialement, le critère pertinent est le **principe des effets** : les effets d'une restriction à la concurrence doivent se manifester en Suisse, même si le comportement a eu lieu à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart).

35. La condition territoriale est toujours remplie ; on examine les fournisseurs de prestations en Suisse, voire un assureur ayant son siège à l'étranger, mais qui propose des produits d'assurance en Suisse.

d. Les conséquences

Lorsque les conditions d'application prévues à l'art. 2 LCart sont remplies, et que l'on ne retient pas de prescription réservée, les autorités de la concurrence sont compétentes pour examiner si le comportement visé viole les **dispositions matérielles de la LCart**. La Comco peut rendre des décisions et sanctionner les entreprises. Elle peut refuser la concentration ou l'assortir de charges et conditions.

e. Les prescriptions réservées

La loi contient toutefois une réserve. Les autorités n'ont qu'un pouvoir de recommandations lorsque l'on se trouve dans le champ d'application de la loi, mais qu'une prescription qui, sur un marché, exclut de la concurrence certains biens ou services existe (art. 3 al. 1 LCart). Seules les prescriptions qui sont incompatibles avec les dispositions matérielles de la LCart

sont réservées. Le premier exemple concerne les prescriptions qui établissent un **régime de marché ou de prix de caractère étatique** (let. a). Les paramètres économiques essentiels sont fixés ou influencés de manière déterminante par le droit public, ne laissant plus aucune place, ou aucune place significative, à la concurrence. Le second exemple concerne les prescriptions qui chargent certaines entreprises de **l'exécution de tâches publiques** en leur accordant des **droits spéciaux** (let. b). L'entité se voit octroyer une position concurrentielle particulière.

f. L'étude des prescriptions réservées

Déterminer si une prescription réservée existe nécessite une approche segmentée et contextuelle. Le but poursuivi par la législation en cause est déterminant. Une appréciation restrictive, qui permet une application partielle de la LCart sur les paramètres concurrentiels laissés à la concurrence, doit être privilégiée. Une partie importante de notre thèse est consacrée à l'identification de prescriptions réservées.

(i) Les relations entre établissements hospitaliers

36. Lors de la planification hospitalière, lorsque le canton fixe l'offre, il est une entreprise en position dominante. Le processus de planification en tant que tel est toutefois régi par des prescriptions réservées (art. 39 al. 1 let. d et e et al. 2^{ter} LAMal, art. 58a ss OAMal) au sens de l'art. 3 al. 1 LCart.

37. Si l'on excepte la fixation des tarifs avec les assureurs dans l'AOS et les exigences qu'un canton peut imposer aux établissements qui figurent sur sa liste, la LAMal n'exclut pas la concurrence entre hôpitaux. Les dispositions matérielles de LCart sont applicables.

38. Dans l'activité relevant de l'assurance-maladie complémentaire, la LCart s'applique pleinement. Cela signifie que les pratiques des établissements hospitaliers (s'ils sont l'entreprise) et les concentrations peuvent être contrôlées par les autorités de la concurrence. Une réserve doit être formulée en lien avec le champ d'application personnel. En cas de consortium, le canton est l'entreprise et les groupements et accords internes ne peuvent être appréciés par la Comco.

39. La LAMal ou le droit régissant l'assurance-maladie complémentaire ne délèguent pas de compétence aux cantons qui leur permettraient de supprimer la concurrence.

(ii) Les relations entre médecins

40. Excepté la fixation des tarifs dans l'AOS, aucune disposition ne restreint la concurrence entre les médecins, que les prestations soient prises en charge selon la LAMal ou une assurance-maladie complémentaire.

41. L'art. 40 let. d LPMéd régleme la publicité. Ce n'est pas une prescription réservée de sorte que la publicité est non seulement régie par cette loi, mais doit également respecter la LCart.

42. La LAMal ou le droit de l'assurance-maladie complémentaire ne délègue pas de compétences aux cantons qui leur permettraient de supprimer la concurrence.

(iii) Les relations entre assureurs

43. Les art. 19 al. 3 LSAMal et 31a LSA permettent aux entreprises d'assurance proposant des couvertures d'assurance-maladie obligatoire et/ou complémentaire, de conclure un accord visant à régler le démarchage téléphonique, l'abandon des services fournis par des centres d'appels et la limitation de l'indemnisation des intermédiaires. Il s'agit d'une prescription réservée.

44. Excepté la fixation des tarifs dans l'AOS et le démarchage téléphonique, les dispositions matérielles de LCart peuvent être appliquées.

a) Dans l'AOS, la volonté du législateur est la concurrence entre les assureurs, malgré le système de compensation des risques. L'assureur n'exécute pas une tâche publique sur la base d'un droit spécial ; un monopole de droit indirect ne suffit pas pour retenir une prescription réservée.

b) Tant dans le domaine relevant de l'assurance-maladie sociale que complémentaire, l'approbation des primes ne suffit pas à admettre un régime de prix de caractère étatique. Un accord sur les primes peut être examiné par la Comco.

(iv) Les relations entre acteurs étudiés

45. Les conventions conclues entre assureurs et fournisseurs de prestations pour arrêter les tarifs (structure tarifaire ou valeur du point) des prestations LAMal sont couvertes par des prescriptions réservées. Les art. 43 al. 4 et 46 al. 1 et 2 LAMal, ainsi que 49 al. 1 et 2 et 43 al. 5 LAMal établissent un régime de prix de caractère étatique. Les contrats collectifs sont expressément prévus. En outre, la convention tarifaire est approuvée selon les art. 46 al. 4 ou 49 al. 2 LAMal.

46. L'accord sur les prix conclu dans le cadre du réseau de *managed care* est, dans la même mesure, couvert par des prescriptions réservées.

47. Lorsque l'une des parties à la convention tarifaire est en position dominante ou en position dominante collective, la LCart s'applique dans la mesure où le contenu de l'accord n'est pas déjà interdit par l'art. 46 al. 3 LAMal ou imposé par l'art. 49 al. 1 et 2 LAMal. Ce point n'est pas couvert par les prescriptions réservées.

48. Les accords qui concernent un autre paramètre que le prix ne sont pas visés par des prescriptions réservées. Cela vaut aussi pour les accords de *managed care*. La LCart est applicable.

49. Dans l'assurance-maladie complémentaire, il n'y a pas de prescription réservée. Les cantons ne sont pas compétents pour restreindre la concurrence. Une convention tarifaire collective peut être examinée par les autorités de la concurrence.

(v) Les relations entre acteurs étudiés avec des tiers

50. Aucune disposition n'exclut la concurrence lorsqu'un établissement hospitalier, un médecin ou un assureur entre en relation commerciale avec une entreprise tierce (un fournisseur de matériel par exemple). La LCart s'applique pleinement.

g. Les conséquences

Lorsque les conditions d'application sont remplies, la Comco peut examiner les dispositions matérielles (art. 5 ss LCart) et rendre une décision. Si l'on identifie une prescription réservée, elle n'a qu'un droit de recommandation.

Lorsque les conditions ne sont pas remplies, l'Etat est tout de même tenu de respecter les dispositions de la Constitution économique. Celles-ci apparaissent comme des garde-fous.

C. La LSPr

Le but de la LSPr est la lutte contre les abus de prix des cartels et des entreprises puissantes sur le marché, ainsi que la surveillance des prix administrés.

a. Le champ d'application

Le champ d'application de la LSPr se fonde personnellement sur celui de la LCart : il vise les **entreprises**, plus précisément les entreprises qui concluent des accords ou qui sont puissantes sur le marché.

Matériellement, l'examen du Surveillant des prix se limite aux **prix**. Seuls les prix abusifs sont concernés.

Territorialement, le **principe des effets** s'applique.

51. Les situations envisagées dans la présente thèse ne posent pas de problème en lien avec l'application territoriale de la LSPr.

b. Les conséquences

Lorsque les conditions sont remplies, le Surveillant des prix examine le prix (art. 12 ss LSPr), peut trouver une solution amiable avec l'auteur de l'abus voire, en *ultima ratio*, rendre une décision en faveur d'une baisse de prix.

c. Les cas d'application

52. Les prix des prestations relevant de l'assurance-maladie complémentaire, arrêtés par un accord ou une entité en position dominante ne sont pas soumis à la surveillance de la FINMA. Le Surveillant des prix est directement compétent pour apprécier les tarifs. Une compétence parallèle de la Comco est donnée et les règles de coordination entre les deux autorités s'appliquent.

d. Les spécificités des art. 14 et 15 LSPr

Les art. 14 et 15 LSPr sont, si l'on peut dire, les pendants de l'art. 3 al. 1 LCart. Si le **prix est fixé ou approuvé** par une autre autorité législative ou exécutive fédérale ou cantonale, ou si la **surveillance est exercée par une autre autorité** et prévue par le droit fédéral, le Surveillant des prix doit être avisé des décisions ou appréciations de prix et peut émettre des recommandations. La compétence principale est attribuée à l'autre autorité, le Surveillant des prix n'a pas de rôle incisif ni d'obligation d'intervenir. L'examen de ces dispositions nous amène aux conclusions générales suivantes :

53. Sont visés par ces articles les augmentations de prix, le maintien abusif du prix ainsi que les baisses de prix.

54. Malgré leur lettre, les art. 14 et 15 LSPr peuvent imposer aux entreprises ou à l'Etat d'annoncer une modification de prix au Surveillant, même si le prix n'est pas directement issu d'un accord ou d'une entreprise puissante sur le marché. Ces notions sont interprétées largement. L'approbation, voire la surveillance, du prix par l'autre autorité a des effets similaires sur la concurrence.

55. Lorsque les conditions sont remplies, l'autorité a l'obligation d'informer le Surveillant qui n'a, quant à lui, pas d'obligation de se prononcer.

56. Les différences de terminologie constatées dans le texte légal, « prendre l'avis » selon l'art. 14 LSPr et « informer » selon l'art. 15 LSPr, sont sans incidence pratique.

Dans les domaines étudiés, les art. 14 et 15 LSPr s'appliquent dans les situations suivantes :

57. Les prix des prestations de soins relevant de l'AOS sont arrêtés par une convention tarifaire entre prestataires de soins et assureurs qui est approuvée par le gouvernement cantonal ou le Conseil fédéral, ou arrêtés directement par eux. Le Surveillant des prix est compétent dans les limites de l'art. 14 LSPr. Cela concerne tant les structures tarifaires (p. ex. SwissDRG ou Tarmed) que la fixation du prix de base ou de la valeur du point. Cela ne concerne en revanche pas la situation couverte par l'art. 47 al. 3 LAMal (prolongation annale d'une convention tarifaire suite à l'échec du renouvellement).

58. Les primes que l'assuré paie pour sa couverture d'assurance de base sont arrêtées par les assureurs, mais approuvées par l'OFSP – qui est une autre autorité au sens de l'art. 15 LSPr. L'approbation s'inscrit dans un régime de surveillance. L'OFSP est compétent en lieu et place du Surveillant des prix qui doit toutefois être informé de ses appréciations.

59. Sous réserve de l'assurance indemnités journalières collective, les primes relatives à une couverture maladie complémentaire sont soumises à l'approbation de la FINMA – qui est une autre autorité au sens de l'art. 15 LSPr. L'approbation s'inscrit dans un régime de surveillance. Le Surveillant des prix doit être informé des changements de primes, mais n'a qu'un droit de recommandation.

D. La LCD

La LCD est principalement une loi qui contient des dispositions de droit privé. La violation de ses dispositions peut en principe donner lieu à une action pénale. Les dispositions administratives ne sont pas pertinentes dans le cadre de notre étude.

La loi vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée (art. 1 LCD). Elle met au premier plan les relations entre acteurs économiques (loyauté), et con-

cerne principalement la qualité de la concurrence. Contrairement à la LCart et la LSPr, elle ne contient pas de dispositions précisant expressément le champ d'application de la loi.

a. Personnellement

La LCD s'applique aux **entités qui participent au marché et qui se comportent de façon déloyale au sens de la loi**. L'Etat peut être l'auteur d'un comportement déloyal quand il participe à la concurrence. Lorsqu'il agit en vertu de sa puissance publique, la loi s'applique si, du point de vue objectif des participants au marché, l'acte en question est propre à influencer la concurrence. Une réserve s'impose lorsque l'acte n'est qu'un effet accessoire découlant de la poursuite d'un intérêt public.

60. La LCD s'applique aux établissements hospitaliers admis sur la liste et qui violent la LCD en outrepassant leur mission sans que cela réponde à un intérêt public. Les cliniques privées, en tant que participantes au marché, sont tenues au respect des dispositions matérielles. La loi s'applique également aux fédérations d'hôpitaux.

61. La LCD est applicable aux médecins exerçant à titre d'activité économique privée sous leur propre responsabilité. Les médecins employés engagent leur responsabilité ainsi que, si les conditions sont remplies, celle de leur employeur. La loi s'applique également aux fédérations de médecins.

62. Les compagnies d'assurance pratiquant l'assurance-maladie sociale et/ou complémentaire et les courtiers en assurance sont tenus au respect des conditions de la LCD. Les employés d'une compagnie peuvent être poursuivis ; les actes qu'ils commettent sont également imputables à l'employeur si les conditions sont remplies. La loi s'applique également aux fédérations d'assureurs.

63. Conformément aux principes généraux de la LCD, des tiers peuvent également violer la loi.

b. Matériellement

Une action civile, voire pénale, peut être ouverte contre ceux qui ont commis un **comportement déloyal** au sens des art. 3 à 8 LCD ou un comportement qui tombe sous le coup de la clause générale de l'art. 2 LCD.

64. Les principales dispositions qui relèvent matériellement du droit de la concurrence s'appliquent, en principe, aux établissements hospita-

liers, aux médecins et aux assureurs. Les lettres de l'art. 3 al. 1 LCD qui concernent le dénigrement (let. a), la tromperie par des indications inexactes ou fallacieuses (let. b), le risque de confusion (let. d), et les comparaisons inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes dans les médias ou la publicité (let. e), ainsi que l'art. 8 LCD qui vise l'utilisation de conditions commerciales abusives sont principalement pertinents.

Nous avons pu mettre en évidence certains éléments, tempéraments et réserves.

65. Selon la LCD, la publicité comparative et superlative est licite dans les limites de l'art. 3 al. 1 let. e. Les actions civile et pénale sont ouvertes. Parallèlement, la LPMéd limite la possibilité pour les médecins de faire de la publicité. Le droit public cantonal contient aussi de telles restrictions à l'encontre des médecins et parfois des établissements hospitaliers. Là où la LPMéd a épuisé la matière, il n'y a plus de place pour du droit cantonal. La LCD et la LPMéd ne visent pas la protection des mêmes biens juridiques et peuvent s'appliquer en parallèle. Si des dispositions pénales sont prévues par deux législations, elles entrent en concours idéal.

66. L'application de l'art. 8 LCD dépend de la réalisation de conditions : utilisation de conditions générales, au détriment du consommateur, disproportion entre droits et obligations, absence de justification, contradictions aux règles de la bonne foi.

- a) Dans le secteur hospitalier public, le patient peut être qualifié de consommateur. Il n'est cependant pas certain qu'une relation contractuelle existe. Si c'est le cas, elle sera régie par le droit public. L'art. 8 LCD ne s'applique pas directement.
- b) L'assuré est un consommateur. L'art. 8 LCD ne s'applique pas aux contrats conclus par l'employeur, qui n'est pas un consommateur (assurances indemnités journalières collectives).
- c) Dans l'assurance-maladie obligatoire, la relation entre l'assuré et l'assureur ne se fonde pas sur un contrat ; l'art. 8 LCD ne s'applique pas. En revanche, l'assurance individuelle indemnités journalières et l'assurance alternative reposent sur des contrats de droit public. Le règlement d'assurance est qualifié de conditions générales. Celles-ci sont soumises à examen de l'OFSP qui ne devrait pas les approuver en cas de disproportion entre droits et obligations en défaveur de l'assuré. Le juge amené à les appré-

cier se fonde sur le droit public, mais peut s'inspirer de l'art. 8 LCD.

- d) Dans l'assurance complémentaire, il est peu probable que le juge conclue à une disproportion entre droits et obligations en défaveur du consommateur, car la FINMA procède à un examen des CGA et les approuve.

c. Territorialement

Les dispositions de droit civil s'appliquent conformément au principe de la territorialité. Si un élément d'extranéité est constaté, le principe des effets est également applicable. Les dispositions de droit pénal s'appliquent conformément aux principes généraux (principe de territorialité et d'ubiquité).

67. Les éventualités envisagées dans la présente thèse ne posent pas de problème en lien avec l'application territoriale de la LCD.

d. Les conséquences

68. Une action civile peut être ouverte contre l'établissement hospitalier, le médecin ou l'assureur, dans les limites décrites, lorsqu'il adopte un comportement déloyal au sens de la LCD.

69. La qualité pour invoquer les dispositions civiles de la LCD est reconnue aux patients et organisations de patients, aux assurés et aux organisations de consommateurs, aux établissements de soins lésés par un acte de concurrence déloyale et aux associations les représentant, aux médecins lésés par un acte de concurrence déloyale et aux associations professionnelles les représentant, aux compagnies d'assurance ou aux courtiers lésés, et vraisemblablement aussi à l'association des assureurs – pour autant qu'on lui reconnaisse le statut d'association économique.

70. Celui qui a la qualité pour ouvrir une action civile, peut porter plainte pénale. L'action pénale n'est toutefois pas ouverte en cas de violation d'un comportement prévu par les art. 2 ou 8 LCD.

E. L'articulation

71. Lorsque la LCart et la LSPr s'appliquent en parallèle, les conditions d'articulation présentées au chapitre 5 de la première partie de cette thèse s'appliquent.

72. La LCD, d'une part, et la LCart et la LSPr, d'autre part, sont complémentaires. Des procédures parallèles sont possibles.

73. Le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence et le principe de l'égalité de traitement entre concurrents économiques encadrent l'activité de l'Etat (comme législateur ou acteur sur le marché) et doivent être strictement examinés, particulièrement lorsque la LCart ne permet pas de sanctionner un comportement de l'Etat ou que la LSPr ne permet pas une intervention sur le prix, mais aussi quand la LCD n'est pas applicable à l'Etat.

II. PERSPECTIVES

Nous avons, dans les parties spéciales (III-VI), enrichi notre propos par une analyse du système retenu.

Nous avons pu mettre en évidence que le **prix** des prestations de santé prises en charge par l'AOS n'est pas librement fixé de sorte qu'il n'existe pas de concurrence efficace sur ce paramètre concurrentiel.

La réglementation des **établissements hospitaliers** se fonde principalement sur un système de planification. Toutefois, un certain nombre d'éléments ponctuels de concurrence sont introduits et même renforcés par les révisions de la LAMal. Notamment, les établissements publics et privés sont mis en concurrence pour ce qui est des prestations prises en charge par l'assurance de base et l'assuré a le libre choix de l'hôpital. Les différences de traitement entre hôpitaux admis doivent respecter le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence et l'égalité entre concurrents économiques. Nous avons pu relever que la notion de concurrence s'exprime, dans ce secteur, principalement par la comparaison entre établissements et la transparence. Le paramètre concurrentiel visé est principalement celui de la qualité.

Il existe également une tension entre marché régulé et concurrence dans le cadre légal relatif aux **médecins**. Les principaux éléments ont pu être mis en évidence. Nous nous sommes ensuite particulièrement intéressée au système tarifaire Tarmed et avons pu souligner les principaux inconvénients d'un tarif à la prestation. Des débats sont lancés au Parlement pour prévoir un autre système de rémunération²⁸⁰². Nous avons également analysé le système de la restriction de l'admission des médecins (art. 55a LAMal). Bien que nous jugions que celui-ci est conforme à la Constitu-

²⁸⁰² La manière dont est fixé un tarif a en effet une influence sur les coûts, Mess-LCart, p. 153.

tion économique, une critique de sa mise en œuvre peut être formulée. Il serait nécessaire, d'une part, d'adopter un système durable et, d'autre part, de prévoir un calcul du nombre de médecins pouvant être admis qui se fonde réellement sur le besoin.

Concernant les **assureurs-maladie**, nous retenons un manque de cohérence global dans leur appréhension légale. Les assureurs sont en concurrence, principalement sur le montant des primes. Toutefois, celui-ci n'est pas fixé librement et ils disposent de peu de marge de manœuvre. La compensation des risques a pour but d'inciter les assureurs à baisser les primes par des moyens qui contribuent à une baisse générale des coûts, notamment la promotion des modèles alternatifs d'assurance. La concurrence existe, mais est réduite. Le débat sur la caisse unique est à cet égard intéressant. Nous avons également esquissé un avis plus général. Selon nous, il faut repenser le rôle de l'assureur ; celui-ci devrait être de représenter les assurés.

Le domaine de l'**assurance-maladie complémentaire** est régi par les lois du marché et doit être soumis à la concurrence.

Notre travail nous a en grande partie amenée à nous concentrer sur la **question des coûts**, par le biais du paramètre économique du prix. Une approche globale nous semble nécessaire en vue de faire face à un problème systémique. Chaque acteur est responsable d'une partie de l'augmentation des coûts et la solution ne peut être unique. Un rapport vient d'être publié et propose une série de mesures visant à freiner la hausse des coûts²⁸⁰³. La mesure principale proposée est d'instaurer un plafond contraignant pour l'augmentation des coûts. Un grand nombre d'autres mesures sont présentées et analysées. Bien que nécessaire, le développement d'une approche systémique et d'une politique globale semblent en pratique, au vu des débats politiques et de la volonté populaire exprimée en votation, être particulièrement délicats.

Il est néanmoins important de rappeler que le caractère économique n'est qu'un objectif parmi d'autres comparé à celui de l'efficacité, de la sécurité et de la qualité des prestations.

²⁸⁰³ OFSP, Freiner la hausse des coûts dans l'AOS.

