



P.P. CH-3003 Berne

OFJ; bj-ger

POST CH AG

[Recommandé, Exprès, Courrier A etc.]
[Personnellement, Confidentiel]
Commission de sécurité sociale et de santé
publique du Conseil des Etats

Numéro du dossier : 685.2-474/25/49 - 685.2-013-LAMal

Votre référence :

Notre référence : bj-ger

Berne, le 5 octobre 2021

Constitutionnalité de l'art. 47c P-LAMal

Monsieur le président,
Mesdames, Messieurs,

Au travers de l'OFSP, vous nous avez demandé de nous prononcer sur la constitutionnalité du projet d'art. 47c P-LAMal selon le message du Conseil fédéral du 21 août 2019 (Mesures visant à freiner la hausse des coûts, 1er volet)¹. Nous prenons position comme suit :

¹ FF 2019 5765, 5871.



Table des matières

1	Art. 47c P-LAMal	3
2	Compatibilité avec l'art. 117 Cst.	4
2.1	Compétence législative fédérale en matière tarifaire dans l'assurance-maladie sociale	4
2.1.1	Généralités.....	4
2.1.2	Résumé de l'avis de droit du prof. Ueli Kieser, en particulier de son ch. 9.5	5
2.1.3	Appréciation de l'avis de droit du prof. Kieser	5
2.2	Appréciation de l'art. 47c P-LAMal	7
3	Compatibilité avec la liberté économique.....	8
3.1	Généralités.....	8
3.2	Protection tarifaire	8
3.3	Appréciation de l'art. 47c P-LAMal	9
4	Compatibilité avec les art. 41 et 117a Cst.	10
4.1	Art. 41 al. 1 let. b Cst.	10
4.2	Art. 117a al. 1 Cst.....	10
5	Conclusion	10

1 Art. 47c P-LAMal

Cette disposition a la teneur suivante :

Art. 47c Mesures de gestion des coûts

¹ Les assureurs et les fournisseurs de prestations, ou leurs fédérations respectives, prévoient des mesures de gestion des coûts dans les domaines pour lesquels ils doivent conclure une convention tarifaire conformément à l'art. 43, al. 4.

² Les mesures visées à l'al. 1 doivent répondre à l'une des conditions suivantes:

- a. être intégrées dans des conventions tarifaires dont la validité s'étend à toute la Suisse;
- b. faire l'objet de conventions spécifiques dont la validité s'étend à toute la Suisse.

³ Les conventions visées à l'al. 2, let. b, doivent être soumises au Conseil fédéral pour approbation.

⁴ Les mesures visées à l'al. 1 doivent au moins prévoir, pour chaque domaine pertinent pour la catégorie de fournisseurs de prestations concernée:

- a. une surveillance de l'évolution quantitative des diverses positions prévues pour les prestations;
- b. une surveillance de l'évolution des coûts facturés.

⁵ Elles doivent prendre en compte les décisions de planification et de gestion des autorités compétentes.

⁶ Les conventions visées à l'al. 2 doivent prévoir des règles correctrices en cas d'augmentation injustifiée des quantités et des coûts par rapport à une période définie dans la convention. Elles doivent également mentionner les facteurs qui peuvent expliquer une augmentation des quantités et des coûts, mais qui échappent à l'influence des fournisseurs de prestations et des assureurs. Si les règles correctrices prévoient des adaptations des tarifs cantonaux, le gouvernement cantonal compétent vérifie que ces règles figurent dans les conventions tarifaires cantonales lorsqu'il procède à leur approbation.

⁷ Le Conseil fédéral peut définir les domaines visés à l'al. 4.

⁸ Si les fournisseurs de prestations, les assureurs ou leurs fédérations respectives, ne peuvent s'entendre sur les mesures de gestion des coûts, le Conseil fédéral fixe ces mesures. Les fournisseurs de prestations, les assureurs et leurs fédérations respectives sont tenus de communiquer gratuitement au Conseil fédéral, sur demande, les informations nécessaires pour fixer les mesures.

⁹ En cas de manquement à l'obligation de communiquer les informations prévues à l'al. 8, le DFI peut prononcer des sanctions à l'encontre des fournisseurs de prestations, des assureurs et des fédérations concernés. Les sanctions sont les suivantes:

- a. l'avertissement;
- b. une amende de 20 000 francs au plus.

¹⁰ Tous les fournisseurs de prestations et tous les assureurs sont tenus de respecter les mesures de gestion des coûts convenues conformément à l'al. 1 ou fixées en vertu de l'al. 8 pour le domaine en question.

2 Compatibilité avec l'art. 117 Cst.

2.1 Compétence législative fédérale en matière tarifaire dans l'assurance-maladie sociale

2.1.1 Généralités

Selon l'art. 117 al. 1 Cst., la Confédération légifère sur l'assurance-maladie. Cette disposition donne à la Confédération un mandat législatif et une compétence concurrente complète (donc non limitée aux principes) en matière d'assurance-maladie².

La compétence législative de la Confédération en matière d'assurance-maladie couvre non seulement la définition des prestations prises en charge par l'assurance ou le cercle des assurés, mais aussi la régulation de la rémunération prise en charge par l'assurance. Cette régulation du prix peut prendre diverses formes. La LAMal distingue entre les tarifs, qui fixent une base de calcul de la rémunération, et les prix fixant directement la rémunération³. Tarifs et prix constituent le droit tarifaire au sens large.

Le droit tarifaire est un aspect de la fixation au sens large des prestations de l'assurance. Cette fixation recouvre en effet non seulement la désignation au sens étroit des prestations couvertes (cf. art. 24ss LAMal), mais aussi qui peut fournir ces prestations (cf. art. 35 ss LAMal), comment ces prestations peuvent être fournies (cf. art. 56 ss LAMal) et à quel prix (cf. art. 43 ss LAMal). Dès la première loi fédérale sur l'assurance-maladie en 1911, le législateur fédéral a réglementé le droit tarifaire en prévoyant que les conventions tarifaires sont soumises à l'approbation du gouvernement cantonal et que les tarifs médicaux et pharmaceutiques fixés par les gouvernements cantonaux doivent déterminer le minimum et le maximum de la taxe, cadre que les parties tarifaires ne peuvent ni majorer ni réduire⁴. Il est ainsi incontestable que la compétence législative de la Confédération en matière d'assurance-maladie recouvre aussi la réglementation du droit tarifaire.

Le droit tarifaire a toujours eu pour but de maîtriser les coûts à charge de l'assurance. Le Conseil fédéral avait rappelé cette fonction du droit tarifaire dans son message du 6 novembre 1991 relatif à la révision totale de la loi sur l'assurance-maladie : « Les mesures préconisées par la loi pour maîtriser les coûts sont surtout des instruments devant servir à structurer les tarifs et les conventions. »⁵ La jurisprudence a également reconnu que la volonté de maintenir les coûts de la santé dans un certain cadre est un objectif sociopolitique admissible au regard de l'art. 117 Cst.⁶

La Constitution laisse au législateur une grande marge de manœuvre dans l'organisation de la réglementation du droit tarifaire. Depuis la première loi sur l'assurance-maladie de 1911 il y a eu à la fois du droit tarifaire fixé unilatéralement par les autorités et du droit conventionnel négocié entre assureurs et fournisseurs de prestations. Non seulement il appartient au législateur de déterminer si, dans quelle mesure et à quelles conditions il accorde aux assureurs et fournisseurs de prestations une autonomie tarifaire en matière d'assurance-maladie, mais aussi comment conventions tarifaires et tarifs fixés par les autorités s'articulent.

² Par ex. BSK BV-Gächter/Renold-Burch, Art. 117, n°4 et 5. Poledna, St. Galler Kommentar zu Art. 117 BV, n° 6.

³ Art. 43 al. 1 et 2 LAMal.

⁴ Art. 22 al. 1 de la loi du 13 juin 1911 sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents (LAMA), FF 1911 III 815, 823.

⁵ FF 1992 I 77, 111 ch. 222. Cf. aussi Bienlein Martin, Erstellung und Revision ambulanter nationaler Tarifstrukturen im KVG, 2017, p. 50.

⁶ ATF 130 I 26, consid. 6.2 p. 50.

2.1.2 Résumé de l'avis de droit du prof. Ueli Kieser, en particulier de son ch. 9.5

Dans son avis de droit du 6 novembre 2020 sur des questions de constitutionnalité de diverses mesures dans le domaine du droit de l'assurance-maladie, rédigé à la demande de la FMH, le prof. Ueli Kieser soutient que l'art. 117 Cst. oblige le législateur à organiser l'assurance-maladie comme une « assurance ». À son avis, la législation doit gérer le système de l'assurance-maladie en décrivant les prestations ; le droit tarifaire ne saurait conduire à porter atteinte au droit aux prestations légales. Une gestion des coûts ne peut prendre que trois formes : modification de la définition du risque assuré ; détermination des prestations assurées ; épuisement des gains d'efficacité et synergies. Les tarifs doivent être fixés selon les règles applicables en économie d'entreprise. Une réduction du tarif ne serait admissible que s'il est démontré que si cela permet de corriger des inefficiences démontrées. En dehors de ce cas, seul un pilotage par les prestations individuelles serait admissible. Dans la mesure où l'art. 47c P-LAMal ne se limite pas à la correction des inefficiences démontrées, le prof. Ueli Kieser estime qu'il doit être reformulé.

2.1.3 Appréciation de l'avis de droit du prof. Kieser

Nous considérons que le prof. Ueli Kieser commet une erreur en surinterprétant la notion d'assurance à l'art. 117 Cst. Il assimile les caractéristiques principales de la réglementation légale actuelle à la notion constitutionnelle d'assurance et déduit de cette notion l'essentiel de la construction de l'assurance-maladie sociale. Une telle interprétation de la notion constitutionnelle d'assurance conduit à ne laisser qu'une autonomie très restreinte au législateur.

La thèse centrale du prof. Kieser entre en contradiction avec l'interprétation historique de l'art. 117 Cst. Selon les travaux préparatoires, l'art. 117 Cst. laisse au législateur fédéral une très grande marge de manœuvre dans la réglementation de l'assurance-maladie. Le message du Conseil fédéral de 1890 relatif à l'art. 34^{bis} aCst. énonçait ce qui suit :

« Nous avons estimé dès l'abord que la rédaction de l'article additionnel devait être conçue en termes aussi généraux que possible et laisser la plus grande latitude. [...] On peut déjà prévoir quels seront les principes généraux de la législation future, mais il ne convient pas de les consacrer d'ores et déjà par un texte constitutionnel, car ce sont les travaux préparatoires et aussi les débats de l'autorité législative qui nous montreront comment les nouvelles institutions pourront être organisées de façon à répondre le mieux aux besoins du pays. Il n'est pas impossible non plus que l'expérience nous oblige un jour à changer de système. Il est donc préférable à tous égards de ne pas se lier les mains par des dispositions constitutionnelles trop détaillées. »⁷

La volonté de laisser au législateur une très grande marge de manœuvre vaut également pour le constituant de 1999 qui a repris à l'art. 117 Cst. l'art. 34^{bis} aCst., en supprimant même la seule cautèle de cette disposition, à savoir l'obligation de tenir compte « des caisses de secours existantes ». Le Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996 déclarait ainsi que la disposition constitutionnelle « laisse pratiquement toute liberté au législateur dans la conception » de l'assurance-maladie⁸. Cette grande latitude du législateur en matière d'assurance-maladie est confirmée par la doctrine⁹.

⁷ FF 1890 I 309, 322.

⁸ FF 1996 I 1, 337.

⁹ Par ex. BSK-BV, Th. Gächter/St. Renold-Burch, art. 117 n°5 avec d'autres références.

Historiquement, le droit tarifaire de l'assurance-maladie a connu des formes variables. Avant l'entrée en vigueur de la LAMal en 1996, les conventions tarifaires pouvaient prévoir des tarifs échelonnés selon la situation financière des assurés et la protection tarifaire ne s'appliquait pas aux assurés dans une situation très aisée sauf disposition contraire des conventions¹⁰. Il faut donc en déduire que, conformément à la très grande latitude conférée par la Constitution au législateur en matière d'assurance-maladie, la notion constitutionnelle d'assurance n'impose ni l'octroi d'une protection tarifaire ni un mode spécifique de fixation des tarifs. En particulier, l'exigence actuelle mentionnée à l'art. 43 al. 4 LAMal que les tarifs soient fixés selon les règles applicables en économie d'entreprise ne découle pas de l'art. 117 Cst., car elle ne s'appliquait manifestement pas comme telle aux différents tarifs avant l'entrée en vigueur de la LAMal. D'ailleurs, le projet du Conseil fédéral de 1991 avait proposé de donner simplement au Conseil fédéral la possibilité d'établir par voie d'ordonnance des principes visant à ce que les tarifs soient fixés d'après les règles d'une saine gestion économique, afin que les tarifs puissent satisfaire au mieux aux buts du droit tarifaire¹¹. C'est le parlement qui a transformé cette possibilité en un principe impératif pour les conventions tarifaires. Il n'y a pas de raison de penser que la portée de l'art. 117 Cst. soit plus étroite que celle de l'art. 34^{bis} aCst. Une partie de la doctrine reconnaît d'ailleurs que l'art. 117 Cst. accorde au législateur un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne les mesures à prendre pour garantir les besoins financiers du système.¹²

On ne peut pas non plus aboutir à l'interprétation défendue par le prof. Kieser sur la base d'une interprétation systématique avec les autres dispositions constitutionnelles relatives à d'autres assurances sociales. L'art. 117 Cst. se distingue en effet par son caractère très ouvert, alors que les bases constitutionnelles de la plupart des autres assurances sociales fédérales contiennent nombre de prescriptions plus ou moins détaillées relatives aux prestations ou au financement¹³.

Le prof. Kieser se réfère à de nombreux arrêts du Tribunal fédéral qui excluent une réduction des prestations par des conditions d'ordre tarifaires. La jurisprudence ne déduit toutefois pas cette prohibition de la Constitution. Elle garantit simplement le respect des prescriptions de la loi dans les différents domaines d'assurance. Sans base légale expresse, les conditions légales de prise en charge de prestations priment les règles tarifaires. Cela ressort clairement de la citation suivante :

*« Für die von der Beschwerdeführerin unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit angestrebte Rationierung in dem Sinne, dass notwendige medizinische Leistungen zwecks Eindämmung der Gesamtkosten nicht zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gehen sollen, fehlt eine Grundlage. Insbesondere sind im KVG keine entsprechenden Massnahmen vorgesehen ([mit Verweisen auf die Rechtslehre]) »*¹⁴

La coordination entre les règles de la LAMal sur l'étendue des prestations de l'assurance obligatoire des soins et le projet d'art. 47c P-LAMal n'est à notre avis pas une question réglée par la Constitution, mais une question qu'il appartient au législateur de trancher. Cette question n'est pas réglée expressément par l'art. 47c P-LAMal. Comme on ne saurait déduire de la notion de « règles correctrices » à l'art. 47c P-LAMal une primauté de ce type de règles sur

¹⁰ Art. 22 al. 2 et 3 LAMa tel qu'adopté le 13 mars 1964.

¹¹ Art. 37 al. 6 P-LAMal ; Message, FF 1992 I 157.

¹² B. Kahil-Wolff Hummer, Art. 117, n° 14 in Martenet/Dubey, Commentaire romand de la Constitution fédérale, 2021.

¹³ Cf. art. 112 Cst. pour l'AVS et l'AI, art. 113 Cst. pour la prévoyance professionnelle, art. 114 Cst. pour l'assurance-chômage.

¹⁴ ATF 145 V 116, consid. 6.3 p. 128. Souligné par nous.

la détermination des prestations légales, les « règles correctrices » ne peuvent réduire le droit aux prestations définies par la loi. Par exemple, un rationnement dans le sens qu'une prestation ne serait plus prise en charge lorsqu'un contingent annuel prédéterminé serait épuisé nécessiterait une base légale beaucoup plus explicite que l'art. 47c P-LAMal. Une telle réglementation ne pourrait pas être introduite à titre de « règle correctrice ».

2.2 Appréciation de l'art. 47c P-LAMal

Cette disposition s'applique dans les domaines où la LAMal prévoit la conclusion de conventions tarifaires. Elle pose des conditions matérielles quant au contenu de ces conventions tarifaires. Elle reste donc dans le cadre de la compétence législative fédérale en matière tarifaire.

L'art. 47c P-LAMal maintient le principe de l'autonomie tarifaire en chargeant les fournisseurs de prestations et les assureurs d'établir des mesures de gestion des coûts tout en imposant un certain nombre de conditions matérielles (al. 1, 2, 4 à 6). Elle laisse aux parties tarifaires une grande marge de manœuvre. Elle les charge de prévoir certaines mesures de surveillance de l'évolution, telles qu'en particulier la surveillance de l'évolution quantitative des diverses positions et celle de l'évolution des coûts facturés. (al. 4). Elle les charge d'autre part de prévoir des « règles correctrices » en cas d'augmentation injustifiée des quantités et des coûts (al. 6). Elle laisse ainsi aux parties tarifaires le soin de déterminer quand est-ce qu'une augmentation des quantités ou des coûts est injustifiée. Elle les laisse aussi déterminer quelles sont les « règles correctrices », le message se bornant à donner des exemples (réductions tarifaires, tarifs dégressifs ou remboursements¹⁵), et quelle devrait être l'étendue matérielle et temporelle de la correction.

En soi, l'art. 47c P-LAMal impose aux parties tarifaires de régler (plus ou moins abstraitement) des questions qu'elles pouvaient ou devaient déjà examiner concrètement lors de la révision de conventions tarifaires.

L'art. 47c, al. 7, P-LAMal permet aussi au Conseil fédéral de fixer à titre subsidiaire des mesures de gestion des coûts si les fournisseurs de prestations et les assureurs ne parviennent pas à s'entendre sur de telles mesures. L'art. 117 Cst. n'imposant pas l'octroi d'une autonomie tarifaire, le législateur peut fixer lui-même les mesures de gestion des coûts ou déléguer au Conseil fédéral la compétence subsidiaire de fixer unilatéralement les mesures de gestion des coûts. L'art. 47c, al. 7, P-LAMal accorde au Conseil fédéral un très large pouvoir d'appréciation, car la loi ne définit pas l'étendue des « règles correctrices » susceptibles d'être adoptées ni ne précise le seuil très abstrait des augmentations injustifiées de quantités ou de coûts. La jurisprudence a toutefois reconnu en relation avec la compétence d'adapter les structures tarifaires inappropriées (art. 43 al. 5^{bis} LAMal) que le caractère subsidiaire de cette compétence législative rendait admissible l'octroi d'un très large pouvoir d'appréciation, car les parties tarifaires peuvent en tout temps reprendre la maîtrise en convenant d'une adaptation de la structure tarifaire¹⁶. On peut admettre qu'il en va de même s'agissant des « règles correctrices ». Le caractère subsidiaire de la délégation législative de l'art. 47c, al. 7, P-LAMal peut ainsi être considéré comme un motif valable pour assouplir les exigences de densité normative de l'art. 164 Cst. pour une délégation législative au Conseil fédéral.

¹⁵ FF 2019 5765, 5841.

¹⁶ ATF 144 V 138, consid. 6.4.4 p. 150.

3 Compatibilité avec la liberté économique

3.1 Généralités

Le Tribunal fédéral a reconnu depuis 1983 que la Constitution accorde à la Confédération un monopole juridique indirect en matière d'assurance-maladie. Il en a déduit que la liberté économique ne peut pas être invoquée par le titulaire d'une autorisation de mise sur le marché d'un médicament pour obtenir l'inscription de celui-ci sur la liste des spécialités¹⁷ ou par une personne avec une formation de masseur demandant d'être reconnue comme fournisseur de prestations au même titre que les physiothérapeutes¹⁸. S'agissant des limitations à l'admission des médecins sur la base de l'ancien art. 55a LAMal, le Tribunal fédéral a admis que le stop aux admissions tombait quand même dans le domaine de protection de la liberté économique, car l'atteinte de fait à l'activité économique privée des médecins non admis avait des effets s'apparentant à une limitation à une prétention juridique ; la portée de la liberté économique dans ce contexte s'étend toutefois essentiellement à la garantie que la limitation de l'admission repose sur des critères objectifs respectant l'égalité entre concurrents¹⁹.

S'agissant du domaine tarifaire, la jurisprudence a reconnu que la législation peut fixer le prix de prestations payées par une assurance sociale (co-)financée par l'État²⁰. La liberté économique ne donne pas le droit de fournir librement et de manière illimitée des prestations à charge de l'assurance sociale.²¹ Elle ne donne pas non plus le droit à une couverture complète des coûts qu'a le fournisseur de prestations pour fournir une prestation à charge de l'assurance.²²

3.2 Protection tarifaire

Dans le système prédominant depuis les débuts de la réglementation fédérale en matière d'assurance-maladie, à savoir celui du remboursement des coûts, il faut clairement séparer la réglementation des coûts à charge de l'assurance-maladie d'une part et l'impact de cette réglementation sur la relation entre l'assuré et le fournisseur de prestations d'autre part. Le droit tarifaire fixe le prix que l'assurance-maladie prend en charge. C'est la réglementation en matière de protection tarifaire (cf. art. 44 et 52 al. 3 LAMal) qui détermine si le prix à charge de l'assurance s'impose également dans la relation entre l'assuré et le fournisseur de prestations, à savoir si ce dernier est aussi lié par le prix déterminé par le droit tarifaire vis-à-vis de l'assuré ou s'il est libre de fixer le prix qu'il facture à l'assuré. En 1964, le législateur fédéral avait exclu de la protection tarifaire les assurés dans une situation très aisée²³. Il avait également permis que les tarifs soient échelonnés selon la situation financière des assurés (art. 22 à 22^{ter} LAMA). Lors de l'adoption de la LAMal, le législateur avait réintroduit une protection tarifaire applicable à tous les assurés, à l'exception de la rémunération des moyens et des appareils diagnostiques ou thérapeutiques²⁴. Selon les travaux préparatoires, ce choix était motivé par le souci de sauvegarder le principe de l'égalité de traitement des assurés ; il constituait aussi le pendant et le complément logique de l'obligation générale d'assurance²⁵.

¹⁷ ATF 109 V 207, consid. 4.d.bb p. 217 s.

¹⁸ ATF 122 V 85, consid. 5.a.bb p. 95 s.

¹⁹ ATF 130 I 26, consid. 44 et 4.5 pp. 42 s. ; ATF 141 V 557, consid. 7.1 p. 569.

²⁰ TF arrêt 9C_537/2020 du 13 avril 2021, consid. 6.5.2 non publié dans l'ATF 147 V 194.

²¹ ATF 130 I 26 consid. 4.5 p. 43 ; 138 II 398, consid. 3.9.2 et 3.9.3 p. 425 s. ; 141 V 557, consid. 7.1 p. 569 ; TF arrêt 9C_537/2020 du 13 avril 2021, consid. 6.5.2.

²² ATF 142 V 94 consid. 5.1 p. 102 ; arrêt 9C_176/2016 du 21 février 2017, consid. 5.1.

²³ Art. 22^{bis} al. 4 de la révision du 13 mars 1964 de la LAMA (RO 1964 961).

²⁴ Art. 44 a. 1 LAMal.

²⁵ Message, FF 1992 I 77, 157.

La liberté économique vaut intégralement pour les prestations médicales non couvertes par la protection tarifaire. C'est le cas pour les prestations supplémentaires qui sortent du cadre des prestations de l'assurance obligatoire des soins, tel que le libre choix du médecin dans le domaine hospitalier. Selon la jurisprudence et une partie de la doctrine, il n'y a en revanche pas de place pour des prestations supplémentaires s'agissant des prestations fournies de manière ambulatoire qui sont prises en charge par l'assurance obligatoire des soins.²⁶

La liberté économique s'applique également si un fournisseur de prestations fait usage de son droit de récusation (art. 44 al. 2 LAMal) et renonce dès lors à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins.

3.3 Appréciation de l'art. 47c P-LAMal

A la base, les « règles correctrices » visées par l'art. 47c P-LAMal sont soustraites à la liberté économique au même titre que le reste du droit tarifaire. Les fournisseurs de prestations ne peuvent pas se prévaloir de la liberté économique pour exiger que le tarif reste inchangé, qu'il n'évolue que vers le haut ou qu'ils puissent fournir durablement la même quantité de prestations aux mêmes coûts.

Même en dehors du champ d'application des droits fondamentaux, les mesures prises par les autorités doivent respecter le principe de proportionnalité²⁷. Il en découle notamment qu'une « règle correctrice » ne devrait en règle générale pas continuer à déployer ses effets lorsque les motifs de son application ne sont plus réalisés. Par exemple, une réduction tarifaire motivée par une augmentation des coûts ou des quantités pendant une période donnée pourrait devenir disproportionnée si elle est maintenue alors que le volume des prestations revient à un niveau qui n'aurait pas justifié l'application de la « règle correctrice ». Si le tarif d'origine sans correction s'est avéré ne plus respecter l'exigence d'économicité, ce n'est pas la « règle correctrice » qui doit continuer à s'appliquer, mais c'est le tarif d'origine qui doit être modifié.

À notre avis, tant la notion de « règle correctrice » que celle d'augmentation injustifiée des coûts et des quantités à l'art. 47c P-LAMal sont des notions juridiques indéterminées. A ce titre, elles doivent être interprétées de manière coordonnée avec le reste de la loi et ne sauraient donc prévaloir sur les principes légaux de tarification régissant les tarifs dans l'assurance obligatoire des soins²⁸. Ces principes doivent donc aussi s'appliquer en matière de « règles correctrices », en l'absence de règle légale contraire. Cela vaut également en cas de fixation de « règles correctrices » à titre subsidiaire par le Conseil fédéral sur la base de l'art. 47c al. 7 P-LAMal, à l'instar de ce qui s'impose pour la fixation de tarifs par les autorités cantonales²⁹. Le Conseil fédéral dispose toutefois d'un large pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre de ces principes lors de l'approbation de règles correctrices dans des conventions ou lors de leur édicition à titre subsidiaire.

La question se pose si, à l'instar des limites reconnues par la jurisprudence pour les limitations d'accès à la profession de médecin³⁰, il ne découle pas aussi de l'art. 27 Cst., malgré l'exclusion en principe du domaine tarifaire du champ de protection de la liberté économique, des limites à la fixation de tarifs bénéficiant d'une stricte protection tarifaire. La question peut toutefois rester ouverte. D'une part, les fournisseurs de prestations conservent la faculté de

²⁶ ATF 126 III 345, consid. 3.b p. 350 s.; G. Eugster, *Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG*, 2e éd., 2018, Art. 44 n° 5. Sur la contreverse doctrinale, cf. BSK KVG-Eichenberger/Helmle, Art. 44 KVG, n°19 ss.

²⁷ Art. 5 al. 2 Cst.

²⁸ Cf. art. 43 al. 4 et 6, 46 al. 4 et 49 LAMal; art. 59c et 59d OAMal.

²⁹ ATAF 2014/3 consid. 2.7; BSK KVG-Etter, Art. 47 KVG n°6.

³⁰ Cf. supra ch. 3.1.

se soustraire à la protection tarifaire et de retrouver leur liberté économique entière en se refusant selon l'art. 44 al. 2 LAMal, même si l'existence d'un marché en dehors des prestations à charge de l'assurance obligatoire des soins est, dans beaucoup de domaines, hypothétique. D'autre part, nous avons vu que les principes ordinaires de fixation des tarifs s'appliquent aussi aux « règles correctrices », de sorte que la marge de manœuvre vers le bas des « règles correctrices » est également limitée. Enfin, nous verrons que les art. 41 et 117a Cst. influent aussi sur la marge de manœuvre en matière de « règles correctrices ». L'application de l'art. 47c P-LAMal de manière à soulever la question d'une limitation par l'art. 27 Cst. paraît ainsi théorique et se heurterait selon toute vraisemblance d'abord à d'autres règles légales et constitutionnelles.

4 Compatibilité avec les art. 41 et 117a Cst.

4.1 Art. 41 al. 1 let. b Cst.

Selon l'art. 41 al. 1 let. b Cst., la Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à ce que toute personne bénéficie des soins nécessaires à sa santé. Ils s'engagent en faveur des buts sociaux dans le cadre de leurs compétences constitutionnelles et des moyens disponibles (art. 41 al. 3 Cst.). La Confédération doit donc tenir compte de ce but social dans la réglementation de l'assurance obligatoire des soins. L'art. 47c P-LAMal doit être interprété et appliqué de manière à tenir compte du but social de permettre à tous les assurés de bénéficier des soins nécessaires à leur santé. Ce but social ne serait plus respecté par un tarif dégressif qui aurait pour conséquence qu'une partie des soins nécessaires ne seraient plus accessibles pour une partie de la population parce que ces soins ne seraient plus fournis *de facto* qu'en dehors de l'assurance obligatoire des soins (par exemple parce que la plupart des fournisseurs de cette catégorie de prestations se récuseraient conformément à l'art. 44 al. 2 LAMal).

4.2 Art. 117a al. 1 Cst.

Selon cette disposition, la Confédération et les cantons veillent, dans les limites de leurs compétences respectives, à ce que chacun ait accès à des soins médicaux de base suffisants et de qualité. Ce mandat s'impose à la Confédération lorsqu'elle met en œuvre l'art. 117 Cst. L'art. 47c P-LAMal doit donc être interprété et appliqué de manière à tenir compte du mandat de garantir l'accès à des soins médicaux de base suffisants et de qualité. Une « règle correctrice » ayant pour conséquence que des prestations de l'assurance obligatoire des soins faisant partie des soins de base ne seraient *de facto* plus accessibles aux assurés, plus de manière suffisante ou plus avec la qualité nécessaire entrerait en conflit avec l'art. 117a al. 1 Cst. Même si l'assurance obligatoire des soins n'a pas pour vocation de garantir l'offre de soins, elle doit être mise en œuvre de manière à permettre la réalisation du mandat de l'art. 117a al. 1 Cst.

5 Conclusion

L'art. 47c P-LAMal est conforme à la Constitution. Il n'outrepasse pas le cadre de la compétence législative que l'art. 117 Cst. attribue au législateur fédéral. Étant formulé de manière

très ouverte, l'art. 47c P-LAMal pourra être interprété et appliqué de manière conforme aux autres dispositions pertinentes de la Constitution.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le président, Mesdames, Messieurs, nos salutations distinguées.

Susanne Kuster
Directrice suppléante

Collaborateur: Philippe Gerber