

Note de l'Office fédéral de la santé publique du 2 décembre 2024 à l'intention de la CSSS- N

Champ d'application de la loi sur les cartels en relation avec les contrats de coopération (art. 37a P-LAMal)

1 Mandat et contexte

Le 7 novembre 2024, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) a délibéré sur la modification de la LAMal « tarifs de la liste des analyses » (24.037). Outre la décision de prévoir à l'avenir, pour les analyses, non plus un tarif officiel, mais un tarif négocié (entre les assureurs-maladie et les fournisseurs de prestations concernés), il a été décidé, sur proposition, qu'il conviendrait d'appliquer aux laboratoires qui ne procèdent à aucune analyse des soins de base pour leurs propres besoins¹, des conditions particulières d'admission et de rémunération de ces analyses. Selon la décision de la CSSS-N, la nouvelle disposition doit être libellée ainsi (art. 37a P-LAMal) :

¹ Les fournisseurs de prestations visés à l'art. 35, al. 2, let. f, qui ne procèdent à aucune analyse de soins de base pour leurs propres besoins, concluent un contrat de coopération avec un ou plusieurs assureurs. Dans la mesure où dans un canton, une offre appropriée et de haut niveau de qualité est garantie, les assureurs et les fournisseurs de prestations ont le libre choix de leurs partenaires contractuels. Les contrats règlent notamment la rémunération des analyses.

² Les assureurs mettent à disposition des assurés, des médecins, des hôpitaux et des cantons une liste des fournisseurs de prestations avec lesquels ils ont conclu un contrat de coopération. Chaque modification apportée à la liste est publiée. Les assurés et les cantons ont accès à la liste actualisée à tout moment. Les assureurs peuvent saisir les informations sur la carte d'assuré.

³ Avant d'attribuer le mandat, le fournisseur de prestation informe la personne assurée dans le cas où la prestation ne peut pas être facturée à la charge de l'assurance obligatoire des soins, car aucun contrat de coopération au sens de l'al. 1 n'a été conclu avec l'assureur. Le Conseil fédéral règle les sanctions si le fournisseur de prestation ne respecte par l'obligation d'informer.

Dans le développement de la proposition, il est précisé que l'assouplissement de l'obligation de contracter dans ce domaine est important pour les analyses concernées, afin de renforcer encore la concurrence et de permettre aux payeurs de primes de bénéficier de prix nettement plus bas. Cette nouvelle mesure permettra aux partenaires tarifaires de négocier leurs propres contrats, ce qui devrait accroître l'efficacité.

L'Office fédéral de la santé publique (OFSP) considère que l'instauration de tels contrats de coopération entre les assureurs-maladie et les laboratoires qui ne procèdent à aucune analyse des soins de base pour leurs propres besoins, en complément de l'admission cantonale proprement dite des laboratoires concernés pour facturer des prestations à la charge de l'assurance obligatoire des soins (AOS) en vertu de l'art. 36 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal ; RS 832.10), donnera aux assureurs maladie un moyen supplémentaire de réguler le marché. En outre, ce contrat de coopération représente un nouveau type de contrat dans la LAMal. Il se distingue ainsi des conventions tarifaires prévues à l'art. 43, al. 4, en relation avec l'art. 46

¹ Cette réglementation s'applique donc essentiellement aux laboratoires mandatés visés à l'art. 54, al. 3, OAMal et aux officines de pharmaciens visées à l'art. 54, al. 1, let c, de l'ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal ; RS 832.102). Les autres (les laboratoires d'hôpitaux et les laboratoires de cabinets médicaux) peuvent procéder à des analyses des soins de base pour leurs propres besoins.

LAMal. À cet égard, il convient de noter que l'on renonce à soumettre ces contrats de coopération à l'approbation des autorités compétentes, comme le prévoit l'art. 46, al. 4, LAMal pour les autres conventions tarifaires. Les assureurs établissent une liste actualisée des laboratoires avec lesquels ils ont conclu une convention, accessible aux assurés, aux fournisseurs de prestations et aux cantons.

Le 7 novembre 2024, lors des délibérations de la CSSS-N concernant l'intervention, l'OFSP a été prié de préciser dans une note si ces nouvelles règles étaient soumises à la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart ; RS 251) et quelles étaient les voies de recours / les procédures administratives correspondantes. L'OFSP a consulté le secrétariat de la Commission de la concurrence (COMCO) à ce sujet.

2 Intégration du contrat de coopération dans la systématique actuelle de la LAMal

Comme indiqué précédemment, l'art. 37a P-LAMal ajoute une condition supplémentaire à l'autorisation d'exercer à la charge de l'AOS pour les laboratoires concernés. Avec la suppression de l'obligation de contracter, il incombe donc aux assureurs-maladie de décider avec quels laboratoires qui ne procèdent à aucune analyse des soins de base pour leurs propres besoins, un contrat de coopération est conclu et comment, dans le canton concerné, une offre appropriée et de haut niveau de qualité est garantie (cf. art. 37a, al. 1, 2^e phrase, P-LAMal). Le projet ne prévoit pas de compétence correspondante des cantons (similaire à l'art. 45 LAMal) pour prendre des mesures si les assureurs-maladie ne garantissent pas une offre appropriée et de haut niveau de qualité des laboratoires concernés. Il en va de même pour la possibilité de contester de telles décisions ou mesures des gouvernements cantonaux devant le Tribunal administratif fédéral (sur la base de l'art. 53 LAMal).

En vertu de l'art. 37a, al. 1, 3^e phrase, P-LAMal, le contrat de coopération règle, outre l'admission des laboratoires, notamment la rémunération de chaque analyse. Le contrat de coopération se distingue ainsi – y compris quant à la classification de la réglementation dans la systématique de la LAMal – des règles tarifaires prévues aux art. 43 ss LAMal. En particulier, l'approbation ou la fixation de ces contrats par les autorités compétentes en vertu des art. 46, al. 4, 47 et 48 LAMal n'est plus requise. Avec la suppression de l'obligation de contracter pour certains types d'analyses, le régime de concurrence réglementée prévu par la LAMal actuelle, ainsi que tout contrôle étatique des prix ou du marché, sont abandonnés. Le nouveau contrat de coopération visé à l'art. 37a P-LAMal en témoigne. Celui-ci n'est ni approuvé par l'autorité compétente prévue à l'art. 46, al. 4, LAMal, ni fixé en vertu des art. 47 et 48 LAMal. Le Surveillant des prix n'est pas non plus auditionné. Par conséquent, la loi sur les cartels s'applique aux domaines de prestations correspondants des analyses.

3 La loi sur les cartels

La LCart vise à promouvoir une concurrence efficace en luttant contre les restrictions de concurrence préjudiciables sur le plan économique ou de la société. Dans la grande majorité des relations commerciales sur les marchés où les partenaires commerciaux sont en concurrence, il n'y a pas de problèmes nécessitant l'intervention des autorités en matière de concurrence. Ce n'est que lorsque les acteurs décident de se soustraire à une saine concurrence en réduisant la pression concurrentielle par des accords (p. ex. sur les prix, les quantités et/ou la répartition géographique) (art. 5 LCart) ou en exploitant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif (art. 7 LCart) que la loi sur les cartels intervient. Un tel comportement vise à procurer aux entreprises concernées une rente cartellaire au détriment des clients. L'intervention se concentre alors sur le rétablissement d'une concurrence efficace au profit de l'économie dans son ensemble.

Si, dans le présent contexte, les parties contractantes concernées sont soumises à la LCart, cela signifie que les négociations communes sur les contrats de coopération, par exemple entre des associations ou des (grands) groupes de laboratoires et/ou d'assureurs, sont qualifiées d'accords en matière de concurrence au sens de l'art. 4, al. 1, LCart, et peuvent être problématiques au regard du droit des cartels en vertu de l'art. 5 LCart. En l'absence de motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5, al. 2, LCart, de tels contrats de coopération seraient prohibés et pourraient être accompagnés de sanctions. La réduction des éventuels coûts bureaucratiques ou administratifs des négociations au niveau des associations ne peut être invoquée comme motif d'efficacité au sens de la LCart. L'existence d'un accord illicite en matière de concurrence doit être examiné au cas par cas.

Les coopérations licites suivantes peuvent servir de première orientation :

- Les assureurs peuvent former des communautés d'achat, sous réserve que ce regroupement permette d'obtenir de meilleures conditions d'achat qui n'auraient pas été possibles sans lui (p. ex. rabais de quantité). Les avantages obtenus devraient toutefois être transmis aux assurés.
- Les laboratoires peuvent former des communautés de travail lorsqu'ils ne sont pas en mesure, individuellement, de répondre à un appel d'offres lancé par un ou plusieurs assureurs pour la fourniture de certaines analyses (p. ex. gamme trop restreinte et/ou quantité trop faible de certaines analyses). Toutefois, plus le groupe est important et moins les raisons invoquées pour sa formation sont justifiées, plus le risque d'enfreindre les règles du droit des cartels est élevé.

Les partenaires doivent également tenir compte de l'art. 4, al. 2, en liaison avec l'art. 7 LCart. Ce dernier définit les cas où pratiques qui sont considérées comme illicites lorsqu'ils sont réalisés par une entreprise ayant une position dominante ou un pouvoir de marché relatif. Cela signifie concrètement que si un assureur ou un laboratoire devait par exemple avoir une position dominante dans un canton, cela pourrait être problématique au sens de la LCart si un comportement discriminatoire ou abusif devait être adopté envers le partenaire tarifaire.

4 Procédure civile en vertu de la LCart

Celui qui, en vertu de l'art. 12 LCart, subit une restriction illicite à la concurrence qui l'entrave dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci, peut demander la suppression ou la cessation de l'entrave (a) ; la réparation du dommage et du tort moral conformément au code des obligations (b) ; ou la remise du gain réalisé indûment selon les dispositions sur la gestion d'affaires (c) (dispositions de procédure civile en matière de cartel).

Ont qualité pour recourir les 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 (art. 2 LCart). L'État peut également recourir lorsqu'il représente une entreprise de droit public.

Le signalement ou la dénonciation d'un comportement potentiellement anticoncurrentiel aux autorités peut être effectuée par les parties prenantes, par exemple par les (fédérations de) fournisseurs de prestations ou les (fédérations d') assureurs, ainsi que par des tiers (y compris les personnes assurées) (dispositions de procédure administrative en matière de cartel).

5 Synthèse et enjeux

La modification de la LAMal « Tarifs de la liste des analyses » (24.037) vise à passer d'un tarif officiel à un tarif négocié. La CSSS-N souhaite qu'en plus de ce changement de système, l'obligation de contracter soit supprimée pour certains laboratoires, et ce, par l'ajout d'un nouvel art. 37a P-LAMal. La densité normative prévue à cet effet est minime et laisse de nombreuses questions en suspens :

1. On ne sait pas clairement qui est responsable d'évaluer si l'offre de soins est suffisante ou non dans le canton concerné pour les analyses en question (« Dans la mesure où... ») ni comment procéder lorsqu'elle est insuffisante (ou suffisante). Cela signifie que selon le canton, il peut avoir un système de rémunération complètement différent pour ces analyses.
2. Les laboratoires effectuent des analyses pour leurs propres besoins et/ou sur mandat. Il n'est pas clair si l'obligation de contracter s'applique également aux laboratoires qui font les deux, comme les laboratoires d'hôpitaux.
3. Conformément à l'art. 37a, al. 2, P-LAMal, les assureurs mettent à disposition des assurés, des médecins, des hôpitaux et des cantons une liste des fournisseurs de prestations avec lesquels ils ont conclu un contrat de coopération. Chaque modification apportée à la liste est publiée. On ne sait pas ce qui se passe si les assureurs ne respectent pas cette obligation de mise à jour (aussi bien dans la relation assureur – fournisseur de prestations que dans la relation assureur – fournisseur de prestations – personne assurée).