

Quelle place pour l'application du droit de la concurrence dans le domaine des prestations de soins et du financement des soins ?

Résumé de thèse de doctorat

MANON JOSEPH*

MOTS CLÉS

droit de la concurrence – droit de la santé – application dans le secteur de la santé

I. Introduction

L'étude de doctorat¹ intitulée l'application du droit suisse de la concurrence en matière de soins, objet du présent résumé, trouve son origine dans notre volonté de confronter deux sphères juridiques, qui existent en parallèle et qui sont, de prime abord en tout cas, difficilement conciliables. La première de ces sphères est celle du droit de la concurrence et la seconde, celle du droit institutionnel de la santé. Chacune s'inscrit dans un paradigme qui lui est propre et répond à une réglementation plus ou moins développée et technique.

II. Le droit de la concurrence

A. Le cadre légal

Le système économique suisse est fondé sur le libéralisme, la liberté de la concurrence et l'économie de marché².

Le droit de la concurrence fixe toutefois les limites aux comportements des acteurs sur le marché et prévoit des garde-fous nécessaires pour qu'une situation de concurrence puisse être assurée³. Le but est de garantir le bon fonctionnement de la concurrence.

Au niveau constitutionnel d'abord, la liberté économique, principalement garantie par les art. 27 et 94 de la Constitution fédérale de la Confédération (Cst.)⁴, comprend différentes acceptions et principes. On délimite la liberté économique en tant que liberté fondamentale, le principe de la liberté économique, le principe de l'égalité de traitement entre concurrents économiques, ainsi que le principe de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence.

Au niveau législatif, un certain nombre de lois font partie du droit de la concurrence (au sens large). Notre étude se concentre sur trois d'entre elles : la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart)⁵, la loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSPR)⁶ et la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)⁷.

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 économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1 LCart). Le but de la LSPR est, plus particulièrement, la lutte contre les abus de prix des cartels et des entreprises puissantes sur

* Avocate-stagiaire en l'étude r&associés à Lausanne, précédemment assistante-diplômée en droit de la concurrence à la Faculté de droit, de sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne.

¹ MANON JOSEPH, L'application du droit de la concurrence en matière de soins, thèse soutenue le 26 juin 2018.

² Art. 27 et 94 Cst. Message du 26 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1, p. 294 et 297; TERCIER/MARTENET, CR Concurrence, ad Introduction générale, N 4; WILLY OGGIER, Die Bildung ambulanter Tarifstrukturen und Tarife nach eidgenössischem Krankenversicherungsgesetz (KVG) im Lichte ausgewählter gesundheitsökonomischer Aspekte, 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 Bildung, p. 88.

³ En ce sens, TERCIER/MARTENET, (n. 2) N 5; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2^{ème} éd., Bâle, § 20 N 4.

⁴ RS 101.

⁵ Loi sur les cartels, RS 251.

⁶ RS 942.20.

⁷ RS 241.

le marché, ainsi que la surveillance des prix administrés⁸. Enfin, la LCD vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée (art. 1 LCD).

B. Les conditions d'application

1. La liberté 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.

La liberté économique comprend une dimension institutionnelle (art. 27 et 94 Cst.) ; on parle du principe de la liberté économique. Celui-ci traduit un choix en faveur de l'économie de marché. Les législateurs sont les destinataires de ce principe.

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 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.

Enfin, 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.

2. La LCart

Le champ d'application de la LCart est défini à l'art. 2 de la loi. Personnellement, la loi s'applique aux entreprises – soit aux entités qui offrent ou acquièrent des biens ou des services et qui sont engagées dans le processus économique et ce, indépendamment de leur forme juridique. Matériellement, la loi s'applique aux accords en matière de concurrence, aux (abus⁹ de) positions dominantes ou aux concentrations d'entreprises. Encore faut-il que les effets de ces restrictions à la concurrence se fassent ressentir en Suisse.

Lorsque ces conditions sont remplies, les dispositions matérielles de la loi (art. 5 ss LCart) s'appliquent et, en cas de violation de celles-ci, la Commission de la concurrence (Comco)¹⁰ jouit d'un pouvoir décisionnel et peut prononcer des sanctions (art. 26 ss LCart).

Sont toutefois et notamment réservées, les prescriptions qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique ou celles qui prévoient l'exécution de tâches publiques sur la base de droits spéciaux (art. 3 LCart). Dans ce cas, la Comco ne peut que rendre des recommandations ou des avis (art. 45 ss LCart).

3. La LSPr

Le champ d'application de la LSPr (art. 1 et 2 LSPr) se fonde personnellement sur celui de la LCart. Cette loi vise les entreprises, et 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 abusifs. D'un point de vue territorial enfin, le principe des effets s'applique.

Lorsque les conditions d'application de la LSPr sont remplies, le Surveillant des prix est compétent pour intervenir et applique les dispositions matérielles de la loi (art. 4 à 11 LSPr). Il peut, en *ultima ratio*, rendre une décision et interdire une augmentation de prix ou ordonner un abaissement de prix (art. 10 LSPr).

Les art. 14 et 15 LSPr visent une situation particulière, à savoir les restrictions de nature publique. En cas de prix fixés ou approuvés par des autorités législatives ou exécutives suite à une proposition des parties à un accord en matière de concurrence ou par une entreprise puissante sur le marché (art. 14 LSPr) ou lorsqu'une autre autorité de surveillance des prix convenus ou arrêtés par une entreprise puissante sur le marché est prévue au niveau fédéral, le Surveillant des prix n'a que le pouvoir de rendre des avis.

4. La LCD

La LCD ne contient pas de dispositions réglementant son champ d'application. On retient que celle-ci s'applique à celui (un concurrent, des tiers, voire même l'Etat) dont le comportement ou la pratique commerciale peut avoir des répercussions sur la concurrence, soit celui qui adopte un comportement déloyal au sens des art. 2 à 8 LCD. La loi comprend principalement un volet civil et un volet

⁸ Message à l'appui d'une loi concernant la surveillance des prix (LSPr) du 30 mai 1984, FF 1984 II 781, p. 793 ss et 807 ss ; TERCIER/MARTENET, (n. 2) N 133.

⁹ Sur la question de la distinction entre position dominante et abus de position dominante dans le contexte des conditions d'application de la LCart, cf. thèse Partie I, chapitre 3.III.A.a.

¹⁰ Le volet civil de la loi sur les cartels n'est pas abordé dans le présent résumé. Cf. art. 12 ss LCart.

pénal¹¹. En ce qui concerne le champ d'application des dispositions civiles, le principe de la territorialité, ou le principe des effets, en présence d'un élément d'extranéité, s'applique. Quant aux dispositions pénales, les principes de la territorialité et de l'ubiquité sont applicables.

III. Le secteur de la santé

Le secteur de la santé est régi par une multitude de règles, en grande majorité relevant du droit public. Il couvre plusieurs domaines ; l'ouvrage se concentre uniquement sur les soins de santé tels que régis par la LAMal, d'une part, et par l'assurance-maladie complémentaire, d'autre part. Afin de présenter le secteur, il est nécessaire de différencier les acteurs, de la fixation des prix des prestations de soins.

A. Les acteurs

Quant aux acteurs, on distingue les particuliers, les fournisseurs de prestations de soins, les assureurs et l'Etat. A propos des fournisseurs de soins, nous nous sommes concentrée sur deux acteurs centraux, à savoir les établissements hospitaliers et les médecins.

B. Les tarifs des prestations de soins

Dans l'assurance-maladie obligatoire, un certain nombre de règles relatives à la fixation des prix des prestations sont prévues. En substance, les tarifs des prestations prises en charge sont principalement adoptés suite à un accord – on parle de convention tarifaire – conclu entre les prestataires de soins concernés et les assureurs et validé par l'Etat. Faute d'accord, l'Etat fixe le tarif. Les principaux tarifs sont le SwissDRG et le Tarmed : le premier concerne les traitements hospitaliers (soins somatiques) et le second les traitements ambulatoires. Dans l'assurance-maladie complémentaire en revanche, le mode de fixation des prix des prestations n'est pas encadré par la loi.

Notons qu'une des particularités du secteur est que l'intervention de l'Etat est marquée. Il est à la fois régulateur – et adopte des lois – mais aussi acteur – par exemple en tant que détenteur d'hôpitaux – et intervient dans la fixation des prix des prestations.

IV. L'application du droit de la concurrence aux soins de santé

A. La méthode suivie

Le cœur de notre thèse de doctorat consiste à faire discuter ces deux sphères et à examiner comment elles dialoguent, se répondent, interagissent, afin de déterminer dans quelle mesure le droit de la concurrence s'applique dans le cadre de la fourniture des prestations de soins et dans le cadre de leur financement.

En effet, les principes économiques généraux qui régissent notre système économique, à savoir le libéralisme et la libre concurrence devraient trouver application, puisque le droit de la concurrence a pour but de s'appliquer à tous les domaines économiques et que le « marché de la santé » est un des secteurs central de l'économie suisse¹².

Or, le domaine de la santé est régi par un grand nombre de règles et l'intervention de l'Etat est marquée. Les acteurs ne sont pas totalement libres, la densité normative est importante.

Dans ce contexte, examiner en détail les interactions entre ces deux sphères est complexe et les résultats auxquels nous parvenons sont quelque peu ésotériques.

B. Un aperçu des questions traitées

Pour apporter une réponse à notre problématique de recherche, question somme toute épineuse, chaque réglementation du secteur de la santé, chaque domaine d'activité, chaque paramètre économique est segmenté et, pour chacun, il est examiné si les conditions d'application des principes et lois qui forment le droit de la concurrence sont remplies ou peuvent être remplies.

Pour ce faire, une analyse en 4 parties est présentée : l'application du droit de la concurrence en lien avec la fixation des tarifs des prestations de santé (3ème partie de la thèse), puis en lien avec l'activité des établissements hospitaliers (4ème partie), des médecins (5ème partie) et des assureurs (6ème partie) sont successivement examinés.

Reprendre l'ensemble des conclusions présentées dans notre ouvrage dépasserait l'objectif du présent résumé. A titre heuristique, quelques-unes des principales questions développées sont toutefois présentées.

¹¹ Le volet administratif – qui ne concerne pas directement le champ de l'étude – n'est que brièvement abordé dans notre thèse.

¹² L'Office fédéral de la statistique retient que les dépenses en matière de santé représentent presque 12,2% du PIB, soit un total de 80,7 milliards en 2016.

1. La liberté économique

S'il a été complexe d'appréhender la liberté économique – au sens large – de manière abstraite, son examen dans le secteur de la santé s'est montré particulièrement ardu.

Une question importante qui s'est posée est celle de savoir si les différents acteurs du secteur sont destinataires, respectivement titulaires de la liberté économique – en tant que liberté fondamentale. A ce titre, de longs développements sont consacrés à la possibilité, pour un établissement hospitalier, de se prévaloir de la liberté économique (art. 27 Cst.).

Au travers de notre travail, nous avons notamment examiné la conformité du système de la planification hospitalière et de sa mise en œuvre, de la marge de manœuvre des cantons détenteurs d'hôpitaux, ou encore de la clause du besoin restreignant le nombre de médecins pouvant s'installer à la liberté économique ainsi qu'aux principes de la liberté économique, de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence et de l'égalité de traitement entre concurrents économiques.

2. La LCart

A propos de la LCart, nous avons notamment examiné la qualification des acteurs du « marché de la santé » comme entreprises. Cette question se révèle intéressante en lien avec les hôpitaux détenus par un canton ou en lien avec les fédérations (d'assureurs, de fournisseurs de soins).

Nous avons également étudié la qualification des conventions tarifaires en tant qu'accord entre entreprises. D'autres accords, comme un accord sur les primes d'assurance, ou l'accord concernant la prospection de clients et le démarchage téléphonique, conclus entre assureurs, nous ont également occupée.

Une analyse des éventuelles positions dominantes (principalement des hôpitaux et des compagnies d'assurance), ainsi que les fusions entre hôpitaux ou compagnies d'assurance est posée.

Enfin, à chaque fois que la question de l'application de la LCart se pose, il nous a fallu déterminer si des prescriptions réservées ont été adoptées. Cet examen s'est avéré épineux dans les contextes de la planification hospitalière, du système de la fixation des prix des prestations de soins ou en lien avec la fixation des primes d'assurance dans l'assurance-maladie de base et dans l'assurance-maladie complémentaire.

3. La LSPr

Concernant la LSPr, ce sont également les tarifs des primes et les conventions tarifaires fixant les tarifs des prestations de soins qui nous ont occupée.

Il a principalement été question d'examiner les prix fixés ou approuvés par une autorité (conventions tarifaires LAMal) et les relations avec les autres régimes de surveillance (surveillance de l'assurance-maladie de base par l'OFSP et de l'assurance-maladie complémentaire par la FINMA, système de l'approbation des primes d'assurance) et des possibilités d'intervention du surveillant des prix dans ce contexte.

4. La LCD

Quant à la LCD, nous nous sommes, par exemple, demandé si l'art. 8 LCD (utilisation de conditions générales abusives) peut s'appliquer et ainsi, principalement, si un assuré peut être considéré comme un consommateur, condition nécessaire à l'application de cette disposition.

L'autre question centrale a trait à l'articulation entre les lois (fédérales et cantonales) relevant du droit de la santé et celles relevant de la LCD qui imposent, toutes deux, des limitations et même des sanctions en matière de publicité.

V. L'analyse du système économique-juridique : perspectives

Nous avons, à la fin de chacune des parties spéciales de notre travail, enrichi notre propos par une analyse du système retenu par le législateur.

Le premier constat auquel nous parvenons est que le prix des prestations de santé prises en charge par l'assurance obligatoire des soins n'est pas fixé librement. Dès lors, il n'existe pas de concurrence efficace sur ce paramètre concurrentiel.

Nous avons ensuite examiné les trois acteurs.

Le cadre légal relatif aux établissements hospitaliers se fonde en premier lieu sur un système de planification. Toutefois, un certain nombre d'éléments ponctuels de concurrence sont introduits. Nous soulignons notamment que les établissements publics et privés sont mis en concurrence pour ce qui est des prestations prises en charge par l'assurance de base et que l'assuré a – en théorie du moins – le libre choix de l'hôpital. Nous avons pu relever que la notion de concurrence s'exprime essentiellement par la comparaison entre établissements et par la transparence. Le paramètre concurrentiel visé est principalement celui de la qualité.

Une tension entre marché régulé et concurrence existe également dans la réglementation concernant les médecins. Dans ce contexte, nous nous sommes intéressée au système tarifaire Tarmed et avons pu souligner les inconvénients d'un tarif à la prestation. Nous avons également

analysé le système de la restriction de l'admission des médecins (art. 55a LAMal).

Concernant les assureurs-maladie, nous retenons un manque de cohérence global dans leur appréhension légale. Ceux-ci sont en concurrence, principalement sur le montant des primes, qui doit toutefois être fixé et approuvé conformément à des règles strictes. Nous avons pu constater que la concurrence existe, mais que la marge de manœuvre est réduite. A cet égard, la compensation des risques et les modèles alternatifs d'assurance sont discutés. Nous avons également abordé le débat sur la caisse unique ainsi que le rôle de l'assureur en lui-même, deux questions qui, sous le prisme de la concurrence, se révèlent épineuses.

Enfin, le domaine de l'assurance complémentaire est régi par les lois du marché et doit être soumis à la concurrence. Des précisions sont à cet égard apportées.

VI. Conclusion

La conclusion de notre thèse de doctorat, présentée en deux parties, permet d'avoir une vue d'ensemble de notre étude. La première de ces parties est une synthèse de toutes les conclusions auxquelles nous parvenons et constitue, en ce sens, un réel apport doctrinal. A ce titre, nous relevons qu'il est nécessaire de segmenter l'analyse et d'identifier les acteurs ainsi que le comportement en cause. Ensuite seulement, il sied de déterminer si les conditions d'application des principes et lois qui forment le droit de la concurrence sont remplies ou peuvent être remplies. Aucune réponse univoque ne peut être apportée.

La seconde de ces parties est une conclusion analytique. Les principaux axes de notre analyse économique-juridique du système institutionnel de la santé sont rappelés et les principales tensions, voire contradictions, sont mises en évidence.