

Courrier recommandé

Département fédéral de
l'intérieur (DFI)

Secrétariat général SG-DFI
Inselgasse 1
CH-3003 Berne

Daniel Staffelbach
Partner
Avocat
Ligne directe +41 58 658 56 50
daniel.staffelbach@walderwys.com

Mirjam Olah
Senior Associate
Dr. iur.
Avocate
Ligne directe +41 58 658 56 02
mirjam.olah@walderwys.com

Zurich, le 28 décembre 2023

Dénonciation à l'autorité de surveillance

En l'affaire

Physioswiss
Dammweg 3
3013 Berne

Partie plaignante

représentée par Me Daniel Staffelbach et/ou Me Mirjam Olah, Docteure en droit
Walder Wyss SA, Seefeldstrasse 123, Case postale, 8034 Zurich

contre

l'Office fédéral de la santé publique (OFSP)
Schwarzenburgstrasse 157
CH-3003 Berne

Partie défenderesse

concernant

l'intervention illégale quant à l'autonomie tarifaire – la violation du devoir de surveillance

nous déposons, au nom et pour le compte de la partie plaignante, la

dénonciation à l'autorité de surveillance

avec les

demandes en justice suivantes:

1. *Il convient d'ouvrir une procédure de surveillance à l'encontre de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) afin d'enquêter de manière exhaustive sur les irrégularités décrites dans la présente dénonciation à l'autorité de surveillance.*
2. *Il convient d'ordonner les mesures organisationnelles, matérielles, juridiques et personnelles appropriées et nécessaires pour remédier aux irrégularités dénoncées et les empêcher à l'avenir.*
3. *Il convient d'ordonner de manière générale à l'OFSP de s'acquitter de ses obligations de surveillance dans le domaine de l'assurance maladie sociale conformément à la loi.*
4. *Il convient notamment d'obliger l'OFSP à ordonner aux assureurs maladie de remplir leur obligation légale de négociation tarifaire.*
5. *Il convient de surveiller activement l'OFSP et de s'assurer qu'il s'acquitte à l'avenir de ses tâches conformément à la loi.*

Sommaire

1. Aspects formels	4
1.1. Procuration	4
1.2. Dénonciation à l'autorité de surveillance – Compétence du DFI.....	4
1.3. Physioswiss	4
2. Aspects matériels	5
2.1. Situation initiale.....	5
2.2. Aspects juridiques.....	7
2.2.1. Remarques préliminaires sur le contexte et les implications de l'intervention illégale des autorités.....	7
2.2.1.1. Mauvaise interprétation des causes de l'augmentation des coûts en physiothérapie.....	7
2.2.1.2. Historique du partenariat tarifaire et des négociations sur la structure tarifaire dans le domaine de la physiothérapie.....	8
2.2.1.3. Implications d'une intervention tarifaire sur l'ouverture de négociations tarifaires	8
2.2.2. L'approche de l'OFSP viole la primauté fondamentale de l'autonomie tarifaire dans le droit de l'assurance maladie.....	10
2.2.3. Le Conseil fédéral n'a pas la compétence de fixer des tarifs horaires	14
2.2.4. Le projet mis en consultation enfreint les principes légaux de fixation des tarifs	15
2.2.5. La démarche de l'OFSP est en contradiction avec la clause d'habilitation de l'art. 47a LAMal.....	19
3. Conclusions	20

1. Aspects formels**1.1. Procuration**

- 1 Les avocats soussignés sont d mement mandatés pour représenter la partie plaignante.

Pièce jointe 1 Procuration du 21 décembre 2023

1.2. Dénonciation à l'autorité de surveillance – Compétence du DFI

- 2 En tant qu'instance de surveillance de l'OFSP, le Département fédéral de l'intérieur (DFI), respectivement son chef est, vu les principes énoncés aux art. 8, al. 3, et 36, al. 3, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.010) et à l'art. 24 de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA; RS 172.010.1) ainsi qu'à l'art. 8, al. 1, en relation avec l'annexe 1 OLOGA, compétent pour traiter les dénonciations à l'autorité de surveillance au sens de l'art. 71 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (loi sur la procédure administrative, PA; RS 172.021).

1.3. Physioswiss

- 3 Physioswiss est une association neutre du point de vue politique et confessionnel au sens des articles 60 et suivants du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CCS; RS 210), dont le siège est à Berne. En tant qu'association professionnelle, l'association a notamment pour but de défendre les intérêts de ses membres en matière de politique de la santé. Ceci dans le but de garantir des conditions-cadres optimales et un développement durable de la profession, afin que les physiothérapeutes soient toujours en mesure de fournir la contribution essentielle à la santé des patient-e-s et de l'ensemble de la population dans des conditions financ rement supportables et d'assurer ainsi des soins de santé de qualité et financ rement supportables à long terme.

Statuts de Physioswiss

fournis sur demande

- 4 Au vu des faits décrits dans la présente dénonciation à l'autorité de surveillance, Physioswiss et ses 10 928 membres s'engagent à ce que les autorités responsables assument leurs tâches légales afin de garantir une

fixation des tarifs conforme à la loi dans le domaine de l'assurance obligatoire des soins (AOS).

2. Aspects matériels

2.1. Situation initiale

- 5 Par communiqué de presse du 16 août 2023, le Conseil fédéral a annoncé son intention d'adapter la structure tarifaire pour la physiothérapie ambulatoire en vertu de la compétence subsidiaire prévue à l'art. 43 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal; RS 832.10), par le biais d'une modification de l'annexe 3 de l'ordonnance du 20 juin 2014 sur la détermination et l'adaptation des structures tarifaires dans l'assurance-maladie (OTAS; RS 832.102.5).
- 6 Le Conseil fédéral a ouvert la procédure de consultation relative à la modification de l'ordonnance qu'il propose, qui s'est déroulée du 16 août au 17 novembre 2023. Il est prévu que la modification de l'ordonnance entre en vigueur le 1^{er} janvier 2025.
- 7 D'un point de vue matériel, le Conseil fédéral estime qu'il s'agit uniquement d'une adaptation minimale de la structure tarifaire pour les prestations de physiothérapie. La présente adaptation de la structure tarifaire intervient à deux niveaux:
- D'une part, il est prévu d'introduire une composante temporelle dans les forfaits par séance individuelle, dont le Conseil fédéral espère qu'elle optimisera le contrôle des coûts grâce à la transparence et qu'elle aura des effets supplémentaires sur la maîtrise des coûts, compte tenu de l'aménagement concret des deux variantes proposées.
 - D'autre part, le deuxième niveau de la présente adaptation de la structure tarifaire concerne une précision de la description du forfait par séance actuel pour la physiothérapie complexe.
- 8 Après une analyse approfondie du projet, Physioswiss a constaté qu'il entraînait une détérioration considérable de la situation tarifaire initiale et qu'il ne pouvait donc pas être question d'une adaptation minimale. Le projet ne conduit pas seulement à une détérioration précaire d'un domaine de prestations déjà sous-financé, mais il contrevient également, dans sa conception actuelle, aux principes légaux de fixation des tarifs. L'intervention tarifaire des autorités ne viole pas seulement le système légal de fixation des tarifs, mais elle intervient

 galement au mauvais moment. La structure tarifaire de la physiothérapie devrait être soumise à une révision totale et fondamentale en partenariat. Physioswiss a effectué tous les travaux préparatoires nécessaires à cet effet. Cependant, les assureurs-maladie ne remplissent délibérément pas leur devoir de négociation dans la perspective d'une éventuelle intervention du Conseil fédéral.

- 9 Au vu des efforts de négociation substantiels déployés par les associations de fournisseurs de prestations, l'OFSP est plutôt tenu d'assumer son devoir de surveillance et d'inciter les assureurs-maladie à remplir, directement ou par le biais de leurs associations, leur obligation légale de négociation tarifaire.
- 10 La procédure illégale de l'OFSP dénoncée dans la présente plainte à l'autorité de surveillance, qui a été menée de concert avec le comportement illégal des assureurs-maladie, a déjà fait l'objet de controverses   différents niveaux dans le cadre du discours politique:
 - 23.4063 Motion «Physiothérapie. Pour une réévaluation de la structure tarifaire en faveur des patients et des thérapeutes.»; déposée par Vincent Maître le 26 septembre 2023;¹
 - 23.4072 Interpellation «Modification du tarif en physiothérapie. Source de nouvelles difficultés.»; déposée par Marie-France Pasquier Roth le 27 septembre 2023;²
 - Pétition de Physioswiss avec près de 283 000 signatures, déposée dans le cadre d'une manifestation autorisée réunissant plus de 10 000 physiothérapeutes sur la Place fédérale le 17 novembre 2023.³

¹ Consultable à l'adresse: <[https:// www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20234063](https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20234063)>; dernière visite le 20 novembre 2023.

² Consultable à l'adresse: <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20234072>>; dernière visite le 20 novembre 2023.

³ Consultable à l'adresse: <<https://www.openpetition.eu/ch/petition/online/la-physiotherapie-a-la-corde-au-cou-le-conseil-federal-veut-baisser-nos-tarifs>>; dernière visite le 20 novembre 2023.

2.2. Aspects juridiques

2.2.1. Remarques préliminaires sur le contexte et les implications de l'intervention illégale des autorités

2.2.1.1. Mauvaise interprétation des causes de l'augmentation des coûts en physiothérapie

- 11 Contrairement à la présentation faite par les autorités, ce ne sont pas des incitations erronées dans la structure tarifaire actuelle qui sont à l'origine de l'augmentation injustifiée des consultations de physiothérapie et de l'augmentation correspondante des coûts dans le contexte des prestations physiothérapeutiques, mais:
- l'évolution démographique de l'ensemble de la population, c'est-à-dire l'allongement de l'espérance de vie, avec les (multi)morbidités correspondantes et la complexité toujours plus grande des tableaux cliniques;
 - l'effet réflexe de la stratégie «**l'ambulatoire avant le stationnaire**» introduite par le législateur; depuis le 1^{er} janvier 2019, la réglementation «l'ambulatoire avant le stationnaire» (AVS)⁴ s'applique conformément à l'ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins (art. 3c et annexe 1a OPAS)⁵; le principe «l'ambulatoire avant le stationnaire» a nécessairement pour conséquence une augmentation des coûts ambulatoires. Le contexte des prestations physiothérapeutiques est particulièrement concerné, d'autant plus qu'une ambulantisantion d'interventions chirurgicales autrefois effectuées en milieu hospitalier ne peut être soigneusement mise en œuvre que dans le cadre d'un suivi physiothérapeutique étroit; dans le cas contraire, la qualité du traitement et la qualité de vie des patient·e·s risquent d'en pâtir.
 - Dans ce contexte, il faut également tenir compte des possibilités thérapeutiques nouvellement établies pour raccourcir les séjours hospitaliers en rapport avec des interventions chirurgicales, comme les «concepts de pré-habilitation et de réhabilitation»; grâce aux séjours hospitaliers plus courts, ces concepts de traitement physiothérapeutique permettent une réduction significative des coûts dans le contexte des soins hospitaliers.

⁴ <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-leistungen-tarife/Aerztliche-Leistungen-in-der-Krankenversicherung/ambulant-vor-stationaer.html>.

⁵ Ordonnance du DFI sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie du 29 septembre 1995 (Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins, OPAS; RS 832.112.31).

- Enfin, les autorités négligent le fait qu'une augmentation de la facturation du forfait par séance individuelle pour la physiothérapie complexe (position tarifaire 7311) n'est pas due à des incitations erronées de la structure tarifaire, mais plutôt, en particulier, à l'*extension* de l'indication pour une application de cette position tarifaire, introduite dans le cadre de la dernière intervention tarifaire du Conseil fédéral; l'augmentation de l'extension des prestations et de l'application est, selon l'analyse des associations de fournisseurs de prestations, cohérente avec l'augmentation correspondante de la facturation de cette position tarifaire.

2.2.1.2. Historique du partenariat tarifaire et des négociations sur la structure tarifaire dans le domaine de la physiothérapie

- 12 Contrairement à la présentation faite par les autorités, les négociations sur la structure tarifaire dans le domaine de la physiothérapie ne sont pas marquées par l'absence d'accord. Au contraire, malgré les efforts de négociation substantiels des associations de fournisseurs de prestations, la volonté de négocier des associations d'assureurs-maladie fait défaut. Les assureurs-maladie refusent de remplir leur obligation légale de négociation et bloquent ainsi, contre toute bonne foi, des négociations tarifaires substantielles. Dans le contexte des prestations physiothérapeutiques, la négociation d'une nouvelle structure tarifaire dans le cadre d'un partenariat tarifaire est donc empêchée par une tactique de retardement unilatérale et contraire à la bonne foi des associations d'assureurs-maladie.
- 13 Il convient de montrer ci-après que les associations d'assureurs-maladie contreviennent à leur obligation légale d'entamer et de mener des négociations sur la structure tarifaire en toute bonne foi, et pourquoi. En outre, il convient d'aborder le rôle qui reviendrait à l'OFSP en tant qu'autorité de surveillance dans ce contexte, si celui-ci remplissait ses obligations conformément à la loi. Le comportement fautif des autorités ne s'étend pas seulement à la violation des *obligations* légales *de surveillance* en général, mais aussi à une ingérence contraire à la loi dans le domaine du partenariat tarifaire.

2.2.1.3. Implications d'une intervention tarifaire sur l'ouverture de négociations tarifaires

- 14 Enfin, il convient également de tenir compte des effets réflexes qu'une intervention unilatérale des autorités dans la structure tarifaire entraîne sur la conduite de négociations sur la structure tarifaire conformes à la loi:

- Une intervention tarifaire des autorités entraîne, au niveau national, une charge de travail considérable pour tous les acteurs impliqués - c'est-à-dire pour les assureurs-maladie, les entreprises de logiciels concernées et tous les utilisateurs du côté des fournisseurs de prestations - afin d'implémenter les modifications et engendre des coûts administratifs d'une ampleur que les fournisseurs de prestations ne sont plus en mesure d'assumer dans le domaine de la physiothérapie, déjà sous-financé depuis des années.
- Dans le cas d'une nouvelle intervention tarifaire des autorités, les associations de fournisseurs de prestations doivent se concentrer sur sa mise en œuvre correcte. Par conséquent, l'expérience montre qu'une intervention tarifaire des autorités mobilise entièrement les ressources des associations de fournisseurs de prestations pendant au moins deux à trois ans. La conduite des négociations sur la structure tarifaire, qui s'imposent d'urgence, est de fait bloquée par les autorités et l'élaboration d'une nouvelle structure tarifaire basée sur des données est reportée pendant une période d'au moins un à deux ans.
- Ce retard dû aux autorités a également pour conséquence que la base de données collectée par Physioswiss au cours de travaux préparatoires importants et *nota bene* coûteux sera probablement rejetée par les associations d'assureurs-maladie sous prétexte qu'elle n'est pas actuelle. En outre, il est à craindre que les associations d'assureurs-maladie se mettent d'accord sur le fait que la base de données collectée par Physioswiss n'est plus représentative pour les négociations sur la structure tarifaire, dans la mesure où elle a été collectée sur la base de l'ancienne structure tarifaire et non de celle qui vient d'être adaptée par les autorités. L'intervention tarifaire des autorités aurait donc pour conséquence de rendre caducs tous les travaux préparatoires de Physioswiss visant à garantir la transparence des prestations et des coûts au cours des dernières années. Cet effet réflexe choquant est accentué par le fait que ces travaux préparatoires ont été réalisés après consultation des assureurs-maladie et de leurs associations.
- L'intervention tarifaire unilatérale souveraine annihile par conséquent tous les coûts d'investissement de Physioswiss pour l'élaboration d'une base de données actuelle sur les prestations et les coûts. Les coûts d'investissement externes s'élèvent actuellement à plus de 200 000 francs pour les collectes de données, sans compter les coûts salariaux du poste de direction de projet créé spécialement pour la collecte des données.

2.2.2. L'approche de l'OFSP viole la primauté fondamentale de l'autonomie tarifaire dans le droit de l'assurance-maladie

- 15 L'approche de l'OFSP ne sanctionne pas le comportement déloyal des assureurs-maladie dans le cadre des négociations sur la structure tarifaire, mais l'encourage au contraire durablement. Les assureurs-maladie sont ainsi incités à bloquer également les négociations dans d'autres domaines tarifaires jusqu'à ce qu'une intervention des autorités du Conseil fédéral ait lieu. Le processus d'élaboration des tarifs prévu par le législateur est ainsi complètement vidé de sa substance. Le principe d'autonomie tarifaire, qui prévaut dans le droit tarifaire, a entraîné l'obligation légale d'entamer et de mener des négociations tarifaires.⁶ Cette obligation de négociation tarifaire découle notamment de l'art. 43, al. 5, phrase 2 LAMal, de l'art. 43, al. 5^{bis} LAMal ainsi que de l'art. 47, al. 1, 2^e phrase, LAMal.
- 16 Le système de tarification de l'assurance-maladie prévoit expressément que les autorités ne peuvent intervenir qu'à titre subsidiaire, lorsque les partenaires tarifaires ont entamé des négociations et que celles-ci ont échoué. Selon la jurisprudence de la Cour suprême, l'initiative d'entamer des négociations tarifaires incombe aux assureurs-maladie, d'autant plus que ceux-ci ont le mandat légal, dans le droit tarifaire, d'œuvrer à une application régulière de l'assurance.⁷ Par conséquent, les assureurs-maladie commettent un abus de droit lorsqu'ils empêchent sciemment les négociations contractuelles sur une structure tarifaire alors qu'il est évident que celle-ci ne répond plus aux conditions légales.
- 17 Depuis maintenant trois ans, Physioswiss a entrepris de vastes efforts pour préparer, lancer et mener des négociations tarifaires constructives et surtout conformes à la loi. Dès 2021, Physioswiss a communiqué aux assureurs-maladie son intention d'établir une lettre d'intention (Letter of Intent - Loi) commune afin de fixer de manière consensuelle les principes de négociation pour les négociations sur la structure tarifaire.
- 18 Ensuite, Physioswiss a développé en 2021/2022 un concept de collecte des données sur les coûts et les prestations afin d'élaborer une base de données

⁶ Rapport du Conseil fédéral, Critères de représentativité lors de la signature de conventions tarifaires dans le domaine de la santé du 14 septembre 2018, en réponse au postulat 11.4018 Darbellay du 30 septembre 2011, p. 8, avec réf. à l'ATF 131 V 133, E. 9.3; BRE RKUV 2006 KV 359 115 E. II/2.2; BRE RKUV 1999 KV 70 169 E. II/3.2; SBVR Sécurité sociale-EUGSTER, point 1040.

⁷ ATF 131 V 133, E. 9.2 f.

transparente et actuelle, nécessaire pour des négociations sur la structure tarifaire basées sur les données ou conformes à la loi.

- 19 La collecte des données nécessaires sur les prestations et les coûts a eu lieu dans les années 2022/2023, les associations d'assureurs-maladie ayant été étroitement associées dès le début à la collecte des données et à ses résultats. Dès le 7 avril 2022, une première présentation des données disponibles à ce moment ainsi que de la collecte de données encore prévue a eu lieu.

Pièce jointe 2 PPT du 7 avril 2022

- 20 Un échange sur l'état intermédiaire actuel de la collecte des données a eu lieu le 9 juin 2022, dans le cadre duquel les associations d'assureurs-maladie auraient pu saisir l'occasion de prendre position sur le design de recherche de la collecte prévue ainsi que sur les données déjà disponibles.
- 21 Une fois la phase de collecte des données terminée, Physioswiss a élaboré un premier projet de Lol commune en vue d'entamer les négociations sur la structure tarifaire, qui a été présenté aux partenaires tarifaires dans le cadre de la rencontre du 19 janvier 2023.
- 22 Les associations d'assureurs-maladie se sont montrées passives malgré les travaux préparatoires substantiels et les rencontres initiées en permanence par Physioswiss. Au lieu d'efforts de négociation constructifs, les associations d'assureurs-maladie se sont plutôt limitées à une adaptation rédactionnelle lente de la Lol élaborée par Physioswiss. En réponse à des questions, Physioswiss s'est toujours fait renvoyer aux longs processus de décision internes nécessaires pour obtenir un mandat de négociation au sein de l'association.
- 23 De son côté, l'OFSP a clairement signalé, dans chacun des courriers qui ont circulé auprès des partenaires tarifaires depuis fin 2022, qu'il entendait appliquer intégralement les revendications des assureurs-maladie dans le cadre d'une intervention tarifaire potentielle des autorités.

Pièce jointe 3 Lettre de l'OFSP du 16 décembre 2022

Pièce jointe 4 Lettre de l'OFSP du 17 mars 2023

- 24 Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que les assureurs-maladie ne satisfassent pas à leur obligation légale de négociation tarifaire, puisqu'ils

peuvent compter sur le fait que leurs exigences seront intégralement mises en œuvre par le biais d'un tarif d'autorité. Les associations d'assureurs-maladie déduisent d'ailleurs expressément de la correspondance des autorités que leur position est soutenue par l'OFSP de manière souveraine:

*«Il ressort de votre lettre que **vous prenez en compte nos préoccupations et que vous reconnaissez et soutenez notre argumentation et notre présentation du problème.** Vous êtes également d'accord pour dire que la structure tarifaire actuelle contribue à l'augmentation des coûts de la physiothérapie ambulatoire. **C'est pourquoi vous proposez d'ajouter la composante temporelle que nous demandons et de préciser la physiothérapie complexe.** (Lettre commune curafutura et santésuisse du 26 janvier 2023, p. 1)»*

Pièce jointe 5 Lettre commune de curafutura et santésuisse du 26 janvier 2023

- 25 Cette procédure concertée entre les assureurs-maladie et l'OFSP sape la logique de tarification prévue par la loi, qui prévoit une détermination des tarifs en partenariat, dans le cadre de laquelle l'implication des autorités n'intervient qu'au moment de la procédure d'approbation. Le comportement fautif de l'OFSP s'accroît ensuite si l'on considère que les associations de fournisseurs de prestations désireuses et prêtes à négocier lui ont demandé à plusieurs reprises d'ordonner aux assureurs-maladie d'assumer leur obligation légale de négociation. En tant qu'organes d'exécution de la Confédération dans le domaine de l'assurance-maladie sociale, ceux-ci font partie de l'administration indirecte de l'État et assument donc des tâches de droit public de la Confédération dans le domaine de l'exécution de la LAMal.⁸ Or, ils n'ont pas rempli cette obligation et l'OFSP, par un comportement concerté, récompense leur blocage par l'intervention tarifaire prévue.
- 26 Malgré ces demandes de la partie plaignante et l'exposé substantiel des préparatifs de négociation et des efforts de négociation continus des associations de fournisseurs de prestations, l'OFSP s'est contenté de constater qu'il n'y avait pas de *«volonté commune d'entamer des négociations contractuelles»* et que, par conséquent, l'intervention tarifaire des autorités allait de l'avant. Ce faisant, l'OFSP omet sciemment le fait qu'il n'y a justement

⁸ SBVR Sécurité sociale-EUGSTER, point 210, avec d'autres références, notamment à l'art. 178, al. 3, Cst. et à l'art. 2, al. 4, LOGA, ainsi qu'à l'ATF 128 V 263, consid. 3c/bb et à l'ATF 130 V 196, consid. 3.

pas besoin d'une «volonté commune», mais que les assureurs-maladie, en tant qu'organes d'exécution de l'assurance-maladie sociale, sont au contraire légalement tenus d'entamer des négociations sur la structure tarifaire.

- 27 Malgré les efforts de négociation substantiels de Physioswiss, les assureurs-maladie et leurs associations ont omis d'entamer les négociations tarifaires de bonne foi. Pendant des années, ils se sont contentés d'évoquer les «processus de décision internes complexes» pour obtenir un mandat de négociation et de faire patienter les associations de fournisseurs de prestations.
- 28 Compte tenu de la perspective de l'OFSP de mettre en œuvre intégralement les souhaits de modification des assureurs-maladie, cette tactique de retardement contraire à la loi est pour le moins compréhensible d'un point de vue opportuniste. Avec l'ingérence unilatérale des autorités, l'OFSP ne viole pas seulement ses obligations de surveillance selon la 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), mais déstabilise aussi durablement la séparation équilibrée des pouvoirs en matière de tarification selon la LAMal -, et ce, notamment, avec un effet de signal pour l'ensemble du contexte de la tarification en droit de l'assurance-maladie.
- 29 En résumé, on peut retenir ici ce qui suit:
- En reprenant dans le projet mis en consultation les demandes concrètes de modification des associations d'assureurs-maladie et en les appliquant intégralement, l'OFSP exerce une influence unilatérale des autorités sur la procédure de conception de la structure tarifaire, ce qui n'était pas prévu par le législateur.
 - Cette démarche a en même temps un effet de signal général en vue des futures constellations de négociations tarifaires dans les autres domaines de prestations selon la LAMal: les assureurs-maladie bloquent les négociations en dépit du principe de bonne foi et le Conseil fédéral met ensuite en œuvre un tarif d'autorité conforme aux desiderata des assureurs-maladie.
 - En tant qu'autorité de surveillance, il incombe à l'OFSP d'exiger des assureurs-maladie, en tant qu'organes d'exécution de l'AOS, qu'ils adoptent un comportement conforme à la loi et qu'ils négocient les tarifs en toute bonne foi. L'autorité de surveillance fait le contraire, en coordonnant son

comportement avec celui des assureurs-maladie et en poussant ainsi à l'adoption d'un tarif d'autorité contraire à la loi.

2.2.3. Le Conseil fédéral n'a pas la compétence de fixer des tarifs horaires

- 30 Le comportement fautif de l'OFSP qu'il s'agit d'examiner en l'occurrence n'a pas seulement des répercussions au niveau de l'empêchement de négociations sur la structure tarifaire conformes à la loi, mais aussi au niveau de la conception concrète du projet mis en consultation. Dans le cadre de l'élaboration du projet mis en consultation à l'attention du DFI, l'OFSP a entièrement mis en œuvre les exigences unilatérales des associations d'assureurs-maladie concernant une composante temporelle tarifaire - mais cela *contra legem*.
- 31 La répartition légale des compétences ne laisse *in casu* aucune place à l'introduction unilatérale d'une composante temporelle par les autorités: la compétence de fixation au sens de l'art. 43 al. 5 LAMal ainsi que l'autorisation d'adaptation selon l'art. 43 al. 5^{bis} LAMal se réfèrent uniquement
- aux *tarifs à la prestation* au sens de l'art. 43, al. 2, let. b LAMal; et
 - aux *tarifs forfaitaires par patient·e·s* se rapportant à des traitements ambulatoires selon l'art. 43 al. 2 let. c LAMal.
- 32 Par conséquent, le Conseil fédéral est uniquement habilité à édicter ou à adapter des structures tarifaires aménagées en conséquence. Une adaptation de la structure tarifaire par les autorités ne peut pas contenir d'éléments tarifaires temporels.
- 33 Le projet actuel mis en consultation présente toutefois, dans les deux variantes de projet, l'introduction d'une composante temporelle tarifaire qui entraîne un changement fondamental du modèle de la structure tarifaire, dans la mesure où des caractéristiques essentielles du tarif horaire au sens de l'art. 43, al. 2, let. a LAMal sont désormais introduites. Le projet mis en consultation outrepassé donc la compétence des autorités en matière de fixation et d'adaptation.
- 34 L'ajout à l'art. 43, al. 5 LAMal, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2023, n'y change rien, bien qu'il ait pour conséquence une extension de la clause d'habilitation, dans la mesure où les compétences subsidiaires du Conseil fédéral pour la fixation selon l'art. 43, al. 5, 2^e phrase LAMal et l'adaptation des structures tarifaires selon l'art. 43, al. 5bis LAMal s'appliquent désormais également aux *structures tarifaires forfaitaires*.

35 L'aménagement des *tarifs horaires* reste *exclusivement* de la compétence directe des partenaires tarifaires.⁹ Au vu de la forme concrète du projet mis en consultation, il manque donc une base légale pour cette intervention.

2.2.4. Le projet mis en consultation enfreint les principes légaux de fixation des tarifs

36 Les principes de *l'évaluation des tarifs en fonction de l'économie d'entreprise* et de la *pertinence* de la structure tarifaire selon l'art. 43, al. 4, 2^e phrase, LAMal ne sont pas respectés dans le cadre du projet mis en consultation, notamment sous les deux aspects suivants:

- d'une part, à la lumière de l'absence d'adaptation du modèle tarifaire sur lequel se fonde le projet mis en consultation en général.
- d'autre part, compte tenu du fait que l'on dispose désormais d'une collecte complète des données relatives aux coûts et aux prestations, avec une base de données actualisée, qui n'a pas été prise en compte dans le cadre de l'intervention tarifaire du Conseil fédéral, bien que les autorités en aient eu connaissance.

37 Le projet mis en consultation de l'OFSP se base expressément sur une évaluation qui s'oriente vers le modèle de coûts utilisé dans la structure tarifaire actuellement en vigueur.¹⁰ Il s'ensuit toutefois que le projet actuel mis en consultation repose sur le modèle tarifaire de l'année 1997.¹¹ Dans ce contexte, le fait que ce modèle tarifaire se fonde lui-même sur des relevés de

⁹ Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-maladie [Mesures visant à freiner la hausse des coûts – 1^{er} volet] du 21 août 2019, BBl 2019 6071, 6147; consultable à l'adresse: <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/2216/fr>>; dernière visite le 11 septembre 2023.

¹⁰ Fiche d'information de l'OFSP sur l'adaptation de la structure tarifaire des prestations physiothérapeutiques du 16 août 2023, p. 2; consultable à l'adresse: <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-97358.html>>; dernière visite le 23 novembre 2023.

¹¹ Les parties tarifaires avaient alors développé un modèle de coûts à l'échelle nationale d'un institut de physiothérapie modèle (MPI), qui devait refléter les coûts d'un cabinet privé moyen (TAF C-1918/2016 du 16 novembre 2017, consid. 5.1.1, avec référence à RKUV 5/2001 KV 185, p. 456 ss, consid. 8.2 ss). Le MPI était basé sur un modèle de coûts et un modèle de prestations. La base de données correspondante provenait d'enquêtes menées auprès de 119 (domaine des coûts) ou 125 (domaine des prestations) cabinets de physiothérapie privés et de 30 hôpitaux dans toute la Suisse. Les coûts d'un cabinet privé moyen ont été calculés sur cette base. Le nombre de points tarifaires par position de prestation dans la structure tarifaire a été calculé à partir du coût par minute, lui-même dérivé des coûts totaux du MPI, et en fonction du temps nécessaire pour fournir les différentes prestations. Le modèle tarifaire 1997 se basait sur des coûts totaux pour le MPI de 242 306 francs par an (RKUV 5/2001 KV 185, p. 456 ss, consid. 7.2).

coûts et de prestations avec une base de données datant de 1994 constitue un facteur aggravant.¹²

- 38 Dans ce contexte, il apparaît clairement que l'adaptation d'une structure tarifaire sous la prémisses du calcul économique des tarifs selon l'art. 43, al. 4, phrase 2 LAMal n'est pas efficace si les mesures d'adaptation reposent toujours sur une base de données vieille de 30 ans et donc sur un modèle tarifaire qui n'est plus adapté à notre époque.
- 39 La conception contraire à la loi du projet mis en consultation et le comportement fautif correspondant de l'OFSP s'accroissent encore si l'on considère que les acteurs compétents de l'OFSP ont été rendus attentifs à plusieurs reprises à l'existence d'une base de données complète et actuelle. La collecte exhaustive des données relatives aux coûts et aux prestations effectuée par Physioswiss en vue des négociations tarifaires n'a toutefois pas été prise en compte dans le cadre de l'élaboration du projet mis en consultation.
- 40 Le projet mis en consultation s'avère également incompatible avec les principes légaux de fixation des tarifs *pour des raisons d'équité*. Ceci dans la perspective de garantir, au titre de l'adéquation, que les différentes positions tarifaires soient aptes à refléter la *réalité des coûts* de la matière tarifée de manière médicalement correcte, complète et suffisamment différenciée, ainsi qu'à garantir une *indemnisation adéquate des prestations*.¹³
- 41 L'évaluation correcte en fonction de l'économie d'entreprise des positions tarifaires constitue une condition impérative de l'équité. Cela ressort du fait que la structure tarifaire comprend précisément les données et les évaluations en fonction de l'économie d'entreprise contenues dans les modèles de coûts des différentes positions tarifaires. Par conséquent, une structure tarifaire ne peut pas être appropriée si les points tarifaires sont calculés et attribués de manière erronée du point de vue de l'économie d'entreprise. Selon la doctrine, il est d'importance secondaire que l'erreur de calcul ou l'allocation erronée repose sur des lacunes méthodologiques ou des *bases de calcul* erronées ou *obsolètes*.¹⁴ En raison de l'utilisation du modèle tarifaire historique des années 90, l'intervention tarifaire s'avère déjà inadéquate de ce point de vue.

¹² Cf. POLEDNA/WERDER, Avis de droit sur la conformité juridique du projet de structure tarifaire du Conseil fédéral pour les prestations physiothérapeutiques, p. 17.

¹³ SBVR Sécurité sociale-EUGSTER, point 991.

¹⁴ SBVR Sécurité sociale-EUGSTER, point 992.

- 42 Enfin, le paramètre de la *rémunération équitable des prestations* illustre particulièrement bien l'absence d'équité. Compte tenu des interdépendances entre la composante temporelle introduite en violation de la loi et l'absence d'adaptation du modèle tarifaire sous-jacent, interdépendances qui, dans le cadre de l'intervention tarifaire, se condensent en une réduction tarifaire d'importance existentielle, le projet mis en consultation s'avère contraire à la loi à plusieurs égards, précisément à la lumière du primat de la rémunération équitable des prestations:
- 43 En s'appuyant sur un modèle de coûts obsolète, le projet mis en consultation n'est pas en mesure de garantir *en soi* une rémunération adéquate des prestations, d'autant plus que le principe de la *réalité des coûts* est déjà violé par le fait que le modèle tarifaire appliqué, qui date de 1997, se réfère à une représentation de la réalité des coûts au 1^{er} janvier 1994. La réalité des coûts déterminante dans le cadre de l'intervention tarifaire en question s'est toutefois fondamentalement modifiée par rapport à la réalité historique.
- 44 Dans le cadre de la conception du projet mis en consultation, l'OFSP a ensuite complètement occulté, à tort, tous les facteurs d'influence qui impliquent une adaptation fondamentale du modèle de coûts et, dans ce contexte, en particulier du *revenu de référence physiothérapeutique*¹⁵. Il s'agit notamment:
- de l'évolution des exigences en matière de formation, de formation continue et de perfectionnement;
 - du renchérissement en général;
 - de l'évolution des coûts des loyers en particulier;
 - des progrès de la médecine et de la technologie médicale ainsi que les implications qui en découlent pour les possibilités de traitement physiothérapeutique;
 - des exigences accrues en matière de documentation et de coordination dans le cadre d'une coopération interprofessionnelle de plus en plus complexe.
- 45 La *formation en physiothérapie* s'est fondamentalement réformée depuis l'élaboration du modèle tarifaire en 1997 et de la base de données y afférente en 1994:

¹⁵ Selon EUGSTER, la détermination de l'adéquation des revenus de référence constitue le noyau central de l'autonomie contractuelle des parties à la convention tarifaire (SBVR Sécurité sociale-EUGSTER, point 999).

- Depuis 2006, la physiothérapie est un cursus de bachelor à temps plein de six semestres à la haute école spécialisée.
- Depuis 2010, il est possible de suivre un Master of Science de trois ans en cours d'emploi.
- Avec l'entrée en vigueur de la loi sur les professions de la santé du 30 septembre 2016 (LPSan; RS 811.21) au 1^{er} février 2020, la formation continue est devenue indispensable en raison des obligations professionnelles légales selon l'art. 16 let. b LPSan.

- 46 L'académisation et la spécialisation de la formation en physiothérapie reflètent l'évolution fondamentale des exigences posées aux physiothérapeutes depuis 1997 en raison de différents facteurs d'influence. Dans ce domaine central des soins de santé, ces exigences n'ont pas seulement augmenté en raison des progrès de la médecine et de l'évolution démographique ainsi que des profils de patient·e·s plus complexes qui en découlent, mais elles sont également le reflet de la planification stratégique des autorités, eu égard au principe de l'ambulatoire avant le stationnaire.
- 47 Les données actuelles sur les coûts et les prestations montrent clairement que la structure tarifaire actuelle entraîne déjà un sous-financement significatif dans le domaine de la physiothérapie. Cette situation s'accroît non seulement en raison de la réduction significative des tarifs qui résulterait de l'intervention tarifaire envisagée, mais aussi en raison des implications du *renchérissement en général*, qui n'ont pas été prises en compte, et de son effet réflexe sur les coûts d'infrastructure en particulier.
- 48 Les *coûts de location* des locaux des cabinets de physiothérapie ont considérablement augmenté depuis l'introduction du modèle tarifaire de 1997. Les physiothérapeutes ne peuvent pas répercuter proportionnellement les coûts correspondants sur les patient·e·s dans le cadre de leurs prestations à la charge de l'AOS, contrairement aux autres fournisseurs de prestations dans le contexte de l'assurance de base, dont les coûts d'infrastructure sont toujours pris en compte dans le calcul des tarifs. Le projet mis en consultation viole ainsi la primauté d'une *rémunération des prestations en fonction des frais*, ancrée dans le cadre de l'obligation légale de calcul en fonction de l'économie d'entreprise.¹⁶
- 49 Dans ce contexte, il apparaît clairement que l'absence d'adaptation du revenu de référence physiothérapeutique n'est pas seulement incompatible avec les

¹⁶ SBVR Sécurité sociale-EUGSTER, point 985, avec d'autres réf.

principes légaux de fixation des tarifs pour des considérations d'équité du point de vue de la systématique tarifaire, mais qu'elle s'avère aussi globalement disproportionnée et qu'elle entraînerait une rémunération des prestations inégale au sens du droit au détriment des physiothérapeutes.

- 50 L'intervention tarifaire s'avère également *inappropriée* en ce qui concerne l'introduction d'une composante tarifaire temporelle. L'illégalité de cette mesure peut être démontrée à l'aide de l'une des principales positions tarifaires. La modification du forfait par séance individuelle pour la physiothérapie complexe (position tarifaire 7311), qui se traduit *de facto* par une baisse significative du tarif, s'avère être une violation des principes de tarification de l'assurance-maladie, et pas seulement en raison du modèle tarifaire utilisé. Dans le cadre de l'intervention tarifaire, il n'est pas non plus tenu compte du fait que cette position tarifaire ne couvre pas uniquement le surcroît de travail occasionné en termes de temps, mais qu'elle doit également refléter, en raison de la complexité des faits médicaux qu'elle couvre et de la vulnérabilité du bien des patient·e·s, le besoin accru de coordination avec les acteurs impliqués dans le traitement dans un contexte interprofessionnel.
- 51 Il s'ensuit que l'introduction d'une composante tarifaire temporelle modifie fondamentalement la nature de la position tarifaire 7311 correspondante et conduit à un résultat contraire à l'objet en raison de la distorsion de la logique de représentation.

2.2.5. La démarche de l'OFSP est en contradiction avec la clause d'habilitation de l'art. 47a LAMal

- 52 La démarche de l'OFSP est ensuite contraire à la loi au regard de la réglementation de l'art. 47a LAMal, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022, selon laquelle il est possible d'introduire une obligation de mettre en place une organisation tarifaire.
- 53 En vertu de la réglementation de l'art. 47a, al. 1 LAMal, les associations de fournisseurs de prestations et celles des assureurs sont tenues d'instituer une organisation tarifaire pour l'élaboration et le développement ainsi que l'adaptation et la maintenance des structures tarifaires pour les traitements médicaux ambulatoires. Dans ce contexte, l'organisation tarifaire est également compétente pour *les structures tarifaires que le Conseil fédéral a adaptées ou fixées sur la base de ses compétences subsidiaires*.

- 54 Compte tenu du fait que les partenaires tarifaires ont également de plus en plus de mal à se mettre d'accord sur les adaptations nécessaires dans d'autres domaines - selon les documents, les prestations *physiothérapeutiques* ont notamment été citées en exemple -, l'art. 47a, al. 2, LAMal a été sciemment doté d'une réglementation permettant au Conseil fédéral d'étendre l'obligation d'instituer une organisation tarifaire à d'autres domaines, c'est-à-dire à des structures tarifaires pour d'autres traitements ambulatoires - par exemple la physiothérapie -, dans la mesure où cela est nécessaire pour *assurer la maintenance des tarifs*.¹⁷
- 55 Une intervention tarifaire des autorités qui ne fait que refléter les souhaits d'adaptation des assureurs-maladie et qui représente donc une influence unilatérale et contraire à la loi sur la procédure de tarification est par conséquent inadmissible, même en tenant compte des moyens d'action légaux selon l'art. 47a, al. 2 LAMal.
- 56 Pour conclure, il convient de souligner que les structures tarifaires concernées par la clause d'habilitation de l'art. 47a, al. 2 LAMal se rapportent uniquement aux *structures tarifaires à la prestation* ainsi qu'aux *structures tarifaires forfaitaires pour les patient·e·s* se rapportant désormais aux traitements ambulatoires. Dans ce contexte réglementaire également, l'aménagement des *tarifs horaires* reste *exclusivement* de la compétence directe des partenaires tarifaires.¹⁸

3. Conclusions

- 57 Au vu de ce qui précède, l'intervention tarifaire du Conseil fédéral s'avère inadmissible à plusieurs égards:
- L'intervention tarifaire est contraire à la primauté de l'*autonomie tarifaire et du partenariat tarifaire* dans le droit de l'assurance-maladie;
 - Dans le cadre de la surveillance légale selon la LAMal, l'OFSP est tenu d'ordonner aux assureurs-maladie, en tant qu'organes d'exécution de la

¹⁷ Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-maladie [Mesures visant à freiner la hausse des coûts, 1^{er} volet] du 21 août 2019, FF 2019 6071, 6086; consultable à l'adresse: <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/2216/fr> >; dernière visite le 11 septembre 2023.

¹⁸ Message concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-maladie [Mesures visant à freiner la hausse des coûts, 1^{er} volet] du 21 août 2019, FF 2019 6071, 6086; consultable à l'adresse: <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/2216/fr> >; dernière visite le 11 septembre 2023.

Confédération, d'assumer de bonne foi leur obligation légale d'entamer des négociations tarifaires.

- Dans le cas contraire, la logique de tarification partenariale selon la LAMal risquait d'être sap e de manière illégale sous la forme de tarifs d'autorité de fait.
- De plus, le tarif d'autorité, déjà illégal à la lumière de l'autonomie tarifaire, s'avère également inadmissible au regard des principes de fixation des tarifs selon la LAMal.

58 Dans ce contexte, il convient d'ordonner à l'OFSP

- de renoncer à l'intervention tarifaire prévue dans sa forme actuelle; et
- d'ordonner aux assureurs maladie de respecter leur obligation légale d'entamer des négociations tarifaires en toute bonne foi.

59 En vous priant d'examiner avec bienveillance la présente dénonciation à l'autorité de surveillance,

nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'expression de notre considération distingu e.

Daniel Staffelbach

Mirjam Olah

Pièces jointes selon liste séparée

Liste des éléments de preuve

Pièce jointe 1 Procuration du 21 décembre 2023

Pièce jointe 2 PPT du 7 avril 2022

Pièce jointe 3 Lettre de l'OFSP du 16 décembre 2022

Pièce jointe 4 Lettre de l'OFSP du 17 mars 2023

Pièce jointe 5 Lettre commune de curafutura et santésuisse du 26 janvier 2023