

Traduction de l'original en allemand, qui fait référence

POLEDNA RC

Recommandé

physioswiss

Stadthof

Centralstrasse 8b 6210 Sursee

Zurich, le 5 mai 2017

Tomas Poledna, Professeur, docteur en droit

Gregori Werder, Master en droit

Avis de droit

sur la

Conformité juridique de la proposition de structure tarifaire du Conseil fédéral pour les prestations de physiothérapie

au nom de l'association de fournisseurs de prestations

physioswiss

rédigé par Tomas Poledna, Professeur, docteur en droit

Gregori Werder, Master en droit

Poledna RC Zürich

Limmatquai 58

Case postale

CH-8001 Zurich

+41 43 233 40 33

Poledna RC Bâle

Missionsstrasse 13

CH-4055 Bâle

+41 61 681 00 30

poledna@poledna.legal

www.poledna.legal

N° TVA CHE-115.588.554

Inscrit au

registre cantonal des avocats

Sommaire

I.	Contexte	3
II.	Compétence du Conseil fédéral concernant la fixation d'une structure tarifaire uniforme sur le plan suisse	3
A.	Introduction	3
B.	Tarif, structure tarifaire et convention tarifaire	4
C.	Pas de compétence fédérale pour la fixation des tarifs forfaitaires ou au temps consacré 5	
D.	Proposition de structure tarifaire uniforme sur le plan suisse pour les prestations de physiothérapie, une simple structure tarifaire pour les tarifs à la prestation?	5
1.	Caractérisation d'une structure tarifaire pour les tarifs à la prestation	5
2.	Analyse des divers éléments de la proposition	6
2.1	Elaboration de la proposition du Conseil fédéral	6
2.2	Système de forfaits pour les prestations prises en charge.....	7
2.3	Composante temporelle dans la description des prestations regroupées en forfaits	8
2.4	Éléments descriptifs selon la partie 3 et 4 de la proposition du Conseil fédéral	9
E.	Résultat	9
III.	La proposition correspond-elle aux exigences tarifaires légales pour l'établissement d'une structure tarifaire de tarifs à la prestation?	10
A.	Vue d'ensemble des exigences	10
B.	Examen de la garantie des exigences légales en matière de tarifs par la proposition du Conseil fédéral.....	12
1.	Modèle tarifaire d'origine et adaptations apportées par la proposition du Conseil fédéral 12	
2.	Exigences relatives à la fixation d'un tarif problématiques dans le contexte actuel	13
2.1	Structure tarifaire appropriée.....	13
2.2	Fixation du tarif d'après les règles applicables en économie d'entreprise.....	15
C.	Résultat	16
IV.	Autres limites fédérales de la tarification?	16
A.	Intérêt public de l'introduction d'une durée minimale des prestations de physiothérapie 16	
B.	Caractère proportionné de l'introduction de la durée minimale par rapport au but visé	17
1.	Vue d'ensemble des critères de vérification	17
2.	Caractère approprié de l'introduction de la durée minimale	18
3.	Caractère nécessaire de l'introduction de la durée minimale	18
4.	Caractère raisonnable de l'introduction de la durée minimale	19
5.	L'introduction de la durée minimale est disproportionnée	19
V.	Réponse aux questions soumises à l'expertise	20

I. Contexte

1 Christine Boldi-Goetschy, avocate licenciée en droit, a adressé le 13 avril 2017 un message électronique au professeur Tomas Poledna au nom et à la demande de l'association des fournisseurs de prestations **physioswiss** et lui a demandé de se livrer à une expertise concernant les faits exposés ci-dessous et de répondre aux questions suivantes.

2 Après l'échec des négociations entre les partenaires tarifaires physioswiss (anciennement FSP) et santésuisse (anciennement CAMS) en vue de la fixation d'une nouvelle structure tarifaire uniforme pour les prestations de physiothérapie, le Conseil fédéral, s'appuyant sur la compétence que lui confère l'art. 43, al. 5, 2^e phrase, LAMal, a édicté le 23 novembre 2016 une structure tarifaire pour les prestations de physiothérapie sur la base de la convention tarifaire préalablement en vigueur et négociée entre les partenaires tarifaires. Il l'a toutefois limitée au 31 décembre 2017, si bien qu'il envisage d'introduire une nouvelle structure tarifaire uniforme pour les prestations de physiothérapie le 1^{er} janvier 2018, afin d'éviter une situation d'absence de structure tarifaire.¹ A cette fin, il a élaboré une ordonnance et a lancé une procédure de consultation. Celle-ci correspond dans une large mesure à la structure tarifaire en vigueur jusqu'ici, mais a été modifiée ou complétée sur certains points. Concrètement, elle formule certaines adaptations, introduit diverses règles de facturation et prescrit une durée minimale pour les séances de physiothérapie.

3 physioswiss doute de la légalité des modifications apportées ainsi que de la compétence du Conseil fédéral à édicter une structure tarifaire telle que celle exposée dans la proposition actuelle en général. L'association a donc soumis les questions suivantes à l'avis d'un expert:

1 Le Conseil fédéral est-il habilité à édicter la présente proposition de structure tarifaire pour les prestations de physiothérapie?

2 La proposition de nouvelle structure tarifaire pour les prestations de physiothérapie correspond-elle aux exigences fédérales relatives aux dispositions légales en matière de tarifs inscrites dans la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal; RS 832.10)?

3 Existe-t-il d'autres restrictions fédérales à la fixation d'un tarif et celles-ci sont-elles garanties par la proposition de nouvelle structure tarifaire pour les prestations de physiothérapie?

II. Compétence du Conseil fédéral concernant la fixation d'une structure tarifaire uniforme sur le plan suisse

A. Introduction

4 L'art. 43, al. 5, LAMal habilite le Conseil fédéral à fixer une structure tarifaire si les partenaires tarifaires ne peuvent s'entendre sur une *structure* tarifaire sur le plan suisse pour *les tarifs à la prestation*. La compétence du Conseil fédéral se limite ainsi à l'édition d'une simple structure tarifaire pour les tarifs à la prestation. La LAMal ne prévoit pas de structures tarifaires fédérales pour *les tarifs forfaitaires ou les tarifs au temps consacré*.

5 La compétence prévue à l'art. 43, al. 5, LAMal, est délimitée par l'art. 47, al. 1, LAMal, qui dispose que les tarifs doivent être fixés par les gouvernements cantonaux lorsque les partenaires tarifaires ne peuvent s'entendre sur une convention tarifaire. Ainsi, toutes les compétences relatives à l'édition de tarifs de remplacement en l'absence d'entente des partenaires tarifaires relèvent des gouvernements cantonaux, à l'exception de celles relatives à l'édition (ou à la révision) d'une structure tarifaire pour les tarifs à la prestation.

6 Concernant les faits soumis ici à l'expertise, le Conseil fédéral envisage l'édition d'une

¹ Concernant l'historique relatif à la structure tarifaire pour les prestations de physiothérapie, voir «Ordonnance sur l'adaptation de structures tarifaires dans l'assurance-maladie. Teneur des modifications et commentaire du 1^{er} octobre 2016», p. 3 et ss. (<https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/kuv-leistungen/tarifstruktur-tarmed/aenderungserlass-inhalt-der-aenderungen-und-kommentar-23-11-2016.pdf.download.pdf/Teneur%20des%20modifications%20et%20commentaire%20Ordonnance%20sur%20l%E2%80%99adaptation%20de%20structures%20tarifaires%20dans%20l%E2%80%99assurance-maladie.%20modifications%20du%2023%20novembre%202016.pdf>), consulté le 30 avril 2017).

structure tarifaire fédérale conformément aux dispositions de l'art. 43, al. 5, LAMal. Il convient donc de préciser ci-après si la proposition d'une structure tarifaire uniforme sur le plan suisse pour les prestations de physiothérapie constitue effectivement une structure tarifaire pour les tarifs à la prestation, que le Conseil fédéral est habilité à édicter.

B. Tarif, structure tarifaire et convention tarifaire

7 Pour déterminer si la proposition d'une structure tarifaire uniforme sur le plan suisse pour les prestations de physiothérapie constitue effectivement une structure tarifaire pour les tarifs à la prestation, il convient tout d'abord de faire la distinction entre la notion de convention tarifaire et celle de structure tarifaire. Le point de départ ici est l'art. 43, al. 1, LAMal, en vertu duquel les fournisseurs de prestations doivent établir leurs factures sur la base de tarifs (ou de prix). Mais la loi ne comporte pas de définition de la notion de tarif. Seul l'art. 43, al. 2, LAMal stipule, dans une perspective fonctionnelle, que le tarif constitue la base de calcul de la rémunération. Mais selon l'avis que nous défendons ici, la teneur de la loi concernant la systématique de la loi est imprécise² et le terme de tarif doit plutôt s'entendre comme terme générique pour les notions partielles de convention tarifaire et de structure tarifaire.

8 La *convention tarifaire* comprend, d'une part, toutes les dispositions ayant pour objet les modalités de paiement qui régissent le règlement des litiges ainsi que, en règle générale et surtout, la valeur du point tarifaire ou du moins une convention prévoyant que celui-ci soit fixé au moyen d'une convention supplémentaire.³

9 La *structure tarifaire* en revanche sert à «[traduction libre] déterminer la valeur relative d'une prestation en définissant des points tarifaires». ⁴ Pour citer en substance Brumann «[elle] comporte des informations sur la manière dont la prestation médicale doit être évaluée et facturée». ⁵ Elle ne permet pas à elle seule de connaître le montant de la rémunération de la prestation dans les cas individuels. Bernath caractérise également avec pertinence la notion de structure tarifaire lorsqu'il établit que:

«[traduction libre] La structure tarifaire comprend un dispositif approprié de valeurs de référence qui sont déterminantes pour une fixation et un calcul des diverses prestations d'après les règles applicables en économie d'entreprise.

Structure tarifaire signifie [...] définition des prestations (nomenclature) et valeur relative (point tarifaire). Chaque prestation médicale (nomenclature) se voit attribuer un point tarifaire résultant d'un calcul économique. La structure tarifaire comprend donc la valeur abstraite de la prestation et la relation de valeur des prestations entre elles.»⁶

10 Concernant la relation entre structure tarifaire et convention tarifaire, il convient de renvoyer à l'art. 43, al. 4, LAMal. Ainsi, les assureurs et les fournisseurs de prestations (partenaires tarifaires) doivent s'entendre sur des conventions tarifaires. Dans ce processus, en vertu de la deuxième phrase de cette disposition, il convient notamment de veiller à l'existence d'une structure appropriée des tarifs. La structure tarifaire fait ainsi partie intégrante de la convention tarifaire conclue entre les partenaires tarifaires. Cela doit être ensuite concrétisé, car la convention tarifaire et la structure tarifaire peuvent tout à fait être deux contrats séparés dans la pratique (et le sont souvent).⁷ Mais au final, elles forment toujours un cadre réglementaire commun, sur la base duquel l'AOS peut calculer le montant de la rémunération d'une prestation médicale dans un cas particulier: le tarif.

11 Il convient de citer la convention tarifaire nationale conclue le 1^{er} juillet 1998 entre les

² Voir également Thomas Brumann, Tarif- und Tarifstrukturverträge im Krankenversicherungsrecht. P. 41.

³ Cf. Thomas Brumann, Tarif- und Tarifstrukturverträge im Krankenversicherungsrecht, Hambourg 2012, p. 46.

⁴ FF 1991, p. 121.

⁵ Cf. Thomas Brumann, Tarif- und Tarifstrukturverträge im Krankenversicherungsrecht, Hambourg 2012, p. 46.

⁶ Francois A. Bernath, Rechts- und Projektmanagementfragen rund um den TARMED, in: Richli/Poliedna (Hrsg.), Forum Gesundheitsrecht, Tarife im Gesundheitsrecht, Zürich/Basel/Genève 2002, p. 33.

⁷ Voir à ce sujet l'argumentation développée par Thomas Brumann, Tarif- und Tarifstrukturverträge im Krankenversicherungsrecht, p. 40 et s.

partenaires tarifaires de l'époque comme exemple illustrant la différence entre les notions de tarif, convention tarifaire et structure tarifaire. Celle-ci comporte d'une part divers accords contractuels, comme des dispositions sur la garantie de la qualité, sur les conditions d'admission à la convention et sur les formalités liées à la rémunération, devant être intégrés dans la notion de convention tarifaire. Il a en outre été convenu dans cette convention tarifaire que les valeurs du point tarifaire seraient fixées au moyen de conventions tarifaires séparées (voir art. 8, al. 4, Convention tarifaire, 1998). L'annexe 1 fixe ensuite une structure tarifaire uniforme sur le plan suisse pour un tarif à la prestation, qui correspond dans son principe aux descriptions de la structure tarifaire exposées ci-dessus. A elles deux, la convention tarifaire et la structure tarifaire prévue à l'annexe 1 constituent le tarif alors en vigueur pour les prestations de physiothérapie.

C. Pas de compétence fédérale pour la fixation des tarifs forfaitaires ou au temps consacré

12 La distinction faite entre convention tarifaire et structure tarifaire est particulièrement pertinente dans le contexte présent concernant la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en cas d'absence de l'un des deux éléments constitutifs du tarif. Si aucune convention tarifaire ne peut être conclue entre les fournisseurs de prestations et les assureurs, le gouvernement cantonal fixe le tarif, après avoir consulté les intéressés (art. 47, al. 1, LAMal). Cette disposition concerne aussi en principe les structures tarifaires dans la mesure où il s'agit de tarifs au temps consacré ou de tarifs forfaitaires conformément à l'art. 43, al. 2, let. a et c, LAMal. Mais en vertu de l'art. 43, al. 5, LAMal, la structure tarifaire pour les tarifs à la prestation doit être uniforme et fixée sur le plan suisse et si les partenaires tarifaires ne peuvent s'entendre sur une telle structure, doit être fixée par le Conseil fédéral. Ainsi, le Conseil fédéral est le seul habilité à fixer les structures tarifaires pour un tarif à la prestation s'il n'existe aucune structure de cette nature reposant sur une convention. Mais on en déduit aussi a contrario qu'il n'existe pas de compétence du Conseil fédéral en matière de fixation de tarifs forfaitaires ou au temps consacré, et que celui-ci n'est donc pas habilité à fixer ces tarifs.

13 S'il est question des simples structures tarifaires correspondant aux trois modèles de base cités à l'art. 43, al. 2, let. a-c, LAMal, la répartition des compétences est donc claire. Mais il ne s'agit pas là d'un *numerus clausus* des structures tarifaires: les formes mixtes sont autorisées.⁸ Cela peut certes être vrai pour les structures tarifaires convenues entre partenaires tarifaires, mais cela n'est toutefois pas possible pour les structures tarifaires fixées par le Conseil fédéral en raison de la répartition des compétences. Celui-ci est en effet uniquement habilité à édicter (ou réviser) une structure tarifaire pour les tarifs à la prestation, ce qui exclut d'y intégrer des éléments forfaitaires ou calculés selon le temps consacré. Le Conseil fédéral n'est donc pas autorisé à édicter une proposition de structure fédérale pour les prestations de physiothérapie si, outre des éléments de tarification à la prestation, celle-ci comporte également des éléments de tarification forfaitaire ou selon le temps consacré.

D. Proposition de structure tarifaire uniforme sur le plan suisse pour les prestations de physiothérapie, une simple structure tarifaire pour les tarifs à la prestation?

1. Caractérisation d'une structure tarifaire pour les tarifs à la prestation

14 Bien que la notion de structure tarifaire à proprement parler ne soit pas définie dans le texte de loi, celui-ci contient toutefois des points de repère concernant l'élément du tarif à la prestation. En vertu de l'art. 43, al. 2, let. b, LAMal, le tarif peut «attribuer des points à chacune des prestations et fixer la valeur du point». Dans une structure de tarifs à la prestation, les prestations individuelles sont ainsi nommées et un nombre déterminé de points tarifaires leur est attribué, aboutissant à une valeur abstraite des diverses prestations par rapport aux autres prestations de la structure tarifaire.⁹ En d'autres termes, la structure de tarifs à la prestation doit comporter une liste de toutes les prestations médicales soumises à l'AOS et leur attribuer une valeur abstraite en leur affectant des points tarifaires, et les mettre ainsi également en relation

⁸ Cf. Thomas Brumann, *Tarif- und Tarifstrukturverträge im Krankenversicherungsrecht*, Hambourg 2012, p. 47.

⁹ Ueli Kieser, *Tarif für ärztliche Leistung*, in: Kieser/Oggier/Bührer (Hrsg.), *Tarif und Tarifanpassung in der Krankenversicherung*, Berne 2015, p. 49.

avec les autres prestations évaluées au même endroit. La fixation de la valeur du point tarifaire mentionnée doit incomber à la partie contractuelle du tarif et relève de la compétence du gouvernement cantonal en cas d'absence de convention entre les partenaires tarifaires.

15 La question se pose en outre de savoir si avec la description de l'art. 43, al. 2, let. b, LAMal, le législateur n'a défini que l'une parmi plusieurs possibilités de fixation d'un tarif à la prestation ou s'il s'agit là de la seule possibilité autorisée. EUGSTER semble être d'avis qu'il s'agit d'un modèle possible de structure tarifaire à la prestation.¹⁰ Cela semble à première vue confirmer la teneur de l'art. 43, al. 2, let. b, LAMal, qui stipule que: «[le tarif] *peut* notamment attribuer des points à chacune des prestations et fixer la valeur du point (tarif à la prestation)». Mais, selon l'avis que nous défendons ici, le mot *peut* se rapporte moins à l'élaboration du **type** de tarif en tant que tel qu'aux trois alternatives que sont le tarif au temps consacré, le tarif à la prestation et le tarif forfaitaire. Les explications du message du Conseil fédéral qui décrivent de manière très détaillée, et apparemment définitive, le système du tarif à la prestation, vont aussi dans ce sens.¹¹

16 Les explications du message du Conseil fédéral livrent en outre d'autres indications sur ce qu'il faut entendre par structure tarifaire pour les tarifs à la prestation. Elles semblent confirmer les explications précédentes à la note de marge 14:

«[traduction libre] Aujourd'hui, la tarification à la prestation prédomine encore pour les prestations ambulatoires. Dans ce système, un nombre de points tarifaires déterminé est attribué à chaque prestation tarifée. Il en résulte la valeur abstraite de chaque prestation et la relation de valeur des prestations entre elles (appelée structure tarifaire). Si l'on multiplie ensuite la valeur du point tarifaire (définie en francs et en centimes) par le nombre de points tarifaires d'une prestation, on obtient sa valeur concrète, le prix.

Dans l'ordre actuel, la structure tarifaire et la valeur du point tarifaire sont la plupart du temps déterminées de manière décentralisée, mais en règle générale au niveau cantonal, par des accords entre les fournisseurs de prestations et les assureurs. En ce qui concerne la structure tarifaire, cela n'est guère judicieux. On ne comprend en effet guère pourquoi, par exemple, la pose d'un pansement, la prise d'une radio, une piqûre, la mesure de la tension artérielle, le traitement d'un abcès, etc. doivent constituer une prestation «plus valorisée» (plus de points tarifaires) ou «moins valorisée» (moins de points tarifaires) dans le canton des Grisons que par exemple dans celui de Genève. Il est par conséquent indiqué de fixer la structure tarifaire de manière uniforme sur le plan suisse, par une convention entre les partenaires tarifaires.»¹²

17 Il ressort donc de la citation en général, mais aussi en particulier des citations mentionnées par l'expert, que la structure de tarification à la prestation n'est rien de plus que la mise en relation d'une prestation avec un nombre de points tarifaires, les prestations affectées d'un nombre plus grand de points tarifaires ayant en général plus de valeur que celles ayant un moins grand nombre de points tarifaires. Selon l'avis que nous défendons ici, toute réglementation allant au-delà de la simple répartition des points attribués à une prestation concrète ne doit plus être attribuée en fonction d'une structure tarifaire à la prestation, mais de la composante tarifaire **contractuelle** du tarif.

2. Analyse des divers éléments de la proposition

2.1 Elaboration de la proposition du Conseil fédéral

18 Dans ce contexte, on peut à présent examiner si la proposition de structure tarifaire uniforme sur le plan suisse pour les prestations de physiothérapie est une structure tarifaire à la prestation. Celle-ci est divisée en quatre parties:

- Les *Remarques liminaires*, dans lesquelles sont définies quelques règles d'application du

¹⁰ Cf. Eugster, SBVR Soziale Sicherheit, E Rz. 970.

¹¹ BBI 1991, S. 173.

¹² BBI 1991, S. 173.

tarif. Ainsi, en vertu du chiffre 1, un seul forfait par séance peut être facturé par séance de traitement, ou en vertu du chiffre 5, la séance ne peut être facturée que si elle a effectivement eu la durée fixée par la position tarifaire correspondante.

■ La *Vue d'ensemble du tarif*, où sont définis cinq forfaits par séance et cinq suppléments, ainsi que des forfaits pour le matériel d'hygiène et de consommation dans le traitement physiothérapeutique de l'incontinence. A ces cinq forfaits par séance sont attribuées les prestations de physiothérapie prises en charge décrites de manière définitive à l'art. 5, OPAS, dans une liste positive.

■ Les parties trois et quatre décrivent plus précisément les diverses prestations correspondant aux divers forfaits par séance et parfois les conditions d'application, comme à l'al. 2, n° de position 7301.

19 Nous examinerons si ces réglementations constituent une structure tarifaire à la prestation

en prenant ci-après l'exemple de la position 7301 «Forfait par séance individuelle pour physiothérapie générale (30 minutes, y compris 5 minutes au maximum pour la préparation et la tenue des dossiers)».

2.2 Système de forfaits pour les prestations prises en charge

20 Le forfait par séance correspondant à la position 7301 regroupe les prestations visées à l'art. 5, al. 1, let. a-c, OPAS. Il s'agit là de la palette complète des prestations de physiothérapie.¹³ Un forfait de 48 points tarifaires a été attribué à toutes ces prestations. Il reste désormais à savoir si cette attribution forfaitaire de points tarifaires à la gamme complète des prestations prises en charge dans le domaine de la physiothérapie correspond effectivement encore à une structure tarifaire à la prestation.

21 Cet examen doit être évalué en tenant compte du fait qu'à la différence du domaine des prestations de médecine ambulatoire, dont les tarifs sont fixés dans Tarmed, il existe pour les prestations de physiothérapie une liste positive des prestations soumises à l'OAS à l'art. 5, OPAS. Il existe donc déjà dans l'OPAS une **énumération exhaustive** des positions que les physiothérapeutes peuvent imputer à l'AOS; l'OPAS définit par conséquent les prestations individuelles de physiothérapie soumises à l'AOS. La proposition du Conseil général n'attribue pas un certain nombre de points tarifaires à chacune des prestations déjà définies, mais détermine de manière forfaitaire que toutes les prestations de physiothérapie sont assorties du même point tarifaire et ont par conséquent la même valeur. La proposition comporte ainsi l'établissement d'un système de forfaits pour les prestations de physiothérapie qui s'oppose nettement à la caractérisation en tant que structure tarifaire à la prestation. Le but et l'objet de la structure tarifaire à la prestation consistent précisément à ouvrir aux fournisseurs de prestations une possibilité de facturation leur permettant de facturer les actions individuelles effectivement menées sous forme de système modulaire. Indépendamment de cela, la rubrique indique aussi finalement qu'il s'agit de «forfaits par séance».

22 Si l'on considère de nouveau que l'art. 5, al. 2 et 4, OPAS limite en principe le nombre de séances prises en charge par patient à 9 (par ordonnance) et 36, on obtient de fait une forme de forfaits par patient de 9x48 et 36x48 points tarifaires, qui peuvent être complétés en fonction des divers suppléments. Celle-ci se rapproche ainsi des forfaits par patient décrits et prévus à l'art. 43, al. 3, LAMal.

23 Pour cette raison, il convient de noter que la structure tarifaire prévue dans la proposition du Conseil fédéral peut certes être fixée par les partenaires tarifaires en raison de la limitation de la compétence fédérale à l'édition d'un simple tarif à la prestation, mais ne peut pas être fixée d'autorité par le Conseil général en s'appuyant sur l'art. 43, al. 5, LAMal. Il ne s'agit effectivement

¹³ Pour certaines pathologies décrites dans la description des positions correspondant à la position 7311, il est autorisé, si le besoin de prestations est plus élevé, de facturer un tarif plus élevé, à savoir celui pour thérapie complexe. Mais les prestations sont fondamentalement les mêmes.

pas d'une simple structure tarifaire à la prestation, mais d'une forme mixte entre des tarifs à la prestation et un tarif forfaitaire qui, comme nous allons le montrer, comporte même encore des éléments d'un tarif au temps consacré.

2.3 Composante temporelle dans la description des prestations regroupées en forfaits

24 Outre le regroupement des prestations de physiothérapie en forfaits, la nouvelle composante temporelle de la description des prestations nouvellement introduite dans la proposition du Conseil fédéral s'avère aussi problématique. La position tarifaire comporte l'ajout «(30 minutes, y compris 5 minutes au maximum pour la préparation et la tenue des dossiers)», qu'il convient de comprendre de la manière suivante en vertu du chiffre 5 des Remarques liminaires de la proposition.

«Le temps attribué à la position correspond au temps que le physiothérapeute affecte à la prestation. Il comprend un temps de thérapie auprès du patient (séance de traitement à proprement parler, y compris le temps pour le pansement/bandage) et un temps de préparation et de tenue des dossiers de 5 minutes au maximum. Si le temps effectif de thérapie auprès du patient est inférieur au temps attribué à la position moins 5 minutes de préparation et de tenue des dossiers, la séance ne peut pas être facturée.»

25 Le Conseil fédéral fixe ainsi pour condition que la prestation effectuée sur le patient dure au minimum 25 minutes pour pouvoir être effectivement indemnisée. S'il n'existe pas de liste positive décrivant les prestations pour les prestations effectuées dans le domaine médical, comme pour les médecins en vertu de l'art. 25, al. 2, let. a, chiffre 1, LAMal, il manque foncièrement d'orientations légales pour les prestations à inclure dans la structure tarifaire des tarifs à la prestation. Dans ces cas, une structure des tarifs à la prestation ne peut éviter de décrire avec précision ces prestations dans la structure tarifaire, comme c'est le cas par exemple dans Tarmed. Pour les prestations de physiothérapie, il existe en revanche à l'art. 5, OPAS une liste positive définitive des prestations prises en charge par l'AOS.¹⁴ Une description complémentaire des prestations en vue d'une application correcte de la structure tarifaire n'est guère nécessaire.

26 Avec la composante temporelle, en vertu de laquelle une séance doit durer au total 30 minutes pour pouvoir être facturée, le Conseil fédéral introduit une limitation supplémentaire à la prestation qui n'est pas prévue dans la partie correspondante de l'OPAS: si une prestation prévue dans l'OPAS est effectuée sur une durée de 29 minutes, elle ne donnera pas lieu à une indemnisation. Et le temps passé supérieur à 30 minutes ne sera pas indemnisé, même si la situation exigeait que cette durée soit dépassée. Cette manière de procéder ne correspond pas aux tarifs à la prestation, car ces tarifs sont fonction de l'exécution appropriée d'une prestation donnée.

27 La proposition du Conseil fédéral va donc au-delà de la simple évaluation des diverses prestations au moyen de l'attribution d'un nombre déterminé de points tarifaires, c'est-à-dire de l'établissement d'une structure de tarifs à la prestation, crée des forfaits à la baisse comme à la hausse et outrepassé ainsi la compétence du Conseil fédéral. Certes, en vertu de l'art. 33, al. 2, LAMal, le Conseil fédéral

est en principe habilité à décrire les prestations de physiothérapie dans une liste positive, ce qu'il a d'ailleurs fait dans l'art. 5, OPAS. Toutefois, il n'est pas prévu d'éventuelle limitation temporelle des prestations.

28 Il ne s'agit donc pas non plus ici des «autres prescriptions au sens des modalités dont il faut tenir compte dans chaque cas pour l'établissement d'une facture afin que le montant dû puisse être calculé et revendiqué correctement», qui relèveraient de la compétence du Conseil fédéral d'après le Commentaire de la modification de l'ordonnance sur la fixation et l'adaptation de structures tarifaires dans l'assurance-maladie de l'OFSP.¹⁵ On peut donc se demander à ce

¹⁴ Voir aussi à ce sujet la note de marge 21 ci-dessus.

¹⁵ Commentaire de la modification de l'ordonnance sur la fixation et l'adaptation de structures tarifaires dans l'assurance-maladie de l'OFSP, p. 6 et s.

stade si les auteurs de ces commentaires ont vraiment compris les décisions du Conseil fédéral citées, ce dont il est permis de douter. L'existence de la compétence du Conseil fédéral est déduite de la description du pouvoir d'examen qu'avait alors le Conseil fédéral s'agissant de vérifier la compétence de fixer le tarif d'autorité des autorités cantonales en vertu de l'art. 47, al. 1, LAMal.¹⁶ Il n'apparaît pas clairement dans quelle mesure cela doit fonder une compétence du Conseil fédéral dans le cadre d'une procédure de fixation de tarifs, qui en outre va au-delà de la teneur de l'art. 43, al. 5, LAMal.

29 On peut en outre se demander si la composante temporelle n'a pas introduit une variante du tarif au temps consacré visé à l'art. 43, al. 2, let. a, LAMal dans la structure tarifaire fédérale. Avec une telle variante, le fournisseur de prestations sera rémunéré en fonction du temps consacré à la prestation.¹⁷ La durée minimale prescrite de 30 minutes de prestation peut tout à fait être comprise comme un minutage qui introduit un tarif nul pour les 30 premières minutes d'une séance de thérapie et à partir de la minute 31 (jusqu'à l'infini), celui qui est fonction des 48 points tarifaires, multiplié par les valeurs du point tarifaire fixées.

30 En conclusion, la composante temporelle va au-delà de la simple fixation d'un tarif à la prestation. Elle décrit certes la prestation à laquelle seront attribués les 48 points tarifaires, mais va au-delà d'une simple explication en introduisant une limitation du droit à une rémunération. De surcroît, cette approche semble aussi avoir permis d'introduire des éléments d'un tarif au temps consacré dans la structure tarifaire à la prestation, ce en quoi le Conseil fédéral outrepassé également ses compétences.

2.4 Eléments descriptifs selon la partie 3 et 4 de la proposition du Conseil fédéral

31 Outre les éléments déjà mentionnés, la proposition du Conseil fédéral comporte aussi des descriptions des diverses positions dans les parties 3 et 4. Dans la mesure où ils n'établissent pas de conditions supplémentaires à la prise en charge des prestations, comme l'al. 2 de la position 7301 concernant le minutage évoqué à la note de marge 24 ss, nous sommes d'avis que ces descriptions et ces éclaircissements relatifs à l'application des diverses positions tarifaires ne posent pas problème et sont même indispensables à une application uniforme et correcte de la structure tarifaire.

E. Résultat

32 La proposition du Conseil fédéral d'une structure tarifaire uniforme sur le plan suisse pour les prestations de physiothérapie va bien au-delà d'une simple structure tarifaire de tarifs à la prestation.

- D'une part, outrepassant la compétence du Conseil fédéral, elle instaure des forfaits pour les prestations décrites à l'art. 5, OPAS au lieu de procéder à une évaluation individuelle au moyen de l'octroi de points tarifaires.
- De l'autre, elle introduit une limitation inadmissible de la prestation en exigeant qu'une séance de thérapie dure 30 minutes faute de quoi il n'existerait aucun droit à rémunération.
- Enfin, cette réglementation comporte également des éléments d'un tarif au temps consacré. En vertu de l'art. 43, al. 5, LAMal, le Conseil fédéral étant uniquement autorisé à établir une structure tarifaire de tarifs à la prestation, il outrepassé ses compétences et n'est pas habilité à édicter la présente proposition, qui correspond à une forme mixte des trois types de tarification décrits dans la loi.

¹⁶ Cf. Commentaire de la modification de l'ordonnance sur la fixation et l'adaptation de structures tarifaires dans l'assurance-maladie de l'OFSP, p. 6 et s.

¹⁷ Ueli Kieser, Tarif für ärztliche Leistung, in: Kieser/Oggier/Bührer (Hrsg.), Tarif und Tarifierpassung in der Krankenversicherung, Berne 2015, p. 28.

III. La proposition correspond-elle aux exigences tarifaires légales pour l'établissement d'une structure tarifaire de tarifs à la prestation?

A. Vue d'ensemble des exigences

33 Les critères à respecter lors de l'établissement d'un tarif n'ont pas été résumés de manière uniforme et dans un même texte dans la loi et les ordonnances. Ils doivent être recueillis à partir des diverses

dispositions de la LAMal et de l'OAMal. La doctrine a procédé à ce regroupement et a dégagé les exigences légales suivantes concernant l'établissement d'un tarif:¹⁸

- Conformité à la loi (art. 46, al. 4, LAMal: «L'autorité d'approbation vérifie que la convention tarifaire est conforme à la loi [...]»);
- Structure tarifaire appropriée (art. 43, al. 4, LAMal: «Ceux-ci veillent à ce que les conventions tarifaires soient [...] structurées de manière appropriée.»);
- Fixation de la convention tarifaire d'après les règles applicables en économie d'entreprise (art. 43, al. 4, LAMal: «Ceux-ci veillent à ce que les conventions tarifaires soient fixées d'après les règles applicables en économie d'entreprise [...]»);
- Soins de santé appropriés et qualité de haut niveau (art. 43, al. 6, LAMal: «[...] veillent à ce que les soins de santé soient appropriés et leur qualité de haut niveau [...]»);
- Conformité au principe d'équité (art. 46, al. 4, LAMal: «L'autorité d'approbation vérifie que la convention tarifaire est conforme [...] à l'équité.»);
- Conformité au principe d'économie (art. 46, al. 4, LAMal: «L'autorité d'approbation vérifie que la convention tarifaire [...] satisfait au principe d'économie.»);
- Soins les plus avantageux possible (art. 43, al. 6, LAMal: «[...] veillent à ce que les soins soient appropriés et leur qualité de haut niveau, tout en étant les plus avantageux possible.»);
- Couverture au plus des coûts de la prestation justifiés de manière transparente, des coûts nécessaires à la fourniture efficiente des prestations et interdiction de voir un changement de modèle tarifaire entraîner des coûts supplémentaires (art. 59c, al. 1, let. a-c, OAMal);

34 En vertu de l'art. 59c, al. 3, OAMal, ces exigences doivent être également respectées par le Conseil fédéral lors de la fixation d'une structure de tarifs à la prestation. Certes, en renvoyant à l'art. 59c, al. 1 et 2, OAMal, l'art. 59c, al. 3, OAMal stipule uniquement que le tarif couvre au plus les coûts de la prestation justifiés de manière transparente (art. 59c, al. 1, let. a, OAMal), que le tarif couvre au plus les coûts nécessaires à la fourniture efficiente des prestations (art. 59c, al. 1, let. b, OAMal) et qu'un changement de modèle tarifaire ne doit pas entraîner de coûts supplémentaires (art. 59c, al. 1, let. c, OAMal). Mais ces trois exigences correspondent à une concrétisation des principes généraux et des exigences légales pour l'établissement des tarifs prévus par la LAMal, notamment la satisfaction du principe d'économie, le calcul selon les règles applicables en économie d'entreprise, la structure appropriée et les coûts les plus avantageux possible.¹⁹ Cet avis semble aussi partagé par de larges pans de la doctrine. Ainsi, Britt est d'avis que «[traduction libre] une convention sur une structure tarifaire [...] est soumise aux règles de la LAMal relatives aux conventions tarifaires».²⁰

35 Selon l'avis que nous défendons ici, cet argument doit aussi être retenu au regard de la formulation de l'art. 43, al. 4, LAMal. Même si cette disposition établit que la structure tarifaire doit être appropriée et utilise sinon uniquement le terme générique de tarifs, il n'est pas pensable qu'une structure tarifaire qui ne respecte pas le principe du calcul selon les règles applicables en économie d'entreprise, etc. puisse encore être qualifiée de structure appropriée. Enfin, la structure tarifaire et les éléments de la convention tarifaire, comme le montant de la valeur du point tarifaire, sont si étroitement liés qu'il ne serait guère judicieux de séparer les exigences légales ou d'adopter des pratiques d'application différentes.²¹

36 Dans son message sur l'art. 43, al. 5^{bis}, LAMal, le Conseil fédéral décrit ensuite de la

¹⁸ Voir p. ex. Ueli Kieser, Tarif für ärztliche Leistung, in: Kieser/Oggier/Bührer (Hrsg.), Tarif und Tarifierfassung in der Krankenversicherung, Berne 2015, p. 55 et s.

¹⁹ BVGE 2014/18, E. 5.7.1.

²⁰ P. ex. de manière explicite Fritz Britt, Tarife im Gesundheitsrecht - Tarmed, in: Richli/Poledna (Hrsg.), Tarife im Gesundheitsrecht, p. 10.

²¹ Voir aussi sous Resultat Eugster, SBVR Soziale Sicherheit, E Rz. 992, selon lequel la fixation des diverses prestations d'après les règles applicables en économie d'entreprise est une condition nécessaire au caractère approprié du tarif.

manière suivante les principes à respecter, en partant du principe que cette approche doit aussi s'appliquer *minore ad maius* à la fixation d'une nouvelle structure tarifaire conformément à l'art. 43, al. 5, LAMal:

*«[traduction libre] Le Conseil fédéral voudrait en outre souligner que les adaptations des structures tarifaires qu'il peut décider en cas de besoin seront faites dans le respect du cadre légal. Ces adaptations doivent notamment satisfaire au principe **d'économie** et être conformes à l'équité.*

*C'est ainsi que l'art. 43, al. 4, LAMal prévoit que les tarifs soient fixés d'après les **règles applicables en économie d'entreprise** et **structurées de manière appropriée**, l'objectif étant **que les soins soient appropriés et leur qualité de haut niveau**, tout en étant les plus avantageux possible (art. 43, al. 6, LAMal). Dans le cadre de la procédure d'approbation, il convient également d'évaluer si le tarif est économiquement viable (art. 46, al. 4, LAMal). Un tarif doit donc **être fixé d'après les règles applicables en économie d'entreprise** et être en outre évalué au regard de sa viabilité économique. Pour fixer un tarif, en vertu de l'art. 59c, al. 1, OAMal, il convient de vérifier:*

- si le tarif couvre au plus les coûts de la prestation justifiés de manière transparente (let. a);*
- si le tarif couvre au plus les coûts nécessaires à la fourniture efficiente des prestations (let. b);*
- si un changement de modèle tarifaire n'entraîne pas de coûts supplémentaires (let. c).*

*[...] Comme il est mentionné dans la disposition proposée, l'objectif **est avant tout que les structures tarifaires restent appropriées.**»*

37 Mais il importe également de préciser ici que les exigences concrètement exposées à l'art. 59c, al. 1, OAMal concernent plus la composante de la convention tarifaire, donc le montant du point tarifaire, que la structure tarifaire, c'est-à-dire la relation de valeur entre les prestations. Leur importance se limite donc, dans le contexte présent, à rendre les principes généraux de la structure tarifaire appropriée et de la fixation des prestations d'après les règles applicables en économie d'entreprise plus ou moins explicitement essentiels également pour la fixation du tarif.

38 L'examen ci-après de la conformité de la proposition du Conseil fédéral avec les divers critères se concentre sur les exigences avec lesquels la proposition pourrait être concrètement en conflit. Nous avons décidé de ne pas procéder à une présentation détaillée des autres critères dans la mesure où ils ne sont pas pertinents.

B. Examen de la garantie des exigences légales en matière de tarifs par la proposition du Conseil fédéral

1. Modèle tarifaire d'origine et adaptations apportées par la proposition du Conseil fédéral

39 Le modèle tarifaire sur lequel reposait à l'origine le tarif de physiothérapie, et qui correspond aussi dans une large mesure à la proposition du Conseil fédéral, date du 5 mai 1997. A l'époque, il avait été élaboré par les représentants de H +, de l'ancienne association des fournisseurs de prestations FSP et des représentants de la CTM. En bref, pour la fixation des positions tarifaires, la structure tarifaire a été fondée sur les composantes des coûts et de la prestation. Concrètement, on a évalué avec précision le temps de prestation moyen pour les diverses prestations de physiothérapie et le coût correspondant. A la fin, on a ainsi calculé la durée moyenne d'une prestation de physiothérapie (32,4 minutes) en tenant compte de toutes les prestations de physiothérapie possibles (au moment de l'élaboration du modèle tarifaire, la liste positive établie à l'art. 5, OPAS n'existait pas encore) et 48 points tarifaires leur ont été attribués (ou 51, ce qui a été corrigé par le Conseil fédéral). En d'autres termes, du fait du système forfaitaire adopté et conformément au modèle tarifaire sur lequel elle repose, la position tarifaire 7301 englobe à la fois les prestations de physiothérapie ayant duré par exemple 15 minutes (dans le cadre de la fourchette connue résultant de l'individualisation des traitements) et ceux qui ont pris 45 minutes. Cela a été l'idée fondamentale à la base de la tarification des forfaits par séance et en même temps la condition de leur applicabilité. Concernant

l'établissement concret de la structure tarifaire, nous renvoyons aux explications données précédemment.²²

40 La proposition du Conseil fédéral modifie désormais la convention tarifaire de l'époque sur trois points.

- La terminologie a été adaptée à celle de l'art. 5, OPAS en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2010;
- Diverses «règles de facturation» ont été adoptées (qui sortent du cadre de compétence du Conseil fédéral²³);
- Des limitations de temps ont été introduites pour les séances, celles-ci ne pouvant être facturées que si elles ont duré au moins 30 minutes (ce qui sort également du cadre de compétence du Conseil fédéral²⁴).

41 De par ces modifications, la proposition du Conseil fédéral n'est plus conforme à l'ancien modèle tarifaire comme base de la convention tarifaire. Il convient à présent de se demander si cette situation peut être considérée comme une violation des exigences légales en matière de tarifs énumérées ci-dessus et si la proposition du Conseil fédéral est donc illégale.

2. Exigences relatives à la fixation d'un tarif problématiques dans le contexte actuel

2.1 Structure tarifaire appropriée

42 Le critère de la structure tarifaire appropriée énoncé à l'art. 43, al. 4, LAMal décrit d'abord l'interdiction de l'arbitraire dans le domaine de la tarification.²⁵ Il constitue l'exigence déterminante pour la fixation, la classification, la différenciation et l'élaboration des positions de prestation au sein d'un tarif.²⁶

43 D'après Eugster, concernant les tarifs à la prestation, cela doit s'entendre de la manière suivante:

«[traduction libre] Les positions choisies doivent être appropriées, doivent refléter la réalité des coûts de la matière tarifée de manière médicalement exacte, complète et suffisamment différenciée, et garantir une indemnisation appropriée de la prestation.

Le tableau des positions ne doit pas être lacunaire et doit correspondre à l'état actuel des prestations obligatoires. Les diverses positions tarifaires doivent s'intégrer facilement dans le tarif général et les relations de valeur des prestations entre elles doivent être dans un équilibre approprié. Il importe d'éviter les sous-évaluations et les surévaluations.»²⁷

44 Il formule ainsi diverses exigences que doit remplir une structure de tarifs à la prestation pour être considérée comme une structure appropriée:

- La réalité des coûts doit être représentée de manière exacte, complète et suffisante.
- Elle doit garantir une indemnisation appropriée de la prestation.
- Le tableau des positions ne doit pas être lacunaire et doit correspondre à l'état actuel des prestations obligatoires.
- Les relations de valeur entre les diverses prestations doivent être équilibrées.

²² Voir ci-dessus note de marge 18 ss.

²³ Voir ci-dessus note de marge 14 ss.

²⁴ Voir ci-dessus note de marge 24 ss.

²⁵ Kieser, Tarif für ärztliche Leistung, in: Kieser/Oggier/Bührer (Hrsg.), Tarif und Tarifierung in der Krankenversicherung, Berne 2015, p. 57.

²⁶ Eugster, SBVR Soziale Sicherheit, E Rz. 989.

²⁷ Eugster, SBVR Soziale Sicherheit, E Rz. 991.

45 Enfin, une structure tarifaire appropriée suppose aussi une fixation des positions d'après les règles strictes applicables en économie d'entreprise.²⁸ Il convient ici de renvoyer aux explications ci-après de la note de marge 51 et ss.

46 Concernant la *réalité des coûts*, il est à noter que celle du modèle tarifaire du 5 mai 1997 reflète la réalité des coûts au 1^{er} janvier 1994.²⁹ Elle a donc plus de 20 ans et ne correspondra plus à la réalité pour l'essentiel. On peut par conséquent se demander si le fait que le Conseil fédéral s'appuie sur les chiffres de l'époque sans procéder à sa propre enquête peut satisfaire les exigences d'une structure tarifaire appropriée.³⁰ D'après le Commentaire de la modification de l'ordonnance sur la fixation et l'adaptation de structures tarifaires dans l'assurance-maladie de l'OFSP, le Conseil fédéral est d'avis qu'aucune donnée fiable ne permettrait d'actualiser le modèle tarifaire. En outre, une adaptation des chiffres ne devrait apporter aucune modification de la relation de valeur entre les positions tarifaires. Cet argument néglige toutefois le fait que l'évaluation forfaitaire de toutes les prestations décrites à l'art. 5, OPAS ne satisfait pas aux exigences d'une structure de tarifs à la prestation. La nouvelle évaluation des diverses prestations rend impérativement nécessaire de recueillir des données à jour. En outre, on peut tout à fait imaginer que le progrès technique, la mobilité accrue, le vieillissement de la population, la fréquence de la comorbidité, la proportion de la population étrangère, etc. puissent avoir une incidence sur le temps de travail à facturer directement.

47 Compte tenu de la prise en compte de l'ancien modèle de coûts et de la nouvelle limitation temporelle, la proposition du Conseil fédéral ne garantit pas d'*indemnisation appropriée de la prestation*. La limitation temporelle en particulier fait que les physiothérapeutes ne reçoivent *absolument aucune* indemnisation pour toutes les prestations qui n'ont pas duré au moins 30 minutes. D'un autre côté, celles qui dépassent cette durée ne bénéficient pas d'une rémunération supplémentaire. La durée de prestation de 32,4 minutes fixée dans le modèle tarifaire correspondant à une moyenne, on peut supposer que certaines dépassent cette durée tandis que d'autres sont plus courtes. Pour les prestations qui durent plus longtemps, la rémunération serait donc trop basse, tout comme pour celles qui dureraient moins longtemps, puisqu'elles ne seraient même pas du tout indemnisées. On arrive ainsi d'une part à une sous-évaluation (pour les prestations de moins de 30 minutes) et de l'autre à une surévaluation (pour les prestations de plus de 30 minutes).

48 Une autre condition veut que le *tableau des positions ne soit pas lacunaire* et corresponde à l'état des prestations obligatoires. D'après la description des positions, les positions de la structure tarifaire proposée comprennent toutes les prestations visées à l'art. 5, OPAS. Toutefois, celles-ci ne sont pas explicitement exposées dans le tableau des positions et apparaissent uniquement sous forme de forfaits. Mais les combinaisons autorisées sont clairement présentées. Cependant, on constate ici une fois encore que le regroupement actuel en forfaits d'un catalogue de prestations figurant sur une liste positive n'est pas compatible avec les exigences d'une structure de tarifs à la prestation.

49 Le regroupement des prestations en forfaits n'a pas placé ces dernières dans une *relation de valeur entre elles*. Certes, il existe une relation de valeur dans la mesure où la structure tarifaire fait une distinction entre la physiothérapie générale et la physiothérapie complexe. On ne peut toutefois pas procéder à une évaluation des diverses prestations énumérées à l'art. 5, OPAS. C'est également la raison pour laquelle on peut se demander s'il existe une gradation suffisamment fine des relations de valeur entre les diverses prestations.

50 En résumé

- La proposition du Conseil fédéral ne satisfait pas aux exigences d'une structure tarifaire appropriée.
- Les tarifs ne représentent pas correctement la réalité des coûts et ne garantissent pas

²⁸ Eugster, SBVR Soziale Sicherheit, E Rz. 992.

²⁹ Cf. Kostenmodell vom 5. Mai 1997, p. 2, 41.

³⁰ Voir aussi à ce sujet note de marge 51 ss.

non plus une indemnisation appropriée des prestations.

■ Qui plus est, les diverses prestations énumérées à l'art. 5, OPAS n'entretiennent pas une relation de valeur entre elles parce qu'elles ont été évaluées en se voyant attribuer 48 points tarifaires de manière forfaitaire; le tableau des positions ne correspond pas aux exigences d'une structure de tarifs à la prestation.

2.2 Fixation du tarif d'après les règles applicables en économie d'entreprise

51 En vertu de l'art. 43, al. 4, 2^e phrase, LAMal, les tarifs doivent être fixés d'après les règles applicables en économie d'entreprise. Il est ainsi fermement établi que la valeur de chaque position doit être fixée en fonction de principes d'économie d'entreprise. On entend par là «[traduction libre] toutes les procédures systématiques qui servent à résoudre des problèmes d'économie d'entreprise ou à atteindre de tels objectifs». ³¹ Avec les mots du Tribunal administratif fédéral, le législateur a voulu garantir une base de fixation des tarifs ancrée dans les relations commerciales habituelles et donc compréhensible en tout temps. ³²

52 Nous faisons intervenir ici dans l'analyse le modèle tarifaire sur lequel repose régulièrement la structure tarifaire. Celui-ci montre comment la structure tarifaire a été conçue et quels principes et hypothèses ont été déterminants pour son élaboration. ³³ Si les points tarifaires ont été calculés de manière erronée en raison d'un manque de méthode, de calculs faux ou de données dépassées, il y a violation à la fois de l'exigence d'une fixation du tarif selon les règles de l'économie d'entreprise et aussi par conséquent de celle d'une structure tarifaire appropriée. ³⁴ Le modèle tarifaire devrait donc être modifié en conséquence, actualisé ou complètement renouvelé. ³⁵

53 Comme nous l'avons déjà mentionné ³⁶, la proposition du Conseil fédéral repose sur un modèle tarifaire datant de l'année 1997. Celui-ci s'appuie à son tour sur un relevé des coûts effectué avec des chiffres et des données de 1994. Par conséquent, les circonstances ayant profondément changé depuis (signalons les modifications de la pyramide des âges, la proportion des personnes en surpoids ou le pourcentage d'étrangers), le modèle tarifaire est dépassé. Selon nous, la proposition du Conseil fédéral ne repose pas sur une fixation correcte du tarif selon les principes de l'économie d'entreprise au sens de l'art. 43, al. 4, 2^e phrase, LAMal.

54 L'introduction prévue de la durée minimale de traitement de 30 minutes n'est pas non plus compatible avec ce critère. Tant le tarif fixé contractuellement que la structure fédérale des prestations doivent reposer sur un modèle tarifaire. Dans le cas contraire, il ne peut y avoir de fixation correcte des diverses positions selon les principes de l'économie d'entreprise. La condition d'une durée minimale de 30 minutes va à l'encontre du système de regroupement des prestations en forfaits et de la fixation de valeur qui s'y rattache, et qui repose sur une moyenne calculée de la durée de toutes les prestations de physiothérapie. Le temps de traitement moyen de 32,4 minutes prévu dans le modèle tarifaire ne correspond pas du tout à la durée effective des diverses prestations de physiothérapie, si bien qu'une tarification sur la base de 48 points tarifaires n'est pas correcte pour toutes les prestations. Compte tenu des écarts par rapport aux valeurs, aux hypothèses et aux principes de calcul, concrètement de la durée moyenne de 32,4 minutes, cette tarification devrait être entièrement revue et aboutirait à un résultat supérieur pour certaines prestations et inférieur pour d'autres. Sur la base d'un modèle tarifaire, une forme de tarification au temps consacré sera introduite pour calculer un tarif forfaitaire. Cette procédure, pour laquelle on ne peut trouver aucun fondement dans le modèle tarifaire, n'est certainement

³¹ Eugster, SBVR Soziale Sicherheit, E Rz. 986.

³² BVGE 2014/3, E. 2.4.3; pour d'autres articles sur ce principe, voir également Eva Druey, Das Prinzip der betriebswirtschaftlichen Tarifbemessung im KVG, in: Jusletter du 19 août 2013.

³³ Cf. Kieser, Tarif für ärztliche Leistung, in: Kieser/Oggier/Bührer (Hrsg.), Tarif und Tarifierfassung in der Krankenversicherung, Berne 2015, p. 50.

³⁴ Eugster, SBVR Soziale Sicherheit, E Rz. 992.

³⁵ Kieser, Tarif für ärztliche Leistung, in: Kieser/Oggier/Bührer (Hrsg.), Tarif und Tarifierfassung in der Krankenversicherung, Berne 2015, p. 50.

³⁶ Voir ci-dessus note de marge 46.

pas pertinente, et doit parfois même être qualifiée d'arbitraire.

55 En résumé, le modèle tarifaire n'est probablement plus à jour, si bien que la structure tarifaire ne repose pas sur une fixation des tarifs selon les règles applicables en économie d'entreprise. Toutefois, la durée minimale de 30 minutes introduite est beaucoup plus problématique, car du fait de cette condition, la structure tarifaire ne s'appuie plus sur les hypothèses, les valeurs et les calculs du modèle tarifaire. Par conséquent, l'évaluation forfaitaire des prestations générales de physiothérapie avec 48 points tarifaires ne correspond pas à une fixation des tarifs selon les règles applicables en économie d'entreprise.

C. Résultat

56 Dans les explications ci-dessus, les exigences relatives à une structure tarifaire appropriée et à une fixation du tarif selon les règles applicables en économie d'entreprise ont été traitées séparément pour des raisons de clarté. Mais au final, l'appréciation de la conformité du tarif avec ces exigences doit plutôt se faire sous forme d'un examen général, car les deux critères ne peuvent guère être dissociés.

57 En guise d'introduction, il convient de souligner une fois encore les deux principales caractéristiques de la proposition du Conseil fédéral.

- Premièrement, la proposition se base sur un modèle tarifaire pour une structure de tarifs forfaitaires de l'année 1997.

- Deuxièmement, elle introduit une durée de traitement minimale de 30 minutes comme condition de l'indemnisation de la prestation, étant entendu que l'évaluation forfaitaire des prestations avec 48 points tarifaires, qui se fonde à son tour sur une durée de traitement moyenne, n'est plus conforme au modèle tarifaire sur lequel elle repose.

58 La première considération fait que les bases de calcul de la fixation de la valeur ne sont certainement plus valables. Elle a en même temps des répercussions sur la condition de fixation du tarif selon les règles applicables en économie d'entreprise et pose l'exigence méthodique d'une analyse économique des coûts et des charges. Si cette analyse s'appuie sur des données qui ne sont plus actuelles, on ne peut plus parler d'une élaboration méthodiquement correcte et compréhensible de la structure tarifaire.

59 Par contre, l'introduction de la durée minimale de 30 minutes par séance de thérapie est beaucoup plus grave. Cette exigence supplémentaire ne trouve aucun fondement dans le modèle tarifaire et pousse le raisonnement exposé et toute son orientation systématique jusqu'à l'absurde. Le regroupement des prestations de physiothérapie en forfaits repose sur l'hypothèse de base que certaines prestations durent moins de 30 minutes et d'autres davantage. Il en résulte la durée moyenne de 32,4 minutes pour une séance, qui constitue la base de l'attribution forfaitaire de 48 points tarifaires aux prestations. Si l'on ne rémunère plus ensuite les prestations qui n'atteignent pas la durée minimale, l'évaluation forfaitaire n'est plus correcte. Le modèle tarifaire et la structure tarifaire qui s'appuie sur lui s'écroulent.

60 Enfin, la durée minimale aboutit aussi à ce que les prestations de moins de 30 minutes ne soient plus rémunérées. On ne peut donc plus parler d'une indemnisation appropriée des prestations.

IV. Autres limites fédérales de la tarification?

61 Outre les exigences de la tarification exposées dans la LAMal, le Conseil fédéral est également tenu de respecter les principes de l'activité de l'Etat régi par le droit en vertu de l'art. 5, CF. On peut notamment se demander dans le contexte présent si l'introduction de la durée minimale de 30 minutes répond à un intérêt public et est proportionnée au but visé.

A. Intérêt public de l'introduction d'une durée minimale des prestations de physiothérapie

62 Le Conseil fédéral énonce les considérations suivantes dans le Commentaire de la

modification de l'ordonnance sur la fixation et l'adaptation de structures tarifaires dans l'assurance-maladie de l'OFSP:

«Les compétences subsidiaires [art. 43, al. 5 et 5^{bis} LAMal] s'entendent en ce sens que le Conseil fédéral ne règle que ce qui est nécessaire pour qu'une structure existe, afin de tenir compte autant que possible de la primauté de l'autonomie tarifaire.»³⁷

63 Ainsi, en édictant la structure tarifaire des tarifs à la prestation, le Conseil fédéral doit se limiter au strict nécessaire. Selon nous, l'introduction de la durée minimale de 30 minutes va au-delà. Cela ne change toutefois rien au fait que même en proposant cette structure, le Conseil fédéral est tenu de respecter les intérêts fondamentaux des objectifs de l'assurance-maladie suisse au sens de l'intérêt public. Ceux-ci s'expriment d'une part dans les exigences relatives à la tarification déjà mentionnées; mais il convient de souligner l'objectif général consistant à garantir des soins médicaux de grande qualité, qui soient également les plus avantageux possible, comme le législateur l'a exprimé à l'art. 46, al. 4, en liaison avec l'art. 43, al. 6, LAMal.

64 Le Conseil fédéral justifie l'introduction de la durée minimale de la manière suivante:

«La structure tarifaire valable jusqu'au 31 décembre 2017 est construite autour de forfaits par séance calculés en fonction des durées usuelles des séances des physiothérapeutes exerçant en cabinet indépendants et auprès des hôpitaux. Toutefois, ces durées ne sont pas mentionnées. Cela va à l'encontre de la transparence envers les patients et produit par ailleurs des incitations à réduire le temps consacré à chaque séance de traitement, ce qui peut avoir une influence négative sur la qualité des traitements. Accessoirement, cela peut également générer une augmentation plus rapide des coûts, car les physiothérapeutes peuvent pratiquer des séances plus courtes que les durées attribuées aux séances, tout en facturant le même nombre de points tarifaires.»³⁸

65 Il poursuit en déclarant que:

«La structure tarifaire fixée mentionne désormais le temps pour les séances décrites par les positions tarifaires. En fixant pour le physiothérapeute une norme temporelle claire, la structure fixée contribuera à l'amélioration de la qualité des traitements tout en limitant le potentiel d'augmentation du nombre de consultations et du volume des points dans le domaine. Elle offre par ailleurs une plus grande transparence pour le patient en lui permettant une meilleure appréciation de la prestation reçue.»³⁹

66 Le Conseil fédéral a donc introduit la durée minimale des séances d'une part dans le but de garantir des soins médicaux de grande qualité, qui soient également les plus avantageux possible, et de l'autre afin de réduire le nombre des consultations, pour pouvoir ainsi économiser des coûts. Ces deux objectifs peuvent tout à fait être considérés comme répondant à un intérêt public. Cependant, il ne faut pas oublier que la LAMal comporte déjà des instruments qui sont intégrés au niveau de la convention tarifaire (et non pas de la structure tarifaire): des mesures sur la garantie de la qualité ont été introduites dans les conventions tarifaires et la LAMal comporte de nombreuses règles visant à contrôler le caractère économique de la fourniture des prestations. Ces mesures interviennent de fait de manière plus fine qu'un système beaucoup plus grossier de forfaits au niveau d'une structure tarifaire.

B. Caractère proportionné de l'introduction de la durée minimale par rapport au but visé

1. Vue d'ensemble des critères de vérification

67 Trois critères cumulatifs permettent de déterminer si l'activité de l'Etat est proportionnée

³⁷ Commentaire de la modification de l'ordonnance sur la fixation et l'adaptation de structures tarifaires dans l'assurance-maladie de l'OFSP, p. 5.

³⁸ Commentaire de la modification de l'ordonnance sur la fixation et l'adaptation de structures tarifaires dans l'assurance-maladie de l'OFSP, p. 15 et s.

³⁹ Commentaire de la modification de l'ordonnance sur la fixation et l'adaptation de structures tarifaires dans l'assurance-maladie de l'OFSP, p. 16.

au but visé:⁴⁰

- Elle doit être appropriée, afin de permettre d'atteindre le but visé;
- elle doit être nécessaire, ce qui signifie qu'il n'existe pas de moyen plus doux d'atteindre le but visé;
- elle doit être raisonnable, et ne doit donc pas être disproportionnée par rapport aux droits et aux intérêts qu'elle entrave.

68 Le principe du caractère proportionné n'a pas de contenu matériel en lui-même. Celui-ci dépend de l'environnement juridique et effectif de chaque cas individuel. Enfin, il indique si l'activité de l'Etat affiche une relation raisonnable entre la fin et les moyens.⁴¹

69 Dans notre contexte, la question du caractère proportionné doit être formulée de la manière suivante: l'introduction d'une durée minimale comme condition de l'indemnisation des prestations de physiothérapie est-elle appropriée, nécessaire et raisonnable pour parvenir à des soins médicaux de grande qualité, au prix le plus avantageux possible?

2. Caractère approprié de l'introduction de la durée minimale

70 L'activité de l'Etat doit être appropriée pour permettre d'atteindre un but visé répondant à un intérêt public, c'est-à-dire qu'elle doit contribuer à ce que le but poursuivi par l'activité de l'Etat soit atteint.⁴² Il convient de vérifier le caractère approprié d'une mesure.⁴³ Pour reprendre en substance les mots du Tribunal fédéral, elle est régulièrement appropriée tant qu'elle ne se révèle pas totalement inappropriée,⁴⁴ qu'elle ne produit pas d'effet notable ou que l'intervention de cet effet est incertaine.⁴⁵ Même avec une utilisation prudente de ce critère comme dans la pratique du Tribunal fédéral, le caractère approprié de l'introduction d'une durée minimale ne peut guère être retenu.

71 Il convient ensuite de se demander si l'introduction d'une structure tarifaire ayant pour résultat une rémunération inappropriée de pans importants des prestations de physiothérapie ne rend pas la profession si peu attractive que la qualité des soins pourrait en pâtir à moyen terme. Si l'on devait répondre par l'affirmative, l'introduction d'une durée minimale n'aurait non seulement aucun effet notable permettant de répondre à un intérêt public, mais porterait même préjudice à cet intérêt dans certaines circonstances.

72 Il convient en outre de souligner que les physiothérapeutes ne peuvent fournir des prestations soumises à l'AOS que sur ordonnance médicale. Ils n'ont par conséquent qu'une influence très limitée sur le nombre de traitements de physiothérapie qu'ils peuvent effectuer. L'introduction d'une durée minimale n'aurait une incidence sur le nombre de traitements effectués que si les physiothérapeutes pouvaient de ce fait prendre en charge moins de patients envoyés par des médecins, car en partant du principe qu'une journée de travail dure huit heures et demie, le nombre de traitements qu'il serait possible de dispenser se limiterait à 17. Mais le médecin prescrira-t-il moins de séances de physiothérapie dans ces circonstances? On peut en douter fortement.

3. Caractère nécessaire de l'introduction de la durée minimale

73 L'aspect du caractère nécessaire de l'activité de l'Etat doit s'entendre comme une forme d'interdiction de l'excès.⁴⁶ Si une mesure moins radicale, mais tout aussi appropriée permet également d'atteindre le but poursuivi, l'activité de l'Etat ne revêt pas le caractère de nécessité.⁴⁷

⁴⁰ Plutôt que d'autres HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, note de marge 514.

⁴¹ BSK BV-EPINEY, art. 5 N 69.

⁴² HOFSTETTER, § 5 note de marge 235.

⁴³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 21 N 4.

⁴⁴ HOFSTETTER, § 5 note de marge 239.

⁴⁵ Sur ces deux derniers aspects TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 21 N 4 avec références à la jurisprudence.

⁴⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 21 N 6.

⁴⁷ Z.B. BGE 136 II 457, E. 6.3.

Ce critère sert donc à vérifier l'intensité de l'activité de l'Etat.⁴⁸ L'appréciation du caractère nécessaire de l'activité de l'Etat relève de considérations d'ordre matériel, géographique, temporel et personnel. Sur le plan matériel, le caractère nécessaire d'une mesure est absent lorsqu'«[traduction libre] une mesure tout aussi appropriée, mais moins radicale permet également d'atteindre l'objectif visé».⁴⁹ Géographiquement, une mesure peut s'avérer non nécessaire lorsqu'elle produit des effets plus étendus que nécessaire. N'ont pas de nécessité temporelle les mesures qui durent plus longtemps qu'il n'est nécessaire pour atteindre le but visé. Enfin, la mesure doit être nécessaire sur le plan personnel en ce sens qu'elle doit viser la bonne personne et se limiter à cette personne.

74 Nous ne traiterons pas ici de la question des mesures plus douces permettant de répondre à un intérêt public. Il suffit de signaler que l'on peut tout à fait envisager d'autres mesures qui en outre préserveraient mieux la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons.

4. Caractère raisonnable de l'introduction de la durée minimale

75 Si l'on considère que le critère du caractère approprié est absent et que celui de la nécessité est discutable, il reste à évaluer les intérêts en jeu dans le cadre de l'examen de principe du caractère raisonnable. Il s'agirait de confronter le but et l'effet de l'activité de l'Etat. Cela signifie qu'il faut peser et évaluer les divers intérêts contraires. Si la mesure répond en règle générale davantage à l'intérêt public qu'aux intérêts privés, alors l'activité concrète de l'Etat est raisonnable.⁵⁰

5. L'introduction de la durée minimale est disproportionnée

76 Selon nous, l'introduction d'une durée minimale de 30 minutes pour la fourniture d'une prestation n'est guère proportionnée. Il lui manque pour cela le caractère approprié et aussi, selon toute vraisemblance, l'aspect nécessaire et raisonnable. En vertu de l'art. 5, al. 2, CF, le Conseil fédéral est donc tenu de renoncer à l'introduction de la durée minimale prévue afin de garantir les principes de l'activité de l'Etat régi par le droit.

⁴⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, note de marge 527.

⁴⁹ Voir également TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 21 N 8, 10, 12, 14.

⁵⁰ Pour l'ensemble HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, note de marge 555.

V. Réponse aux questions soumises à l'expertise

Question n° 1:

Le Conseil fédéral est-il habilité à édicter la présente proposition de structure tarifaire pour les prestations de physiothérapie?

77 Le Conseil fédéral est en principe habilité à édicter une structure tarifaire pour les prestations de physiothérapie pour autant que celle-ci concerne les prestations individuelles.

78 Toutefois, il outrepassé ici sa compétence dans la mesure où sa proposition comporte des éléments clairs d'une réglementation de forfaits et d'un tarif au temps consacré. Or, dans ces deux domaines, le Conseil fédéral n'a pas la compétence requise en matière de réglementation.

Question n° 2:

La proposition de nouvelle structure tarifaire pour les prestations de physiothérapie correspond-elle aux exigences fédérales relatives aux dispositions légales en matière de tarifs inscrites dans la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal; RS 832.10)?

79 La proposition est contraire aux dispositions légales en matière de tarifs inscrites dans la LAMal à trois égards:

- Du fait de l'utilisation de données dépassées, elle ne répond pas au critère d'une élaboration méthodiquement correcte et compréhensible de la structure tarifaire.
- L'introduction de la durée minimale de 30 minutes par séance de thérapie ne trouve aucun fondement dans le modèle tarifaire et pousse le raisonnement exposé et toute son orientation systématique jusqu'à l'absurde.
- La fixation de la durée minimale aboutit en effet à ce que les prestations de moins de 30 minutes ne soient plus rémunérées. On ne peut donc plus parler d'une indemnisation appropriée des prestations.

Question n° 3:

Existe-t-il d'autres restrictions fédérales à la fixation d'un tarif et celles-ci sont-elles garanties par la proposition de nouvelle structure tarifaire pour les prestations de physiothérapie?

80 L'introduction d'une durée minimale de 30 minutes pour la fourniture d'une prestation s'avère disproportionnée. Il lui manque pour cela le caractère approprié et aussi, selon toute vraisemblance, l'aspect nécessaire et raisonnable. En vertu de l'art. 5, al. 2, CF, le Conseil fédéral est donc tenu de renoncer à l'introduction de la durée minimale prévue afin de garantir les principes de l'activité de l'Etat régi par le droit.

Tomas Poledna