

Les fusions d'hôpitaux sous l'angle du droit de la concurrence



SÉBASTIEN GOBAT*

344

La Commission de la concurrence (Comco) a récemment autorisé la fusion des hôpitaux publics des cantons de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne. En Suisse, il s'agit là du premier cas de fusion d'hôpitaux soumis au contrôle des concentrations imposé par la loi sur les cartels. Dans sa contribution, l'auteur analyse les éléments essentiels de cette décision, en mettant un accent particulier sur l'interaction du droit des cartels et de la réglementation hospitalière.

Die Wettbewerbskommission (WEKO) hat vor Kurzem die Fusion der öffentlichen Spitäler der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft gutgeheissen. Es ist das erste Mal in der Schweiz, dass eine Fusion von Spitälern der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen gemäss Kartellgesetz unterzogen wurde. Der Autor analysiert im vorliegenden Beitrag die zentralen Elemente dieses Entscheids und befasst sich dabei ausführlich mit dem Zusammenspiel von Kartellrecht und Spitalregulierung.

Plan

- I. Introduction
- II. État de fait
 - A. Les parties
 - B. Le projet de fusion
- III. Aspects de procédure
 - A. Entreprises notifiantes
 - B. Examen anticipé du projet de fusion par la Comco
- IV. Applicabilité de la LCart au domaine hospitalier
 - A. Aperçu du cadre réglementaire hospitalier
 1. Dans le domaine de l'assurance obligatoire de soins
 2. Dans le domaine de l'assurance complémentaire
 - B. Les systèmes tarifaires de l'assurance obligatoire de soins
 1. Les différents types de prestations fournies par les hôpitaux
 2. La rémunération des traitements hospitaliers stationnaires
 3. La rémunération des traitements ambulatoires
 4. La rémunération des traitements de longue durée
 - C. Impact de la réglementation hospitalière sur les paramètres concurrentiels
- V. Définition des marchés pertinents
 - A. Le marché de produits
 - B. Le marché géographique
- VI. Aspects réglementaires dans l'appréciation matérielle de la fusion
- VII. Conclusion

I. Introduction

La Commission de la concurrence (ci-après : Comco) a récemment autorisé la fusion de l'Hôpital universitaire de Bâle-Ville et de l'Hôpital cantonal de Bâle-Campagne en un groupe hospitalier unique¹. En Suisse, cette concentra-

tion représente la première fusion d'hôpitaux soumise à l'obligation de notifier au sens de l'art. 9 LCart². La présente contribution revient sur les points essentiels de cette fusion et en tire des enseignements susceptibles de trouver une application plus générale dans les domaines où le droit de la santé se heurte à des problématiques cartellaires. Ainsi, un accent particulier est mis sur la question de l'applicabilité de la loi sur les cartels dans le domaine de la santé en général, et dans le milieu hospitalier en particulier (*cf.* IV.). La définition du marché pertinent, tant sous l'angle matériel que géographique, retiendra également notre attention (*cf.* V.), dès lors que celle-ci n'est pas propre au domaine des concentrations d'entreprises mais est aussi transposable dans le contexte d'accords illicites ou d'abus de position dominante. Il s'agira enfin de revenir sur le corset réglementaire dans lequel évoluent actuellement les hôpitaux et de montrer dans quelle mesure celui-ci a pesé dans l'examen matériel des effets de la concentration (*cf.* VI.). Préalablement, il nous paraît toutefois utile de présenter sommairement la genèse du projet de fusion des hôpitaux bâlois (*cf.* II.) et de relever deux particularités d'ordre essentiellement procédural (*cf.* III.).

* SÉBASTIEN GOBAT, Dr en droit et lic. ès sc. éco., avocat à Berne. Il a été, avec Me Fritz Rothenbühler, l'un des représentants des hôpitaux bâlois dans le cadre de la notification de cette concentration à la Comco.

¹ Voir la prise de position y relative de la Comco : Stellungnahme der Wettbewerbskommission (WEKO) vom 18. September

2017 in Sachen Zusammenschlussvorhaben 41-0820 betreffend Universitätsspital Basel/Kantonsspital Baselland, Internet : https://www.weko.admin.ch/dam/weko/de/dokumente/2017/Zusammenschlussvorhaben%20Universit%C3%A4tsspital%20Basel_Kantonsspital%20Baselland%20Stellungnahme%20vom%2018.09.2017.pdf.download.pdf/Zusammenschlussvorhaben%20Universit%C3%A4tsspital%20Basel_Kantonsspital%20Baselland%20Stellungnahme%20vom%2018.09.2017.pdf (consulté le 5.1.2018) (ci-après : Décision USB/KSBL).

² Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart ; RS 251).

II. État de fait

A. Les parties

L'Hôpital universitaire de Bâle-Ville (*Universitäts-spital Basel*; ci-après : USB) et l'Hôpital cantonal de Bâle-Campagne (*Kantonsspital Baselland*; ci-après : KSBL) sont des hôpitaux publics au sens des lois cantonales hospitalières bâloises, détenus à 100% par leur canton d'appartenance respectif³. Tous deux revêtent la forme de l'établissement de droit public (*selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt*) et disposent de la personnalité juridique. En leur qualité d'hôpitaux publics de soins généraux, l'un et l'autre fournissent des prestations hospitalières dans le domaine des soins aigus, sur la base de mandats de prestations conclus conformément à la LAMal⁴. Bien que la recherche et l'enseignement soient plus développés au sein de l'USB en raison de son statut d'hôpital universitaire, le KSBL contribue également à de telles activités⁵.

L'USB dispose d'un site unique à Bâle et compte 624 lits planifiés dans les divisions chirurgie, médecine interne, oto-rhino-laryngologie (ORL), dermatologie, ophtalmologie, gynécologie et obstétrique, de même que 149 lits dans des divisions spécialisées (soins intensifs, station d'isolement, *stroke unit*, médecine nucléaire, etc.). En 2016, l'USB a enregistré 36'893 hospitalisations (*stationäre Austritte*) et réalisé un chiffre d'affaires de 1,07 mio CHF.⁶

Le KSBL est, à ce jour, actif sur trois sites hospitaliers (Liestal, Laufen et Bruderholz) et compte 709 lits planifiés dans les divisions médecine interne, chirurgie, orthopédie, gynécologie et obstétrique (*Frauenklinik*), thérapie de la douleur (*Schmerztherapie*), urologie, oto-rhino-laryngologie (ORL) et réhabilitation. En 2016, le KSBL a

enregistré 26'500 hospitalisations (*stationäre Austritte*) et réalisé un chiffre d'affaires de 0,46 mio CHF.⁷

B. Le projet de fusion

Les Conseils d'État bâlois ont décidé le 13 septembre 2016 de réunir l'USB et le KSBL sous l'égide d'un seul et même groupe hospitalier intercantonal (*Spitalgruppe*). Celui-ci sera constitué sous la forme d'une société anonyme d'utilité publique au sens de l'art. 620 al. 3 CO et aura son siège à Bâle. Au moment de la réalisation de la fusion, les actifs et passifs des deux hôpitaux seront ainsi transférés à ladite société anonyme. La répartition des actions du groupe hospitalier entre les deux cantons bâlois s'effectuera sur la base d'une valorisation des deux hôpitaux au moment de leur transfert, lequel pourrait intervenir au plus tôt en 2019 ou 2020⁸. La création du groupe hospitalier nécessite toutefois la conclusion d'un concordat intercantonal, de même qu'une adaptation des législations hospitalières cantonales respectives. Ce processus politique, dont l'issue est par définition incertaine, a ainsi amené les parties à requérir de la Comco qu'elle examine la concentration avant même que le contrat de fusion ne soit conclu⁹.

III. Aspects de procédure

A. Entreprises notifiantes

Les entreprises notifiantes sont, en principe, les entreprises qui fusionnent¹⁰. Dans le cas d'espèce, s'est ainsi posée la question de savoir si les cantons d'appartenance des deux hôpitaux ne devaient pas être considérés, en tant que tels, comme entreprises au sens de l'art. 2 LCart et, partant, être astreints à notifier conjointement la concentration. Dans une décision concernant les conventions tarifaires des hôpitaux lucernois dans le domaine de l'assurance complémentaire, la Comco avait en effet estimé que le canton de Lucerne lui-même – et non les hôpitaux publics concernés – devait être considéré en tant qu'entre-

³ Pour le canton de Bâle-Ville : Gesetz vom 16. Februar 2011 über die öffentlichen Spitäler des Kantons Basel-Stadt (ÖSpG ; SG/BS 331.100) et pour le canton de Bâle-Campagne : Spitalgesetz vom 17. November 2011 (SpG ; SGS/BL 930). Cf. en particulier § 2 ÖSpG et § 8 SpG.

⁴ Cf. en particulier les listes hospitalières respectives des deux cantons disponibles aux adresses suivantes : Internet : <http://www.gesundheitsversorgung.bs.ch/gesundheitsfachpersonen/spitalversorgung/spitalliste.html> et Internet : <https://www.baselland.ch/politik-und-behorden/direktionen/volkswirtschafts-und-gesundheitsdirektion/amt-fur-gesundheit/spitaler-und-therapieeinrichtungen/spitalversorgung/kantonale-spitalliste> (consulté le 5.1.2018).

⁵ Cf. § 3 ÖSpG et § 9 SpG.

⁶ Pour plus d'informations, voir le rapport annuel de l'USB disponible à l'adresse suivante : Internet : <http://jahresbericht.unispital-basel.ch> (consulté le 5.1.2018).

⁷ Pour plus d'informations, voir le rapport annuel du KSBL disponible à l'adresse suivante : Internet : <https://www.ksbl.ch/das-ksbl/organisation> (consulté le 5.1.2018).

⁸ Les valorisations actuelles font état de participations respectives de 71,5% (canton de Bâle-Ville) et 28,5% (canton de Bâle-Campagne). Pour plus d'informations au sujet de la fusion, voir le site spécialement dédié à ce projet : Internet : <https://www.spitalgruppe.ch/> (consulté le 5.1.2018).

⁹ Au sujet de cette particularité procédurale, cf. *infra* III.B.

¹⁰ Cf. art. 9 al. 1 let. a en lien avec art. 3 al. 1 let. a de l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprise (OCCE ; RS 251.4).

prise pertinente au sens de la LCart. Du point de vue de la Comco, le contrôle exercé par le canton de Lucerne sur les hôpitaux publics était tel que ces derniers ne disposaient pas d'une indépendance économique suffisante¹¹. Le fait que le canton de Lucerne contrôle (par le truchement de son département de la santé et du conseil exécutif) les tarifs concernés avait été l'un des arguments décisifs pour admettre sa qualité d'entreprise au sens de l'art. 2 LCart¹². À noter toutefois que cette décision avait été rendue sous l'ancien régime de financement hospitalier de la LAMal, en vertu duquel les cantons endossaient de manière prépondérante la responsabilité financière des hôpitaux publics.

Dans le cas des hôpitaux bâlois, la Comco s'est quelque peu distancée de sa décision lucernoise en tenant compte du nouveau système de financement hospitalier introduit par la révision de la LAMal¹³, lequel impose aux hôpitaux publics une plus grande autonomie financière¹⁴. Il ressort de la législation hospitalière des cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne que l'autonomisation induite par la LAMal n'est pas seulement financière, mais également juridique et opérationnelle¹⁵. La Comco a reconnu ce changement de paradigme et, dans le contexte du cas d'espèce, estimé que le rôle des cantons, n'allait pas au-delà de celui de propriétaires de leurs établissements hospitaliers respectifs¹⁶. Partant, elle a admis la qualité d'entreprise au sens de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart des deux hôpitaux concernés¹⁷.

Si cette question présente certes un aspect formel, il n'en demeure pas moins qu'elle est également pertinente sur le plan matériel. En effet, si la Comco avait considéré les cantons en tant qu'entreprises au sens de l'art. 2 al. 1^{bis} LCart, l'examen des marchés affectés par la fusion aurait dû tenir compte des autres établissements de soins détenus respectivement par les cantons¹⁸. Ces derniers

auraient ainsi été traités en tant que sociétés-mères d'un groupe de société (*Konzernbetrachtung*) et les parts de marchés respectives des « filiales » concernées auraient dû faire l'objet d'une analyse consolidée.

B. Examen anticipé du projet de fusion par la Comco

La fusion des hôpitaux bâlois présente une autre particularité procédurale qui mérite d'être relevée. Comme indiqué plus haut, la notification du projet de concentration a pu intervenir avant même que le contrat de fusion ait été signé. L'art. 9 LCart exige toutefois que les opérations de concentration d'entreprises soient en principe notifiées avant leur réalisation, c'est-à-dire avant la mise en œuvre de l'acte générateur d'obligations (*Verpflichtungsgeschäft*). Dans sa pratique, la Comco tolère néanmoins des exceptions à cette règle en s'appuyant sur la réglementation européenne, laquelle prévoit qu'une notification peut également être faite lorsque les entreprises concernées démontrent de bonne foi leur intention de conclure un accord¹⁹.

En l'espèce, les processus politique et législatif qu'implique la fusion, et le fait que ses modalités d'exécution aient déjà fait l'objet d'une décision de principe des parties et d'un rapport détaillé²⁰, ont amené la Comco à accepter une notification anticipée de la concentration envisagée. Dans sa décision, cette dernière a toutefois exigé des parties qu'elles lui communiquent toute modification des paramètres essentiels de la concentration ou toute autre évolution significative des rapports concurrentiels induite par les parties sur les marchés concernés²¹.

IV. Applicabilité de la LCart au domaine hospitalier

La tarification des prestations hospitalières fait l'objet d'une réglementation dense et complexe, susceptible d'avoir une influence directe ou indirecte sur les différents paramètres concurrentiels. Dans le contexte du cas

¹¹ DPC 2008/4, 544 ss, *Tarifverträge Zusatzversicherung Luzern*, ch. 26 s.; cf. ég. la décision incidente relative à la même cause : DPC 2006/3, 513 ss., *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 75–80.

¹² *Ibid.*

¹³ Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

¹⁴ Cf. Message du 15 septembre 2004 concernant la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (financement hospitalier), FF 2004 5207 ss (ci-après : Message LAMal).

¹⁵ Cf. en particulier § 11 al. 1, § 17 al. 1 et § 20 al. 1 ÖSpG pour le canton de Bâle-Ville et § 10 al. 1 en lien avec § 9 al. 1 et 2 SpG pour le canton de Bâle-Campagne.

¹⁶ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 5 ss.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Felix Platter-Spital, Universitäts-Kinderspital beider Basel (UKBB), Universitäre Psychiatrische Kliniken Basel (UPK) et Psychiatrie Baselland.

¹⁹ Cf. art. 4 al. 1 du Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO L 24 du 29.1.2004 ; cf. parmi d'autres exemples DPC 2006/3, 476 ss, *Atel - EOSH-Activen*, ch. 48.

²⁰ Cf. en particulier le rapport (« *Grundlagenbericht der beiden Spitäler* ») du 18 août 2016, disponible à l'adresse suivante : Internet : <https://www.spitalgruppe.ch/berichte> (consulté le 5.1.2018).

²¹ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 172.

d'espèce, s'est dès lors posée en premier lieu la question de l'applicabilité du droit des cartels. Un tel examen doit se faire à l'aune de l'art. 3 al. 1 LCart. À teneur de cette disposition, les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique, ou encore celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux. Après avoir rappelé le cadre réglementaire et les différents systèmes tarifaires, la Comco est parvenue à la conclusion qu'aucune disposition réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart n'excluait, en l'espèce, l'application de la LCart²².

A. Aperçu du cadre réglementaire hospitalier

1. Dans le domaine de l'assurance obligatoire de soins

Afin de pouvoir pratiquer à charge de l'assurance obligatoire de soins, les hôpitaux, en leur qualité de fournisseurs de prestations²³, sont soumis au régime d'admission prévus aux art. 35 ss LAMal. L'admission des hôpitaux résulte d'une procédure de planification menée au niveau cantonal sur la base de critères édictés par le Conseil fédéral dans l'OAMal²⁴, les cantons étant tenus de coordonner leurs planifications²⁵. À noter que dans le domaine de la médecine hautement spécialisée, les cantons sont obligés d'établir conjointement une planification pour l'ensemble de la Suisse²⁶.

Les hôpitaux doivent ainsi répondre à des critères quantitatifs et qualitatifs en termes de compétences, de personnel et d'infrastructures et correspondre à la planification établie par un canton ou, conjointement, par plusieurs cantons afin de couvrir les besoins en soins hospitaliers. Dans le cadre de cette planification, les organismes

privés doivent être pris en considération de manière adéquate²⁷. Le processus d'admission se matérialise par des listes hospitalières qui mentionnent, pour chaque hôpital, l'éventail de prestations correspondant au mandat de prestations qui lui a été confié²⁸.

2. Dans le domaine de l'assurance complémentaire

L'assurance complémentaire, facultative et n'imposant aucune obligation d'admission, est quant à elle régie par le droit privé, plus particulièrement par la LCA²⁹. Les parties tarifaires jouissent dans ce cadre-là de la liberté contractuelle. Comme l'a toutefois relevé la Comco, les hôpitaux sont *de facto* tenus de figurer sur une liste hospitalière pour demeurer concurrentiels dans le domaine de l'assurance complémentaire³⁰. En effet, de nombreuses prestations hospitalières sont prises en charge aussi bien par l'assurance obligatoire de soins que par l'assurance complémentaire³¹. Sans la part prise en charge par l'assurance obligatoire, les hôpitaux ne pourraient pas couvrir dans une même mesure leurs coûts. Ainsi, la vaste majorité des hôpitaux fournit des prestations en vertu de la LCA, uniquement s'ils disposent également d'un mandat de prestations au sens de la LAMal³².

Au vu de ce qui précède et du caractère éminemment privé de l'assurance complémentaire, les tarifs négociés en la matière ne représentent pas des dispositions réservées au sens de l'art. 3 al. 1 LCart. La Comco l'a rappelé expressément en se référant à la décision incidente qu'elle avait rendue en 2006 au sujet des tarifs hospitaliers dans le canton de Lucerne³³.

B. Les systèmes tarifaires de l'assurance obligatoire de soins

1. Les différents types de prestations fournies par les hôpitaux

La tarification des prestations hospitalières dépend essentiellement du type de prestations fournies. Il convient

²² Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 36 à 66.

²³ Cf. art. 35 al. 2 lit. h et art. 39 al. 1 LAMal qui définit les hôpitaux en tant qu'établissements servant au traitement hospitalier de maladies aiguës ou à l'exécution, en milieu hospitalier, de mesures médicales de réadaptation.

²⁴ Cf. en particulier les art. 58a à 58e de l'Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal ; RS 832.102).

²⁵ Cf. art. 39 al. 2 LAMal.

²⁶ Cf. art. 39 al. 2^{bis} LAMal ; Les cantons ont ainsi conclu le 1^{er} janvier 2009 la Convention intercantonale relative à la médecine hautement spécialisée (CIMHS) en vertu de laquelle ils se sont engagés à planifier et attribuer en commun les prestations médicales hautement spécialisées, cf. Internet : https://www.gdk-cds.ch/fileadmin/docs/public/gdk/themen/hsm/01_ivhsm_cimhs_14032008_f_c.pdf (consulté le 8.1.2018).

²⁷ Cf. art. 39 al. 1 LAMal. Cf. à ce sujet *infra* VI.

²⁸ Cf. art. 39 al. 1 let. e LAMal et art. 58a OAMal.

²⁹ Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1).

³⁰ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 41.

³¹ Par exemple, les patients au bénéfice d'assurances complémentaires en cas d'hospitalisation qui peuvent opter pour des prestations supplémentaires de confort (chambre privée, etc.).

³² Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 41 N 17.

³³ Cf. DPC 2006/3, 513 ss, *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 69 ss.

ainsi d'opérer une distinction entre les traitements hospitaliers stationnaires (*stationäre Behandlungen*), les traitements ambulatoires (*ambulante Behandlungen*), ainsi que les traitements de longue durée (*Langzeitbehandlung*)³⁴. Sont ainsi réputés traitements hospitaliers stationnaires, les séjours d'au moins 24 heures à l'hôpital ou dans une maison de naissance en vue d'exams, de traitements et de soins, de tels séjours de moins de 24 heures au cours desquels un lit est occupé durant une nuit, les séjours à l'hôpital en cas de transfert dans un autre hôpital, dans une maison de naissance en cas de transfert dans un hôpital, ou encore tout autre séjour en cas de décès³⁵. Sont réputés traitements ambulatoires les traitements qui ne sont pas réputés stationnaires, de même que les séjours répétés dans des cliniques de jour ou de nuit³⁶. Sont réputés traitements de longue durée les séjours à l'hôpital ou dans un établissement médico-social ne nécessitant pas, selon l'indication médicale, un traitement et des soins ou une réadaptation médicale à l'hôpital³⁷. Chacun de ces types de prestations obéit à des règles tarifaires propres qu'il convient de brièvement rappeler.

2. La rémunération des traitements hospitaliers stationnaires

Dans le cadre de l'assurance obligatoire de soins, la rémunération des traitements hospitaliers stationnaires intervient sur la base de forfaits convenus entre les partenaires tarifaires que sont les assureurs et les prestataires de soins³⁸. Les forfaits sont liés aux prestations et se basent sur des structures uniformes pour l'ensemble de la Suisse.

En matière de soins somatiques aigus³⁹, le système tarifaire SwissDRG (*Swiss Diagnosis Related Groups*) prévaut depuis le 1^{er} janvier 2012 et est géré par la société SwissDRG SA, une institution commune des prestataires de soins, des assureurs et des cantons⁴⁰. Dans ce système,

chaque traitement hospitalier est attribué à un « groupe de cas » (*Fallgruppe*) sur la base de différents critères tels que le diagnostic principal, les diagnostics supplémentaires et d'autres facteurs. À chaque groupe de cas correspond un *cost-weight*, soit une pondération relative, calculée en principe annuellement sur une base empirique et supposée refléter l'investissement en soins que nécessite un groupe de patients déterminé pour l'intervention en question. La définition des groupes de cas et les différents *cost-weight* sont identiques sur tout le territoire national. À titre d'exemple, une appendicectomie nécessitant un jour d'hospitalisation présente un *cost-weight* de 0.574, et ce quel que soit l'hôpital en Suisse dans lequel est pratiquée cette opération⁴¹.

Pour déterminer le montant de rémunération d'une intervention particulière, encore faut-il multiplier son *cost-weight* par le prix de base (*baserate*), lequel, propre à chaque hôpital, est négocié annuellement par les partenaires tarifaires et soumis à l'approbation du canton⁴². Le *baserate*, exprimé en francs suisses, correspond au montant de rémunération d'un cas présentant un *cost-weight* de 1.0. Il se base généralement sur une comparaison (*benchmarking*) des structures de coûts effectifs d'hôpitaux de référence. Le montant de rémunération ainsi calculé est pris en charge par le canton et les assureurs, selon leur part respective, étant précisé que la part du canton est d'au moins 55%⁴³. Si les partenaires tarifaires ne parviennent pas à s'entendre sur le montant du *baserate*, celui-ci est alors fixé par le canton⁴⁴. Une telle décision peut ensuite faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral⁴⁵.

3. La rémunération des traitements ambulatoires

Les traitements ambulatoires fournis par les hôpitaux sont rémunérés sur la base de la structure tarifaire Tarmed, laquelle représente un tarif à la prestation. Ainsi, un certain nombre de points tarifaires est attribué à chaque prestation médicale en fonction du temps nécessaire, du degré de difficulté et de l'infrastructure requise. Du reste, le système Tarmed opère une distinction entre la prestation médicale et la prestation technique. Pour déterminer

³⁴ Cf. art. 2 al. 1 let. a de l'Ordonnance du 3 juillet 2002 sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux, les maisons de naissance et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie (OCP ; RS 832.104).

³⁵ Cf. art. 3 OCP.

³⁶ Cf. art. 5 OCP.

³⁷ Cf. art. 6 OCP.

³⁸ Cf. art. 49 al. 1 LAMal.

³⁹ À noter que dans le domaine de la psychiatrie, la structure tarifaire TARPSY est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018. En matière de réadaptation, la structure tarifaire ST Reha est en cours d'élaboration par SwissDRG SA et devrait entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2020. Pour plus d'informations, voir Internet : <https://www.swissdrgrg.org> (consulté le 5.1.2018).

⁴⁰ Pour plus d'informations, voir Internet : <https://www.swissdrgrg.org> (consulté le 5.1.2018).

⁴¹ Voir le Catalogue des forfaits par cas SwissDRG 7.0 dans sa version de tarification (2018/2018), disponible à l'adresse suivante : Internet : <https://www.swissdrgrg.org/fr/somatique-aigue/systeme-swissdrgrg-70/catalogue-des-forfaits-par-cas> (consulté le 5.1.2018).

⁴² Cf. art. 46 al. 4 LAMal.

⁴³ Cf. art. 49a al. 1 et 2 LAMal.

⁴⁴ Cf. art. 47 al. 1 LAMal.

⁴⁵ Cf. art. 53 al. 1 LAMal.

le montant de rémunération, les points tarifaires sont multipliés par les tarifs cantonaux. Ces derniers sont négociés au niveau cantonal par les partenaires tarifaires et approuvés par les autorités compétentes.

À noter que l'association H+⁴⁶ a résilié la convention-cadre Tarmed pour la fin de l'année 2016. Afin d'éviter toute lacune sur le plan tarifaire, les autres partenaires de la convention ont décidé de continuer à faire usage de la structure tarifaire en tenant compte des adaptations ordonnées par le Conseil fédéral en 2014, et ce pour une durée limitée jusqu'à fin 2017. Pour 2018, le Conseil fédéral a fait usage de la compétence subsidiaire que lui confère l'art. 43 al. 5 LAMal et promulgué par décision du 18 octobre 2017 la modification de l'Ordonnance sur la fixation et l'adaptation de structures tarifaires dans l'assurance-maladie⁴⁷ avec effet au 1^{er} janvier 2018⁴⁸. Ainsi, le maintien d'une structure tarifaire uniforme devrait pouvoir être garanti.

4. La rémunération des traitements de longue durée

Conformément à l'art. 25a LAMal, les soins aigus et de transition qui se révèlent nécessaires à la suite d'un séjour hospitalier et sont prescrits par un médecin de l'hôpital sont rémunérés par l'assurance obligatoire des soins et par le canton de résidence de l'assuré durant deux semaines au plus, conformément à la réglementation du financement hospitalier. En cas de séjour dans un établissement médico-social dans le cadre d'un traitement de longue durée « ordinaire », l'assureur prend en charge les mêmes prestations que pour un traitement ambulatoire⁴⁹.

C. Impact de la réglementation hospitalière sur les paramètres concurrentiels

Le régime d'admission des art. 35 ss LAMal n'est autre qu'un système de contingentement en vertu duquel le nombre des prestataires et, partant, l'offre hospitalière,

sont fixés par les cantons⁵⁰. Bien qu'ils soient tenus de respecter certains critères de planification définis dans la LAMal⁵¹ et l'OAMal⁵², tels l'efficacité, l'adéquation et le caractère économique des prestations en question, les cantons disposent d'un large pouvoir d'appréciation en la matière et aucun hôpital ne dispose d'un droit à figurer sur les listes hospitalières⁵³. Comme la Comco l'avait déjà relevé dans son avis de droit au sujet de la planification hospitalière 2012⁵⁴, les cantons, lorsqu'ils endossent le rôle de planificateurs, agissent en tant que titulaires de la puissance publique (*hoheitliche Tätigkeit*) dans l'exécution d'une tâche publique. Partant, la loi sur les cartels ne s'applique pas au régime d'admission des hôpitaux de l'art. 39 LAMal.

Dans le périmètre de l'offre ainsi définie par les cantons, le législateur a néanmoins voulu introduire une certaine concurrence entre les différents acteurs, notamment dans la perspective d'optimiser l'utilisation des ressources⁵⁵. À l'aune de l'art. 3 al. 1 LCart, la question est donc de savoir dans quelle mesure la concurrence est exclue par le corset réglementaire hospitalier, et plus particulièrement par les systèmes tarifaires étatiques décrits plus haut.

Dans le cas présent, la Comco a tout d'abord rappelé les conditions posées par la jurisprudence à l'exclusion de la concurrence au sens de l'art. 3 al. 1 LCart, en indiquant que cette disposition ne pouvait s'appliquer que de manière restrictive, en présence d'une base légale autorisant sans équivoque un comportement anticoncurrentiel⁵⁶.

S'agissant des soins somatiques aigus, la Comco a estimé que le système tarifaire SwissDRG excluait une concurrence de prix (*Preiswettbewerb*) jusqu'à un certain degré seulement, mais n'empêchait pas qu'une concurrence entre hôpitaux subsiste en matière de coûts et de qualité. Le tarif SwissDRG repose certes sur un système de prix régulés par l'état, mais ne conduit pas nécessairement à des prix identiques, vu les différents *baserates*

⁴⁶ H+ est l'association faitière des hôpitaux suisses ; pour plus d'informations, voir Internet : <http://www.hplus.ch/> (consulté le 5.1.2018).

⁴⁷ RS 832.102.5

⁴⁸ Pour des informations plus détaillées à ce sujet, voir notamment Internet : <https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/themen/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-leistungentarife/Aerztliche-Leistungen-in-der-Krankenversicherung/Tarifsystem-Tarmed.html> (consulté le 5.1.2018).

⁴⁹ Cf. art. 50 LAMal.

⁵⁰ Cf. notamment ETIENNE POLTIER, Délégation d'activités économiques de l'Etat, in : Anne-Christine Favre/Vincent Martenet/Étienne Poltier (édit.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich 2016, 193 ss., 229.

⁵¹ Cf. Art. 32 al. 1 LAMal.

⁵² Cf. Art. 58a à 58e OAMal.

⁵³ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 53 s. et les réf. cit.

⁵⁴ Cf. Gutachten der Wettbewerbskommission vom 19. April 2010 in Sachen Gutachtensauftrag der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich gemäss Art. 47 KG betreffend 531-0008 : Spitalplanung 2012, Internet : <https://www.weko.admin.ch/weko/fr/home/actuelles/avis0.html> (consulté le 8.1.2018).

⁵⁵ Cf. Message LAMal (n. 14), 5220.

⁵⁶ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 53 s. avec renvoi à l'ATF 141 II 66 c. 2.2.1 et 2.2.3.

propres à chaque hôpital⁵⁷. Du point de vue de la Comco, les hôpitaux seraient ainsi incités à optimiser leurs dépenses afin d'augmenter leur marge, ce qui favoriserait une concurrence par les coûts (*Kostenwettbewerb*) et conduirait à des gains d'efficacité⁵⁸. S'ajoute à cela que le prix n'est, dans bien des cas, pas déterminant dans le choix du patient, lequel voit en général ses frais pris en charge par l'assurance et, souvent, n'a pas même conscience du prix effectif de la prestation en question⁵⁹.

S'agissant du domaine ambulatoire, le tarif Tarmed ne permet aucune concurrence de prix sur le plan cantonal, dès lors que les prix y sont identiques. Du point de vue de la Comco, ceci n'impliquerait toutefois pas qu'une concurrence portant sur d'autres paramètres, tels les coûts ou la qualité, ne puisse subsister, ce d'autant plus que ceci correspond à la volonté exprimée par le législateur avec l'introduction au 1^{er} janvier 2012 du nouveau financement hospitalier⁶⁰.

Au vu des arguments ci-dessus, la Comco parvient à la conclusion, qu'en l'espèce, aucune disposition n'exclut l'application de la loi sur les cartels, en précisant toutefois que l'établissement des listes hospitalières et le contrôle par l'état des différents tarifs ci-dessus (SwissDRG et Tarmed) échappent au contrôle des autorités de la concurrence⁶¹. La décision de la Comco permet ainsi de préciser les conditions d'application de l'art. 3 al. 1 LCart, disposition dont les contours sont parfois difficiles à appréhender en pratique. Elle rappelle également que l'exclusion totale (ou dans une large mesure) d'un paramètre concurrentiel – fût-il même central comme, en l'espèce, le prix – n'est pas suffisante pour exclure toute application de la loi sur les cartels, tant qu'une concurrence subsiste s'agissant d'autres paramètres, tels les coûts ou la qualité.

V. Définition des marchés pertinents

A. Le marché de produits

Conformément à l'art. 11 al. 3 let. a OCCE le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

Dans le cas d'espèce, la Comco a estimé que les patients représentaient les partenaires potentiels de l'échange (*Marktgegenseite*)⁶². Bien que ceux-ci puissent être influencés de manière (souvent) déterminante par leur médecin traitant, c'est néanmoins à eux qu'il revient de décider de l'établissement dans lequel ils souhaitent être traités. Du point de vue des patients, les hôpitaux sont ainsi perçus en tant que fournisseurs d'un vaste éventail de diagnostics et traitements médicaux, de même que de prestations de soins nécessitant une prise en charge hospitalière. Le type de traitement – ambulatoire ou stationnaire – que recevront les patients dépend toutefois du diagnostic posé par le corps médical lors de leur prise en charge, de sorte que le choix du patient s'arrête en principe au choix de l'établissement. Dans un premier temps, la Comco a donc identifié un marché pour les prestations hospitalières de soins aigus (*akutstationäre Spitaldienstleistungen*) sur lequel les hôpitaux offrent leurs prestations aux patients⁶³. À noter qu'une telle définition du marché correspond, pour l'essentiel, à la pratique des autorités cartellaires américaines et allemandes⁶⁴. La Comco distingue parallèlement un marché propre aux canaux de distribution (*Markt für Vertriebswege*) sur lequel les prestations hospitalières sont rémunérées par les forfaits convenus avec les assureurs⁶⁵.

Conformément à la pratique développée dans le cas des conventions tarifaires du canton de Lucerne⁶⁶, la Comco a opéré une distinction supplémentaire en segmentant le marché pour les prestations hospitalières stationnaires selon le type de couverture d'assurance dont jouissent les patients, soit un marché pour l'assurance obligatoire de soins et un marché pour l'assurance complémentaire. La Comco a notamment estimé que les patients qui disposent d'une couverture d'assurance complémentaire (privée ou semi-privée) ont des attentes en matière de prestations hospitalières stationnaires significativement différentes de celles des patients couverts uniquement par l'assurance

⁵⁷ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 57.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 59.

⁶¹ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 66.

⁶² Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 79 s.

⁶³ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 80.

⁶⁴ Pour le droit allemand, voir en particulier la décision du *Bundesgerichtshof* du 16 janvier 2008, KVR 26/07, *Kreiskrankenhäuser Bad Neustadt*, ch. 49. Pour la situation prévalant aux États-Unis, voir notamment US Department of Justice/Federal Trade Commission, *Improving Health Care : A Dose of Competition*, A Report by the Federal Trade Commission and the Department of Justice, July 2004, Chapter 4 : Competition Law : Hospitals, 21 ss.

⁶⁵ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 135 ss ; DPC 2008/4, 544 ss, *Tarifverträge Zusatzversicherung Luzern*, ch. 82 ss, en particulier le schéma présenté au ch. 87.

⁶⁶ DPC 2008/4, 544 ss, *Tarifverträge Zusatzversicherung Luzern*, ch. 83.

obligatoire de soins⁶⁷. Une telle disparité justifie ainsi une sous-segmentation du marché.

À défaut de substituabilité, la Comco a en revanche écarté du marché de produits défini ci-dessus les prestations ambulatoires fournies en milieu hospitalier⁶⁸. En effet, du point de vue des patients, les hôpitaux sont en premier lieu appréhendés en tant que fournisseurs de prestations et traitements stationnaires. À cela s'ajoute que les prestations ambulatoires sont fournies dans un cadre réglementaire et tarifaire différent des prestations stationnaires⁶⁹.

La Comco a également exclu du marché des prestations hospitalières de soins aigus les domaines de la psychiatrie et de la réhabilitation⁷⁰. Elle a de plus renoncé à opérer une segmentation de marché en fonction des domaines de prestations (*Fachgebiete*), tels que définis notamment dans les listes hospitalières cantonales (par exemple : chirurgie, médecine interne, dermatologie, ORL, neurochirurgie, neurologie, etc.)⁷¹. En pratique, il n'est en effet pas aisé d'attribuer de manière claire un traitement particulier à un domaine de prestations défini, en raison notamment du caractère multidisciplinaire de nombreuses pathologies⁷². Du reste, les patients appréhendent généralement l'offre des hôpitaux en tant qu'assortiment global de prestations hospitalières, quand bien même ils n'en sollicitent qu'une partie dans le cadre de leur traitement particulier ; le fait qu'un hôpital dispose d'un large assortiment de prestations de haute qualité est en effet bien souvent un argument déterminant dans leur choix de l'établissement (*Sortimentsgedanke*)⁷³.

À noter enfin que la Comco a, dans le cadre de son appréciation matérielle de la concentration, encore quelque

peu affiné sa définition du marché de produits afin de valider certaines hypothèses. Elle a ainsi examiné la situation sur le marché des prestations hospitalières de soins aigus en opérant une distinction supplémentaire entre les traitements hospitaliers planifiés ou électifs (*elektive Fälle*) et les cas d'urgence (*Notfälle*)⁷⁴. Il en ressort notamment que depuis l'entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2012 du nouveau système de financement hospitalier, les hôpitaux privés ont renforcé leur position au détriment des hôpitaux publics s'agissant des traitements électifs dans le domaine de l'assurance complémentaire⁷⁵.

B. Le marché géographique

Conformément à l'art. 11 al. 3 let. b OCCE le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits.

Dans le cas présent, la Comco a délimité le marché géographique en procédant à une analyse des flux de patients. Cette méthodologie est identique à celle retenue dans le cadre de l'enquête des conventions tarifaires du canton de Lucerne et s'appuie dans une large mesure sur les pratiques consacrées en la matière par les autorités cartellaires américaines et allemandes⁷⁶. Selon la méthode américaine, les flux de patients sont appréciés à l'aune des deux chiffres-clés que sont le LIFO (« *little in from outside* ») et le LOFI (« *little out from inside* »), étant précisé que le « *in* » respectivement le « *out* » se réfèrent à la quantité de prestations hospitalières importées ou exportées, et non aux patients. Autrement dit, l'exportation de patients d'un territoire donné correspond à l'importation de prestations hospitalières dans ce même territoire alors que l'importation de patients correspond à l'exportation de prestations hospitalières⁷⁷.

La valeur du LIFO résulte de la relation entre la demande en prestations hospitalières dans un territoire donné (par exemple, toutes les prestations offertes par les hôpitaux du canton de Bâle-Ville) émanant de patients domiciliés dans ce même territoire (dans notre exemple,

⁶⁷ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 86 ss.

⁶⁸ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 82 ss.

⁶⁹ Au sujet des différences en matière de tarif, voir *supra* IV.B.

⁷⁰ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 21 et 85.

⁷¹ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 89 ss.

⁷² Par exemple, l'inflammation d'un genou peut nécessiter aussi bien l'intervention d'un interniste que celle d'un spécialiste orthopédique.

⁷³ Au sujet du concept d'assortiment (*Sortimentskonzept*) dans la pratique de la Comco, voir en particulier DPC 2000/1, 54 ss, *Opération de concentration Gétaz Romang/Miauton*, ch. 13 et les réf. cit. Cf. également dans le même sens la pratique des autorités cartellaires allemandes : BKartA, B 10 - 109/04, 23.3.2005, *Rhön-Klinikum AG/Krankenhaus Eisenhüttenstadt GmbH*, ch. 79. Voir également à ce sujet la position exprimée par le *Bundesgerichtshof* allemand dans sa décision du 16 janvier 2008, KVR 26/07, *Kreis-Krankenhaus Bad Neustadt*, ch. 58 : « *Schliesslich wäre es vor dem Hintergrund erwünschter und zunehmender Spezialisierung der Behandlungsprogramme nicht sachgerecht, die Möglichkeit von Krankenhäusern zu Zusammenschlüssen durch eine – kartellrechtlich nicht gebotene – enge sachliche Marktabgrenzung einzuschränken* ».

⁷⁴ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 119 ss.

⁷⁵ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 125.

⁷⁶ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 96 ss et les réf. cit. ; voir en particulier à ce sujet BJÖRN A. KUCHINKE/HERMANN H. KALLFASS, *Die Praxis der räumlichen Marktabgrenzung bei Krankenhauszusammenschlüssen in den USA und in Deutschland : Eine wettbewerbsökonomische Analyse*, ZWer 2007, 319 ss, 324.

⁷⁷ Cf. DPC 2008/4, 544 ss, *Tarifverträge Zusatzversicherung Luzern*, ch. 95 et les réf. cit.

Bâle-Ville) et la demande globale de cette même population (dans notre exemple, la demande globale de tous les patients domiciliés dans le canton de Bâle-Ville, indépendamment du siège des hôpitaux consultés). Le fait que cette valeur se situe en dessous de la marque de 10% constitue un indice fort pour admettre que le territoire en question constitue le marché géographique déterminant⁷⁸. Une valeur supérieure laisse présager d'un marché géographique plus large ; dans pareil cas, il s'agit alors d'étendre le territoire d'analyse jusqu'à l'obtention d'une valeur de LIFO inférieure à 10%⁷⁹.

À l'aune du test LOFI, lequel reflète l'importation de patients dans un territoire donné, on examine ensuite si des territoires avoisinants ne doivent pas également être intégrés dans le marché géographique déterminant. Dans le cas des conventions tarifaires du canton de Lucerne, la Comco avait constaté que près de 30% des patients au bénéfice d'une assurance complémentaire de soins et domiciliés dans le canton de Nidwald avaient subi un traitement dans le canton de Lucerne. La Comco avait alors fixé le seuil déterminant du test à 20% et englobé le canton de Nidwald dans le marché géographique déterminant⁸⁰.

Dans le cas d'espèce, la Comco a pu se baser sur l'analyse des flux de patients diligentée conjointement par les cantons d'Argovie, de Bâle-Campagne, Bâle-Ville et Soleure⁸¹. En appliquant les principes décrits plus haut, la Comco a retenu un territoire comprenant les deux cantons de Bâle, ainsi que différentes régions avoisinantes ou enclavées des cantons de Soleure et Argovie (« *Region nördlich des Juras* ») qui, pour des raisons essentiellement géographiques, voient leurs patients consulter des hôpitaux hors du territoire de leur canton de domicile.

VI. Aspects réglementaires dans l'appréciation matérielle de la fusion

Dans le cadre de son appréciation matérielle, la Comco doit, en vertu de l'art. 10 al. 2 LCart, examiner si la concentration crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace et ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante. Comme l'avait rappelé le Tribunal fédéral dans l'arrêt « Swissgrid », une intervention des autorités ne se justifie que si l'entreprise issue de la concentration est en mesure d'éliminer du marché ses concurrents actuels ou d'empêcher ceux-ci de la concurrencer, ou encore de rendre impossible l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché en question⁸². En comparaison de l'abus de position dominante sanctionné par l'art. 7 LCart, le régime suisse de contrôle des concentrations exige donc une forme qualifiée de position dominante, qui élève le seuil d'intervention des autorités⁸³.

En l'espèce, certains concurrents, de même que les assureurs, ont émis la crainte de voir les hôpitaux privés évincés des listes hospitalières et de subir une augmentation des *baserates* imposée par le futur groupe hospitalier bâlois. S'agissant du premier point, la Comco a rappelé que l'art. 39 al. 1 let. d LAMal oblige les cantons à prendre en considération les hôpitaux privés de manière adéquate dans le cadre de leur planification hospitalière⁸⁴. Dans le domaine hospitalier, le législateur a ainsi voulu exclure tout monopole cantonal⁸⁵. Comme indiqué plus haut, les cantons endossent dans ce contexte le rôle de planificateur – et non celui de propriétaires des hôpitaux publics concernés – et agissent dans l'exercice de la puissance publique, ce qui exclut l'application de la loi sur les cartels au régime d'admission des hôpitaux de l'art. 39

⁷⁸ À titre d'exemple, près de 92% des traitements stationnaires fournis par les hôpitaux du canton de Bâle-Ville entre 2011 et 2013 concernaient des patients domiciliés dans ce même canton. Le taux d'exportation de patients (LIFO) est donc de 8% et se situe ainsi en deçà de la barre de 10%. Cf. le rapport d'analyse des flux de patients du canton de Bâle, disponible à l'adresse suivante : Internet : <http://academy.socialdesign.ch/de/ergebnisse-bezueglich-der-nordwestschweizer-patientenstroemen-vor-und-nach-der-einfuehrung-der-kvg-revision/> (consulté le 10.1.2018).

⁷⁹ Cf. KUCHINKE/KALLFASS (n. 76), 327.

⁸⁰ Cf. DPC 2008/4, 544 ss, *Tarifverträge Zusatzversicherung Luzern*, ch. 96 (qui fait référence à la pratique allemande) et ch. 106 ; pour la pratique des autorités allemandes, qui fixent généralement la valeur seuil à 20%, voir en particulier KUCHINKE/KALLFASS (n. 76), 334 s.

⁸¹ Les différents rapports d'analyse sont disponibles à l'adresse suivante : Internet : <http://academy.socialdesign.ch/de/ergebnisse-bezueglich-der-nordwestschweizer-patientenstroemen-vor-und-nach-der-einfuehrung-der-kvg-revision/> (consulté le 10.1.2018).

⁸² ATF 133 II 104 c. 6.3.

⁸³ ATF 133 II 104 c. 6.3 ; voir également CR-VENTURI/FAVRE, in : Vincent Martenet/Christian Bovet/Pierre Tercier (édit.), *Commentaire romand, Droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle 2013, art. 10 LCart N 84 et les réf. cit.

⁸⁴ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 109.

⁸⁵ Cf. DPC 2006/3, 513 ss, *Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung*, ch. 61 ; voir également l'avis de droit de la Comco du 19 avril 2010 mentionné plus haut (n. 54), ch. 36 : « *Der Spitalplanungsartikel des KVG will keine Monopole. Die Kantone sind bei der Umsetzung des Planungsauftrages zudem () an den auf Verfassungsstufe normierten Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und damit Wettbewerbsneutralität gebunden. Dem stehen Bestimmungen, welche die vorrangige respektive gar ausschliessliche Berücksichtigung öffentlicher und öffentlich subventionierter Spitäler im Rahmen der Spitalplanung eines Kantons vorsehen würden, entgegen* ».

LAMal⁸⁶. Bien que les questions de planification hospitalière échappent au pouvoir d'examen de la Comco, il n'en demeure pas moins que l'obligation imposée aux cantons de dûment prendre en considération les hôpitaux privés dans le cadre de leur planification hospitalière permet de prévenir, dans une large mesure, la formation d'éventuels monopoles cantonaux. Il convient également de rappeler que les hôpitaux – tant privés que publics – disposent d'un droit de recours auprès du Tribunal administratif fédéral à l'endroit des décisions des gouvernements cantonaux visées à l'art. 39 LAMal⁸⁷.

Une situation analogue prévaut en matière de fixation des tarifs hospitaliers en général, et des *baserates* en particulier. L'appréciation des tarifs hospitaliers échappent également au pouvoir d'examen de la Comco. Comme mentionné plus haut⁸⁸, le montant des *baserates* est le fruit d'une négociation menée par les partenaires tarifaires que sont les hôpitaux et les assureurs. Conformément à l'art. 46 al. 4 LAMal, les conventions tarifaires doivent satisfaire au principe d'économie⁸⁹. L'examen de l'économicité repose pour l'essentiel sur une comparaison (*benchmarking*) des coûts d'exploitation des hôpitaux⁹⁰. Les coûts déterminants sont définis dans l'OCP et sont établis de manière transparente sur la base du modèle de tarif intégré ITAR-K, lui-même reposant sur le système de comptabilité analytique REKOLE⁹¹. La convention tarifaire doit ensuite être approuvée par le gouvernement cantonal compétent, lequel est tenu de vérifier que celle-ci est conforme à la loi et à l'équité et qu'elle satisfait au principe d'économie. Si les négociations n'ont pas abouti, c'est au gouvernement cantonal qu'il revient, en vertu de l'art. 47 LAMal, de fixer le tarif après avoir consulté les intéressés⁹². De telles décisions peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral, au même titre

qu'en matière de planification hospitalière⁹³. Dès lors, il n'est guère concevable qu'un hôpital puisse imposer à ses partenaires tarifaires des augmentations unilatérales de prix⁹⁴.

Il ressort de ce qui précède que le corset réglementaire dans lequel évoluent les hôpitaux et les autres acteurs de la santé contribue à réduire de manière significative – voire déterminante – le risque de voir la concurrence supprimée au sens de l'art. 10 al. 2 let. a LCart, et ce en dépit de la part de marché relativement importante dont disposerait le futur groupe hospitalier à l'issue de la fusion⁹⁵.

VII. Conclusion

Avec cette décision, la Comco apporte un éclairage bienvenu sur différentes questions soulevées par le droit de la concurrence dans le contexte hospitalier. Elle permet ainsi de clarifier la question de l'applicabilité de la loi sur les cartels et précise les contours de l'art. 3 LCart. Cette décision définit pour la première fois le marché pertinent dans le contexte d'une concentration d'hôpitaux, en y confirmant la méthodologie à laquelle la Comco avait déjà eu recours dans le cas des conventions tarifaires du canton de Lucerne. Enfin, sous l'angle de l'appréciation matérielle de la concentration, la Comco a mis en évidence le corset réglementaire très serré dans lequel évoluent les principaux acteurs du milieu hospitalier. Au vu de la pression financière croissante à laquelle sont soumis les hôpitaux publics et les autres acteurs de la santé, il ne fait guère de doute que d'autres fusions ou rapprochements d'hôpitaux verront le jour dans les années à venir. Pour autant que ces opérations atteignent les valeurs seuils de l'art. 9 LCart, la présente décision constituera un précédent sur lequel les praticiens et les autorités pourront s'appuyer. Du reste, les enseignements tirés de cette décision devraient également pouvoir être transposés à d'autres domaines du droit de la santé lorsqu'une problématique cartellaire est en jeu.

⁸⁶ Cf. *supra* IV.C.

⁸⁷ Cf. art. 53 LAMal.

⁸⁸ Cf. *supra* IV.B.2.

⁸⁹ Cf. ég. art. 43 al. 6 LAMal qui dispose que les soins doivent être appropriés et leur qualité de haut niveau, tout en étant le plus avantageux possible.

⁹⁰ Cf. ATAF 2014/3 c. 2.8.4.4 et 2.8.5.5.

⁹¹ ITAR-K signifie « *Integriertes Tarifmodell auf Basis der Kostenträgerrechnung* » et REKOLE est la contraction de « *Revision der Kostenrechnung und Leistungserfassung* ». Pour plus d'informations à ce sujet, voir notamment les recommandations émises par la Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS), lesquelles sont disponibles à l'adresse suivante : Internet : <https://www.gdk-cds.ch> sous la rubrique « Documentation », sous-rubrique « Recommandations » (consulté le 10.1.2018).

⁹² À noter que le Surveillant des prix doit être consulté à ce stade, conformément à l'art. 14 de la Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSP ; RS 942.20).

⁹³ Cf. art. 53 LAMal.

⁹⁴ Décision USB/KSBL (n. 1), ch. 111.

⁹⁵ Sur le marché des prestations hospitalières de soins aigus, le futur groupe hospitalier détiendrait dans le domaine de l'assurance obligatoire de soins une part de marché cumulée de l'ordre de 50 à 60%, alors qu'elle serait d'environ 40 à 50% dans le domaine de l'assurance complémentaire ; voir les différents tableaux présentés dans la Décision USB/KSBL (n. 1) sous ch. 103.