



---

Cour III  
C-2548/2008  
{T 1/2}

## Arrêt du 18 novembre 2009

---

Composition

Francesco Parrino (président du collège),  
Stefan Mesmer, Madeleine Hirsig, juges,  
Yann Hofmann, greffier.

---

Parties

**santésuisse, les assureurs-maladie suisses**,  
Römerstrasse 20, case postale, 4502 Soleure,  
représentée par Maître Luke H. Gillon,  
21, boulevard de Pérolles, case postale 656,  
1701 Fribourg,  
recourante,

contre

1. **Clinique Générale Garcia-St-Anne S.A.**, rue Hans-Geiler 6, 1700 Fribourg,  
représentée par Maître Ariane Ayer,  
av. de la Gare 2, case postale 89, 1701 Fribourg,  
2. **Hôpital Daler**, route de Bertigny 34, 1700 Fribourg,  
intimés, et

**Conseil d'État du canton de Fribourg**,  
Chancellerie d'État, rue des Chanoines 17,  
1700 Fribourg,  
autorité inférieure.

---

Objet

Assurance-maladie (décision du 26 février 2008)

**Faits :****A.**

Le Conseil fédéral approuve, le 30 septembre 2002, la nouvelle structure tarifaire unifiée des tarifs médicaux (TARMED), ainsi que les conventions cadre TARMED passées par santésuisse, les assureurs-maladie suisses (ci-après: santésuisse) avec la FMH (CCT FMH), le 5 juin 2002, et H+ (CCT H+), le 13 mai 2002 (pce 6 jointe au recours).

Le 14 juillet 2004, santésuisse, d'une part, et les hôpitaux publics et les cliniques privées – savoir la Clinique Générale Garcia-St-Anne S.A. et l'Hôpital Daler – du canton de Fribourg, d'autre part, concluent un accord sur la valeur du point tarifaire TARMED. Ils fixent ainsi la valeur initiale du point tarifaire à 97 centimes de francs suisses en tiers garant, 92 centimes en tiers payant dans le cas du service psychosocial (pce 8 jointe au recours). Le 27 juin 2005, santésuisse résilie toutefois ce contrat avec effet au 31 décembre 2005 (pce 9 jointe au recours). A l'issue des négociations visant à régler le régime tarifaire pour l'année 2006 et à liquider la phase de neutralité des coûts laissant apparaître un volume de compensation d'environ 7 millions de francs en faveur des assureurs-maladie, le 1<sup>er</sup> juillet 2006, santésuisse et les établissements hospitaliers publics fribourgeois fixent pour l'année 2006 une valeur de point compensatoire de 75 centimes en tiers garant, 72 centimes en tiers payant dans le cas du service psychosocial (pce 10 jointe au recours). Parallèlement, d'entente avec les cliniques privées fribourgeoises, santésuisse fixe, le 21 juin 2006, une valeur de point compensatoire de 80 centimes en tiers garant pour l'année 2006 (pce 11 jointe au recours).

**B.**

Pour 2007, santésuisse et les hôpitaux publics du canton de Fribourg sont convenus, en date du 19 janvier 2007, d'une valeur de point de 85 centimes en tiers garant, 81 centimes en tiers payant dans les cas des services psychosocial et pédopsychiatrique (pce 12 jointe au recours).

Le 2 février 2007, la Direction de la santé publique et des affaires sociales du canton de Fribourg (DSAS) constate formellement l'échec des négociations entreprises par santésuisse et les cliniques privées fribourgeoises portant sur la valeur du point TARMED 2007 (pces 13 et 15 jointes au recours). Le 5 février 2007, les parties concluent un "accord sur une valeur du point provisoire TARMED (jusqu'à droit

connu sur la valeur définitive du point)", stipulant ainsi une valeur de point de 85 centimes en tiers payant à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007 jusqu'à droit connu sur la valeur définitive du point pour les prestations ambulatoires et semi-hospitalières (pce 4 jointe au recours).

Par actes des 27 février, 27 avril et 22 novembre 2007, SantéSuisse signifie à la DSAS qu'à son avis, vu l'étendue des prestations fournies par les cliniques privées (10% par rapport à l'ensemble des prestations et spectre restreint de prestations), une différenciation entre les valeurs de point applicables aux hôpitaux publics et aux cliniques privées ne se justifie guère. Elle requiert, partant, la fixation pour les cliniques privées du canton de Fribourg d'une valeur du point TARMED à 85 centimes en tiers payant, applicable à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2007 à toutes les prestations ambulatoires et semi-stationnaires à la charge de l'assurance obligatoire des soins (pces 16, 18 et 20 jointes au recours).

Après avoir invité les parties à prendre position, le Conseil d'État du canton de Fribourg consulte la Surveillance des prix qui, dans sa recommandation du 2 novembre 2007, conclut à la fixation d'une valeur de point TARMED de 85 centimes en tiers garant pour l'année 2007. La Surveillance des prix estime que le fait que les investissements des cliniques privées ne soient pas subventionnés par les pouvoirs publics ne justifie pas une différenciation des valeurs de point des hôpitaux publics et privés s'agissant des prestations ambulatoires, parce que dans ce secteur les tarifs sont censés couvrir les coûts complets. Les cliniques privées ne devraient donc pas être considérées comme une communauté tarifaire propre et il conviendrait de leur appliquer la même valeur de point TARMED qu'aux hôpitaux publics. La Surveillance des prix se fonde en outre sur la convention sur la neutralité des coûts, adoptée par les partenaires tarifaires en 2002; elle rappelle qu'en vertu du principe d'économie, un changement de modèle tarifaire ne doit pas entraîner de surcoût ni d'indemnités supérieures pour les prestations fournies, dès lors que la qualité et la quantité des prestations fournies restent quasiment identiques à celles qui étaient délivrées sur la base de l'ancien modèle, la neutralité des coûts consistant à cet égard dans une disposition contraignante (pce 27; pce 19 jointe au recours).

### **C.**

Par son ordonnance du 26 février 2008, publiée dans la Feuille

officielle du canton de Fribourg le 7 mars 2008 (cf. pce 2 jointe au recours), le Conseil d'État du canton de Fribourg décide de fixer la valeur du point TARMED pour l'année 2007 pour les prestations ambulatoires des cliniques privées du canton de Fribourg à 94 centimes en tiers garant. Le Gouvernement fribourgeois ordonne aux assurances-maladie concernées de procéder au versement des différences entre la valeur du point provisoire de 85 centimes appliquée depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007 et la valeur de point de 94 centimes.

Le Conseil d'État du canton de Fribourg considère qu'une prestation médicale doit être rémunérée sur la base d'un juste prix reposant sur un tarif transparent et conçu sur des principes d'économie d'entreprise. Il relève que le volume d'activité ambulatoire hospitalière a augmenté davantage que ce qui avait été prévu dans les conventions en raison essentiellement des progrès de la technique, de l'élargissement de l'éventail des prestations ambulatoires offert par les hôpitaux et d'un accroissement de la demande en soins ambulatoires. Cette augmentation des prestations aurait, à son sens, gonflé le coût ambulatoire par assuré qui servait de référence pour la neutralité des coûts et les hôpitaux pourraient ainsi avoir été insuffisamment rémunérés pour les prestations fournies. S'agissant de la question de l'inégalité de traitement entre les cliniques privées et les hôpitaux publics pour le financement des investissements, le Gouvernement fribourgeois partage le point de vue de la Surveillance des prix selon lequel les tarifs sont censés couvrir les coûts complets dans le domaine ambulatoire pour les hôpitaux tant privés que publics, mais estime que ce principe ne s'applique pas dans les faits: il relève en effet qu'une comptabilité analytique des cliniques transparente révisée et jugée correcte par un organe de révision indépendant démontre qu'une valeur de point de 85 centimes est largement insuffisante pour couvrir leurs coûts. Ledit gouvernement relève au demeurant qu'une comparaison avec les valeurs de point cantonales TARMED d'autres cliniques privées de Suisse corrobore cette démonstration, la valeur moyenne du point sur le plan national étant de 94 centimes. Il retient enfin que l'éventail des prestations fournies par les cliniques privées, même s'il est plus restreint que celui des hôpitaux publics, peut être considéré comme suffisamment vaste pour que le risque d'une tarification par spécialité puisse être exclu. Le Conseil d'État du canton de Fribourg, dans un souci de maîtrise des coûts, n'accorde toutefois pas aux cliniques privées la valeur TARMED issue de la comptabilité

analytique, supérieure à 1 franc, mais estime, somme toute, qu'une valeur de point de 94 centimes correspondant à la valeur moyenne nationale doit suffire à couvrir leurs charges liées au domaine ambulatoire (pce 32; pce 1 jointe au recours).

**D.**

Le 21 avril 2008, santésuisse, agissant par Me Luke H. Gillon, interjette recours à l'encontre de cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant à son annulation et à une fixation à 85 centimes en tiers garant de la valeur du point TARMED pour les prestations ambulatoires à charge de l'assurance obligatoire des soins fournies par les cliniques privées fribourgeoises du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2007 (pce 1 TAF).

La recourante, dans ses remarques préliminaires, note que le recours a effet suspensif et que celui-ci n'a pas été retiré par le Conseil d'État du canton de Fribourg. Elle conteste ainsi l'art. 2 du dispositif de la décision litigieuse et souligne qu'il est contraire à l'"accord sur une valeur du point provisoire TARMED (jusqu'à droit connu sur la valeur définitive du point)", par lequel elle a stipulé avec les cliniques privées fribourgeoises une valeur de point de 85 centimes en tiers payant à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007 et jusqu'à droit connu sur la valeur définitive du point (pce 4 jointe au recours).

A titre liminaire, santésuisse reproche au Gouvernement fribourgeois de ne pas lui avoir donné l'opportunité de se déterminer sur les arguments et les pièces fournis par les cliniques privées fribourgeoises (recours, p. 10, pt. 17, 2<sup>ème</sup> par.).

A son sens, principalement, l'autorité intimée aurait manifestement contrevenu au principe d'économie. La recourante avance, se fondant sur les recommandations du Conseil fédéral et de la Surveillance des prix, que des valeurs de point tarifaire par spécialité ne peuvent être admises et que des valeurs de point pour des fournisseurs de prestations ou groupe de fournisseurs de prestations en particulier sont à éviter dans le domaine hospitalier ambulatoire. santésuisse considère en effet que l'éventail des prestations dispensées par les cliniques privées fribourgeoises est bel et bien restreint – elle se fonde en cela sur la nouvelle liste des hôpitaux fixée par l'autorité intimée par ordonnance du 31 mars 2008 (cf. pces 22 s. jointes au recours) – et que c'est dès lors à tort que l'autorité inférieure a fait droit à la

requête de ces cliniques en leur reconnaissant une communauté tarifaire propre, parce que cela revient à attribuer une valeur de point par spécialité. santésuisse requiert dès lors que la valeur du point TARMED soit fixée au plus à 85 centimes en tiers garant pour les prestations ambulatoires de l'ensemble des établissements hospitaliers, publics et privés, du canton de Fribourg (pce 1 TAF).

Faisant suite à la décision incidente du 23 avril 2008 du Tribunal de céans, la recourante verse, le 30 avril 2008, l'avance sur les frais de procédure présumés fixée à 4'000 francs (pces 3 s. et 6 TAF).

#### **E.**

Dans sa détermination du 29 mai 2008, l'Hôpital Daler argue du fait que Fiduconsult SA, se fondant sur la comptabilité analytique qu'elle a faite de l'hôpital ainsi que sur d'autres documents relatifs à l'exercice 2006, a retenu que la valeur du point TARMED devait être fixée à 99 centimes pour qu'elle puisse couvrir ses coûts. La clinique relève au demeurant, en réponse à l'argumentation de la recourante, que la liste des hôpitaux mentionnée par cette dernière ne concerne pas les activités en ambulatoire, qu'elle a recouru contre la suppression de certains de ses mandats de prestations et que l'éventail des interventions des deux cliniques privées fribourgeoises demeure très vaste. Elle en conclut que dans cette mesure on ne peut parler de valeur de point par spécialité. L'Hôpital Daler expose qu'en définitive la fixation du point à 94 centimes est un compromis adapté au niveau moyen suisse et que retenir une valeur plus basse reviendrait à mettre en péril son équilibre financier. La clinique requiert, par conséquent, le rejet du recours et la confirmation de la décision attaquée (pce 15 TAF).

Dans son mémoire de réponse du 3 juin 2008, le Conseil d'État du canton de Fribourg précise à titre préliminaire ne pas avoir prévu la levée de l'effet suspensif, partant, ne pas voir d'objection à ce que jusqu'à droit connu la facturation des prestations des cliniques privées soit effectuée sur la base d'une valeur de point de 85 centimes. Il expose principalement que la liste hospitalière concerne l'activité stationnaire uniquement et que la liste hospitalière 2008 n'était pas encore en vigueur pour la période concernée 2007. Le Gouvernement fribourgeois ajoute qu'en considération de l'offre globale des deux cliniques leurs services ne sauraient être considérés comme étant limités et hautement spécialisés. Il estime dès lors que l'offre

ambulatoire des cliniques privées fribourgeoises est suffisamment vaste et diversifiée pour éviter une tarification par spécialité lors de l'application d'une valeur de point différenciée. Il relève encore que santésuisse n'a elle-même fourni aucun calcul transparent démontrant que la valeur de point de 85 centimes est la valeur qui couvrirait les coûts des cliniques privées dans le domaine ambulatoire et estime que, pour sa part, il a fixé la valeur du point à 94 centimes en se fondant sur une comptabilité transparente, vérifiée et approuvée par un organe de révision. Le Conseil d'État souligne enfin que dans un grand nombre de cantons les hôpitaux publics et les cliniques privées n'ont pas des valeurs de point identiques et que la valeur du point TARMED 2007 pour les cliniques privées avoisine en moyenne en Suisse 94 centimes. Il conclut finalement au rejet intégral du recours et à la confirmation de son ordonnance du 26 février 2008 (pce 17 TAF).

La Clinique Générale Garcia-St-Anne S.A., représentée par Maître Ariane Ayer, dans sa détermination du 23 juin 2008, relève tout d'abord que la valeur du point obtenue par le Gouvernement fribourgeois correspond à la moyenne entre la valeur requise par la recourante, savoir 85 centimes, et la valeur effective moyenne du point tarifaire des cliniques privées du canton, savoir 1 franc 03. Elle expose ensuite que les coûts d'exploitation des hôpitaux publics comprennent une part de subventionnement étatique, qui se répercute sur les prestations fournies par ces institutions, ce qui empêche toute comparaison des coûts et justifie des valeurs de point différenciées. Elle dénote que la plupart des cantons suisses connaissent deux communautés tarifaires distinctes pour les hôpitaux publics et les cliniques privées et que c'est la recourante elle-même qui a résilié en 2005 la convention tarifaire qu'elle avait conclue avec les hôpitaux publics et les cliniques privées fribourgeois. En concluant de nouvelles conventions tarifaires distinctement avec celles-ci et ceux-là, la recourante aurait elle-même généré la seconde communauté tarifaire constituée par les cliniques privées dont elle conteste aujourd'hui le bien-fondé. La Clinique Générale Garcia-St-Anne S.A. estime enfin que, dans la mesure où le Gouvernement fribourgeois s'est fondé sur une comptabilité analytique transparente pour fixer la valeur du point TARMED, l'ordonnance du 26 février 2008 est conforme au droit. Elle conclut ainsi au rejet du recours de santésuisse et à la confirmation de la décision attaquée (pce 18 TAF).

Par prise de position du 7 août 2008, la Surveillance des prix maintient

sa précédente argumentation, en insistant sur le fait qu'au moment de l'introduction du TARMED, sous le régime tarifaire du catalogue des prestations hospitalières, les cliniques privées fribourgeoises appliquaient la même valeur de point que les hôpitaux publics (pce 22 TAF).

Le Tribunal de céans invite l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) à s'exprimer sur la présente procédure. Dans son mémoire du 15 septembre 2008, l'Office propose d'admettre le recours et d'annuler la décision du Conseil d'État du canton de Fribourg. A son sens, il convient de se rallier à la recommandation de la Surveillance des prix et de fixer une même valeur de point pour les hôpitaux publics et les cliniques privées fribourgeoises, afin d'éviter une tarification par spécialité. L'OFSP invoque ce faisant la recommandation émise le 30 septembre 2002 par le Conseil fédéral à l'attention des partenaires tarifaires et des gouvernements cantonaux (pce 26 TAF).

#### **F.**

Par réplique du 24 novembre 2008, santésuisse, par le truchement de son mandataire, confirme les conclusions de son recours (pce 32 TAF).

Dans leurs déterminations respectivement des 15 et 26 janvier 2009, la Clinique Générale Garcia-St-Anne S.A., par sa mandataire, et l'Hôpital Daler, persistent également dans leurs conclusions (pce 38 TAF).

De même, le Conseil d'État du canton de Fribourg, dans sa duplique du 27 janvier 2009, réitère derechef son argumentation et ses conclusions. Il précise que c'est le fruit du hasard que la valeur de point de 94 centimes correspond à la moyenne arithmétique des valeurs proposées par santésuisse et la Clinique Générale Garcia-St-Anne S.A., lui-même s'étant uniquement fondé sur les valeurs ressortant des comptabilités analytiques des cliniques privées, corrigées vers le bas eu égard aux principes d'efficience et d'économicité. A son sens, l'offre des cliniques privées ne serait pas restreinte et le tarif de 94 centimes le point ne saurait dès lors consister dans un tarif de spécialité. Le Gouvernement fribourgeois relève au demeurant que ni santésuisse, ni la Surveillance des prix, ni l'OFSP n'ont apporté de preuve pertinente contraire à ses conclusions dans le cadre de la procédure de recours (pce 40 TAF).

Les arguments des parties seront repris, autant que de besoin, dans la partie en droit.

## **Droit :**

### **1.**

**1.1** Les règles de procédure sont en principe applicables dès leur entrée en vigueur (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2006, ch. 327a). La compétence du Tribunal de céans à statuer s'examine dès lors à la lumière des nouvelles dispositions du 21 décembre 2007 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.10) entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009 (RO 2008 2049 2057; FF 2004 5207). Selon les art. 53 al. 1 et 90a al. 2 LAMal, le Tribunal administratif fédéral (TAF) connaît des recours contre les décisions des gouvernements cantonaux concernant l'approbation d'une convention tarifaire (avec le renvoi à l'art. 47 LAMal).

**1.2** Selon l'art. 48 al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure fédérale (PA, RS 172.021), applicable par le renvoi de l'art. 37 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), a qualité pour recourir quiconque est touché par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée. Une association peut également être admise à agir par la voie du recours, à son nom, mais dans l'intérêt de ses membres, pour autant qu'elle ait pour but statutaire la défense des intérêts en question et que la majorité ou du moins un grand nombre de ses membres ait qualité pour recourir (JAAC 59.19; ATF 124 II 293 consid. 3b; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n° 1787).

Il ressort des statuts de santésuisse (art. 4 al. 1, cf. pce 3 jointe au recours), qu'elle garantit et défend les intérêts communs de la majorité de ses membres. Or, il est en l'espèce patent qu'à tout le moins la majorité des assureurs maladie de Suisse est spécialement atteinte par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. L'association dispose dès lors de la qualité pour recourir.

**1.3** Les exigences des art. 50 à 52 PA concernant le délai de recours, ainsi que la forme et le contenu du mémoire de recours sont

observées. La recourante s'est également acquittée en temps utile de l'avance de frais qui lui était réclamée (cf. pces 4 et 6 TAF).

Le recours est donc formellement recevable.

## **2.**

L'objet du présent recours est constitué par la décision – intitulée "ordonnance" – du 26 février 2008 du Conseil d'État du canton de Fribourg, fixant la valeur du point TARMED pour l'année 2007 pour les prestations ambulatoires servies par les cliniques privées du canton de Fribourg à 94 centimes en tiers garant.

Le Gouvernement fribourgeois, dans l'art. 2 du dispositif de la décision du 26 février 2008, a en outre ordonné aux assurances-maladie concernées de procéder au versement des différences entre la valeur du point de 85 centimes en tiers payant, appliquée provisoirement d'un commun accord par les parties contractuelles depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, et la valeur de point de 94 centimes qu'il a fixée. La recourante, dans les remarques préliminaires de son recours, a noté que le recours a effet suspensif et que celui-ci n'avait pas été retiré par le Conseil d'État du canton de Fribourg. Elle a ainsi contesté l'art. 2 du dispositif de l'ordonnance litigieuse et souligné qu'il est contraire à l'"accord sur une valeur du point provisoire TARMED (jusqu'à droit connu sur la valeur définitive du point)", par lequel elle avait stipulé avec les cliniques privées fribourgeoises, le 5 février 2007, une valeur de point de 85 centimes en tiers payant à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007 et jusqu'à droit connu sur la valeur définitive du point (pce 4 jointe au recours). Le Conseil d'État du canton de Fribourg, dans son mémoire de réponse du 3 juin 2008, a toutefois précisé ne pas avoir prévu la levée de l'effet suspensif, partant, ne pas voir d'objection à ce que jusqu'à droit connu la facturation des prestations des cliniques privées soit effectuée sur la base d'une valeur de point de 85 centimes. Cette question ne sera, dans cette mesure, pas examinée plus avant: jusqu'à droit connu sur la valeur définitive du point, la valeur de point est donc de 85 centimes en tiers payant, comme du reste cela avait été constaté par le Tribunal de céans dans son ordonnance du 27 juin 2008.

## **3.**

Le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou

incomplète des faits pertinents et l'inopportunité (art. 49 PA et 53 al. 2 let. e LAMal).

Le Tribunal apprécie librement l'opportunité d'une décision. Néanmoins, il fait preuve d'une certaine retenue dans l'exercice de son libre pouvoir d'examen lorsque la nature des questions litigieuses qui lui sont soumises l'exige, singulièrement lorsque leur analyse nécessite des connaissances spéciales, lorsqu'il s'agit de circonstances locales que l'autorité qui a rendu la décision connaît mieux ou encore lorsqu'il s'agit d'apprécier des prestations ou un comportement personnel (ATF 130 II 449, consid. 4.1 et réf. cit., ATF 129 II 331, consid. 3.2, ATF 119 Ib 33 consid. 3b p. 40; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 396 ss; ANDRÉ MOSER in: MOSER/MICHAEL BEUSCH/ LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor Bundesverwaltungsgericht, Bâle 2008, n° 2.149 ss, spéc. 2.154; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2<sup>ème</sup> éd. Zurich 1998 n° 644 et 645). Le Tribunal n'intervient dans ces cas que si l'autorité inférieure a excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation. Tel est notamment le cas si la décision attaquée s'appuie sur des faits qui, dans le cas particulier, ne devaient jouer aucun rôle ou lorsqu'elle ignore des éléments qui auraient absolument dû être pris en considération; le Tribunal redresse en outre les décisions rendues en vertu d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 132 III 49 consid. 2.1 p. 51, ATF 132 III 109 consid. 2.1 et réf. cit.).

Le Conseil fédéral – qui était compétent avant la création du Tribunal administratif fédéral pour juger des causes en matière de conventions tarifaires – avait ainsi pour pratique constante de n'examiner la décision du Gouvernement cantonal qu'avec une certaine retenue (cf. décision non publiée du 19 décembre 2001 du Conseil fédéral dans la cause Verbandes Zürcher Krankenversicherer contre Conseil d'État du canton de Zurich, consid. 4.3) et de ne s'éloigner des conclusions des organes spécialisés, comme la Surveillance des prix, que si leur recommandation découle d'une interprétation erronée du droit fédéral ou si elle se base sur une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (JAAC 54.29 p. 163 consid. 2b; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, éd. Helbing Lichtenhahn, 2008 Bâle, p. 74 s., n° 2.154 ss). L'autorité de céans adhère à cette jurisprudence (cf. arrêt C-427/2008

du 30 juin 2009 du Tribunal administratif fédéral dans la cause santésuisse contre Hôpital du Jura et Gouvernement de la République et Canton du Jura, consid. 3).

#### **4.**

**4.1** Lors de l'examen d'une convention tarifaire, il y a lieu de se référer aux principes généraux en matière de droit intertemporel, selon lesquels sont en règle générale déterminantes les dispositions légales matérielles en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui a des conséquences juridiques. Par conséquent, la valeur du point 2007 s'examine sur la base des règles en vigueur durant cette année. Sans indication contraire, les dispositions légales seront donc citées dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008 et on ne tiendra pas compte des dispositions du 21 décembre 2007 de la LAMal entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009.

#### **4.2**

**4.2.1** Selon l'art. 25 al. 1 LAMal, l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des prestations qui servent à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles. Ces prestations comprennent, entre autres, les coûts des examens, traitements et soins dispensés sous forme ambulatoire, au domicile du patient, en milieu hospitalier ou semi-hospitalier ou dans un établissement médico-social (art. 25 al. 2 let. a LAMal), ainsi que le séjour en division commune d'un hôpital (art. 25 al. 2 let. e LAMal).

**4.2.2** L'art. 43 al. 1 LAMal exige des fournisseurs de prestations qu'ils établissent leurs factures sur la base de tarifs ou de prix. Les tarifs et les prix sont ainsi fixés par convention entre les assureurs et les fournisseurs de prestations (convention tarifaire) ou, dans les cas prévus par la loi, par l'autorité compétente. Lorsqu'il s'agit de conventions conclues entre des fédérations, les organisations qui représentent les intérêts des assurés sur le plan cantonal ou fédéral sont entendues avant la conclusion (art. 43 al. 4, 43 al. 5 et 46 al. 1 LAMal). La convention tarifaire doit être approuvée par le gouvernement cantonal compétent ou, si sa validité s'étend à toute la Suisse, par le Conseil fédéral. L'autorité d'approbation vérifie que la convention est conforme à la loi et à l'équité et qu'elle satisfait au principe d'économie (art. 46 al. 4 LAMal). Le délai de dénonciation ou de retrait d'une convention tarifaire est d'au moins six mois (art. 46 al.

5 LAMal).

Pour rémunérer le traitement hospitalier, y compris le séjour à l'hôpital (art. 39 al. 1), les parties à une convention conviennent de forfaits. Pour les habitants du canton, ces forfaits couvrent au maximum, par patient ou par groupe d'assurés, 50% des coûts imputables dans la division commune d'hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics. Les coûts imputables sont établis lors de la conclusion de la convention. La part des frais d'exploitation résultant d'une surcapacité, les frais d'investissement et les frais de formation et de recherche ne sont pas pris en compte (art. 49 al. 1 LAMal). Selon l'art. 49 al. 2 LAMal, les parties à une convention peuvent prévoir que des prestations diagnostiques ou thérapeutiques spéciales ne soient pas comprises dans le forfait, mais facturées séparément. Pour ces prestations, elles peuvent prendre en compte, pour les habitants du canton, les coûts imputables à raison d'au maximum 50%, s'agissant d'hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics. En cas d'hospitalisation, la rémunération s'effectue conformément au tarif applicable à l'hôpital en vertu des al. 1 et 2, tant que le patient a besoin, selon l'indication médicale, d'un traitement et de soins ou d'une réadaptation médicale en milieu hospitalier. Si cette condition n'est plus remplie, le tarif selon l'art. 50 est applicable (art. 49 al. 3 LAMal). La rémunération au sens des al. 1 à 3 épuise toutes les prétentions de l'hôpital pour la division commune (art. 49 al. 4 LAMal). Les partenaires tarifaires conviennent de la rémunération du traitement ambulatoire et du séjour semi-hospitalier à l'hôpital, en application de l'art. 49 al. 5 LAMal. Les hôpitaux calculent leurs coûts et classent leurs prestations selon une méthode uniforme; ils tiennent, à cet effet, une comptabilité analytique ainsi qu'une statistique de leurs prestations. Les gouvernements cantonaux et les partenaires tarifaires peuvent consulter les pièces (art. 49 al. 6 LAMal). Les gouvernements cantonaux et, au besoin, le Conseil fédéral font procéder à la comparaison des frais d'exploitation entre hôpitaux. Les cantons et les hôpitaux doivent fournir les pièces nécessaires à cet effet. Si la comparaison montre que les coûts d'un hôpital se situent nettement au-dessus des coûts d'hôpitaux comparables ou si les pièces présentées par un hôpital sont insuffisantes, les assureurs peuvent dénoncer la convention prévue à l'al. 5 de l'art. 46 et demander à l'autorité qui approuve (art. 46 al. 4) de réduire les tarifs dans une juste mesure (art. 49 al. 7 LAMal). L'art. 50 LAMal prévoit qu'en cas de séjour dans un établissement médico-social (art. 39 al. 3), l'assureur

prend en charge les mêmes prestations que pour un traitement ambulatoire et pour les soins à domicile. Il peut toutefois convenir, avec l'établissement médico-social, d'un mode de rémunération forfaitaire. Les al. 6 et 7 de l'art. 49 sont applicables par analogie.

**4.2.3** En vertu de l'art. 47 al. 1 LAMal, 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. S'il n'existe aucune convention tarifaire pour le traitement ambulatoire d'un assuré hors de son lieu de résidence, de son lieu de travail ou des environs ou encore pour le traitement hospitalier ou semi-hospitalier d'un assuré hors de son canton de résidence, le gouvernement du canton où le fournisseur de prestations est installé à titre permanent fixe le tarif (art. 47 al. 2 LAMal). Lorsque les fournisseurs de prestations et les assureurs ne parviennent pas à s'entendre sur le renouvellement d'une convention tarifaire, le gouvernement cantonal peut la prolonger d'une année. Si aucune convention n'est conclue dans ce délai, il fixe le tarif après avoir consulté les intéressés (art. 47 al. 3 LAMal). Les principes énoncés à l'art. 46 al. 4 LAMal sont également applicables lorsque le gouvernement cantonal fixe lui-même les tarifs en cas d'absence de convention (JAAC 58.49 consid. 3).

**4.2.4** En outre, en application de l'art. 14 de la loi fédérale du 20 décembre 1985 sur la surveillance des prix (LSP; RS 942.20), lorsqu'une autorité législative ou exécutive de la Confédération, d'un canton ou d'une commune est compétente pour décider ou approuver une augmentation de prix proposée par les parties à un accord en matière de concurrence ou par une entreprise puissante sur le marché, elle prend au préalable l'avis du Surveillant des prix. Le Surveillant peut proposer de renoncer en tout ou partie à l'augmentation de prix ou d'abaisser le prix maintenu abusivement (al. 1). L'autorité mentionne l'avis du Surveillant dans sa décision. Si elle s'en écarte, elle s'en explique (al. 2). En examinant si une augmentation de prix est abusive, le Surveillant tient compte des intérêts publics supérieurs qui peuvent exister (al. 3).

**4.2.5** La LAMal prescrit à l'art. 43 al. 4 et 6 les principes de la tarification tels le respect des règles applicables en économie d'entreprise et l'adéquation de la structure tarifaire, ainsi que le fait de veiller à ce que les soins soient appropriés et leur qualité de haut

niveau, tout en étant le plus avantageux possible (conditions d'économicité). Le Conseil fédéral peut établir des principes visant à ce que les tarifs soient fixés d'après les règles d'une saine gestion économique et structurés de manière appropriée; il peut aussi établir des principes relatifs à leur adaptation. Il veille à la coordination de ces tarifs avec les régimes tarifaires des autres assurances sociales (art. 43 al. 7 LAMal).

La neutralité des coûts, désormais explicitement inscrite à l'art. 59c al. 1 let. c de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2007, exige qu'un changement de modèle tarifaire n'entraîne pas de coûts supplémentaires. Elle découle du principe d'économicité énoncé à l'art. 43 al. 6 et 7 LAMal et consiste dans une disposition contraignante de la LAMal (cf. décision non publiée du Conseil fédéral du 18 octobre 2000 en la cause concernant les prestations de physiothérapie dans les cantons d'Appenzell Rhodes-Intérieures et Rhodes-extérieures, p. 20, confirmée par la décision du 1<sup>er</sup> octobre 2004 en la cause santésuisse contre Gouvernement du canton de Soleure publiée dans RAMA 6/2004, p. 502 consid. 7.2).

## 5.

**5.1** Le Conseil fédéral a approuvé, le 30 septembre 2002, la nouvelle structure tarifaire unifiée TARMED, ainsi que, les 13 mai et 5 juin 2002, respectivement les conventions cadre CCT H+ et CCT FMH. La présente occurrence concerne la fixation de la valeur du point TARMED pour les prestations ambulatoires à charge de l'assurance obligatoire des soins des cliniques privées du canton de Fribourg pour l'année 2007.

santésuisse, d'une part, et les hôpitaux publics et les cliniques privées du canton de Fribourg, d'autre part, ont, par accord du 14 juillet 2004, fixé la valeur initiale du point tarifaire à 97 centimes en tiers garant, 92 centimes en tiers payant dans le cas du service psychosocial. Le 27 juin 2005, santésuisse a toutefois résilié ce contrat avec effet au 31 décembre 2005. Alors qu'avec les hôpitaux publics du canton de Fribourg santésuisse a pu stipuler pour 2007 une valeur de point de 85 centimes en tiers garant et de 81 centimes en tiers payant dans les cas des services psychosocial et pédopsychiatrique, les négociations entreprises avec les cliniques privées fribourgeoises n'ont pas abouti.

Après avoir invité les parties à prendre position et consulté la Surveillance des prix, le Conseil d'État du canton de Fribourg, par ordonnance du 26 février 2008 et en application de l'art. 47 al. 1 LAMal, a fixé la valeur du point TARMED pour les prestations ambulatoires des cliniques privées du canton de Fribourg pour l'année 2007 à 94 centimes en tiers garant.

**5.2** Le Gouvernement fribourgeois a souligné que le coût ambulatoire par assuré aurait gonflé en raison de l'augmentation des prestations ambulatoires, considéré que l'éventail des prestations fournies par les cliniques privées était suffisamment vaste pour exclure le risque d'une tarification par spécialité et déclaré s'être essentiellement fondé sur la comptabilité analytique des cliniques privées fribourgeoises et la valeur moyenne du point sur le plan national.

La recourante, pour sa part, s'est tout d'abord plainte d'une violation de son droit d'être entendu. A titre principal, elle a avancé que le spectre des prestations dispensées par les cliniques était restreint et que leur reconnaître une communauté tarifaire propre revenait, dans cette mesure, à attribuer une valeur de point par spécialité, ce qui serait contraire aux recommandations du Conseil fédéral et de la Surveillance des prix. Elle a ainsi conclu à ce que la valeur du point soit fixée à 85 centimes en tiers garant pour l'ensemble des établissements hospitaliers du canton.

Interpellée par le Gouvernement fribourgeois, la Surveillance des prix a également conclu, à l'exemple de la recourante, à une fixation de la valeur du point à 85 centimes en tiers garant. Elle a notamment précisé que le fait que les investissements des cliniques privées ne sont pas subventionnés par les pouvoirs publics ne justifie pas une différenciation des valeurs de point des hôpitaux publics et privés s'agissant des prestations ambulatoires, parce que dans ce secteur les tarifs sont censés couvrir les coûts complets.

Invité à s'exprimer par l'autorité de céans, l'OFSP s'est rallié à l'avis et aux conclusions de la Surveillance des prix.

Enfin, l'Hôpital Daler et la Clinique Générale Garcia-St-Anne S.A. ont requis le rejet du recours et la confirmation de la décision attaquée. Les intimés ont considéré que la valeur du point fixée par le Gouvernement fribourgeois correspond au niveau moyen suisse et est

justifiée au regard de leurs coûts ainsi que du fait qu'elles ne bénéficient d'aucun subventionnement étatique contrairement aux hôpitaux publics. Ils ont avancé qu'une communauté tarifaire distincte était dès lors nécessaire et avait d'ailleurs été générée par la recourante même.

## 6.

La recourante a fait valoir, dans son écriture de recours (p. 10 pt. 17), une violation de son droit d'être entendu. Ce droit est une garantie constitutionnelle de caractère formel consistant dans le droit du particulier de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 123 I 63 consid. 2a p. 66; 123 II 175 consid. 6c p. 183 /184; 122 I 53 consid. 4a p. 55, 109 consid. 2a et b p. 112; 122 II 274 consid. 6b p. 286, 464 consid. 4a p. 469; 122 V 157 consid. 1a p. 158). Sa violation entraîne généralement l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond (ATF 127 V 437 consid. 3d/aa, 126 V 132 consid. 2b et réf. cit.). Toutefois, pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière, une telle violation est réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours (ATF 127 V 437 consid. 3d/aa, 126 I 72, 126 V 132 consid. 2b et réf. cit.).

Le Tribunal de céans note qu'en l'espèce santésuisse s'est exprimée devant le Conseil d'Etat du canton de Fribourg, notamment par courriel du 22 novembre 2007. En outre, force est de constater que santésuisse était au courant de l'existence des déterminations des intimées (du fait que toutes les parties avaient été invitées par le Conseil d'Etat à se prononcer), mais elle n'a pas formellement demandé d'en prendre connaissance. De plus, si la recourante n'a pas pu se déterminer sur les écritures et pièces déposées par les cliniques privées fribourgeoises devant l'autorité inférieure, elle a toutefois pu le faire à réitérées reprises devant le Tribunal de céans dans le cadre de la présente procédure de recours; aussi, même si le droit d'être entendu de la recourante avait été violé devant l'instance inférieure, un renvoi de la cause pour des motifs d'ordre formel doit être exclu par économie de procédure, dans la mesure où le vice a été guéri en procédure de recours et que cela retarderait inutilement un jugement définitif sur le litige (cf. ATF 132 V 387 consid. 5.1).

## 7.

**7.1** Le Conseil d'Etat du canton de Fribourg, en attribuant une valeur de 94 centimes en tiers garant au point TARMED des prestations ambulatoires des cliniques privées du canton pour l'année 2007, a érigé ces dernières en communauté tarifaire propre.

Or, selon la recommandation du 30 septembre 2002 du Conseil fédéral (pce 7 jointe au recours, p. 2), émise à l'attention des partenaires tarifaires et des gouvernements cantonaux, et de la jurisprudence rendue par celui-ci ultérieurement (cf. notamment décision du 10 octobre 2004 du Conseil fédéral dans la cause opposant santésuisse au Gouvernement du canton de Soleure, RAMA 6/2004, p. 302; décision du 12 avril 2006 du Conseil fédéral non publiée concernant les cliniques privées du canton de Zurich), il doit autant que possible n'y avoir qu'un unique tarif par canton. Il est de plus expressément précisé, dans la recommandation du 30 septembre 2002, qu'il ne devait pas être fixé de valeur de point par spécialité et que des valeurs de point pour des fournisseurs de prestations ou groupe de fournisseurs de prestations particuliers sont à éviter dans le domaine hospitalier ambulatoire. La convention de neutralité des coûts, adoptée par les partenaires tarifaires en 2002, prévoyait au surplus qu'en principe il y aurait une communauté tarifaire pour les médecins avec cabinet et une communauté tarifaire pour les hôpitaux par canton. C'est donc en cela que consiste principalement l'esprit du TARMED, les principes d'économie d'entreprise auxquels se réfère ce dernier n'étant pris en considération que dans un second temps. Il est le lieu de relever que les hôpitaux publics et les cliniques privées du canton de Fribourg étaient d'ailleurs, jusqu'au 31 décembre 2005, réunis dans une seule et même communauté tarifaire.

La création d'une communauté tarifaire propre reste néanmoins possible à condition qu'elle soit objectivement justifiée. Il faut en particulier que les établissements qui en feraient partie offrent une palette assez large de prestations pour éviter le risque d'une tarification par spécialité (ibidem).

**7.2** En l'espèce, les cliniques privées du canton de Fribourg ne sont certes pas des instituts spécialisés dans des interventions très spécifiques et limitées, il n'en demeure pas moins qu'elles ne couvrent pas autant de domaines que les établissements publics du canton,

tant s'en faut. Aucun des intimés n'offre en particulier de prestations dans les domaines de la pneumologie, la cardiologie (médecine), l'hématologie, la psychiatrie et les traumatologies multiples et complexes graves, les brûlures et la radiothérapie (cf. l'annexe à l'ordonnance du 31 mars 2008 fixant la liste des hôpitaux du canton de Fribourg du Conseil d'Etat du canton de Fribourg, pce 22 jointe au recours, pt. 2.5 et 2.6, cf. également pce 23 jointe au recours). Bien qu'elle ne concerne formellement que l'activité stationnaire des hôpitaux concernés, cette liste influence leur activité ambulatoire parce qu'il n'est pas vraisemblable qu'un hôpital offrant un service stationnaire n'ait pas le correspondant au niveau des soins ambulatoires. Sous cette réserve, la liste des hôpitaux du canton de Fribourg telle qu'elle a été approuvée par le Conseil d'Etat peut servir d'indice pour retenir que les cliniques intimées n'offrent pas un éventail suffisamment large pour pouvoir constituer une communauté tarifaire à part entière.

Même en faisant abstraction de cette liste, on n'arriverait pas à une conclusion différente. Comme l'a relevé l'OFSP, les intimés concentrent 51% de leurs prestations ambulatoires dans trois chapitres seulement (ophtalmologie, anesthésie et imagerie médicale), le chapitre de l'imagerie médicale représentant à lui-seul 25% du total des prestations fournies (cf. pce 26 TAF). Il convient de noter enfin que le volume des prestations des cliniques privées ne représente somme toute que près de 10% du volume total des prestations ambulatoires fournies par l'ensemble des établissements hospitaliers fribourgeois (cf. pce 18 jointe au recours). Force est dès lors pour l'autorité de céans d'admettre que l'éventail des prestations dispensées par les intimés est largement restreint et bien moins important que celui des hôpitaux publics.

**7.3** Le Tribunal de céans considère, dans cette mesure, à l'instar de la recourante, de la Surveillance des prix et de l'OFSP, que les cliniques privées du canton de Fribourg ne peuvent constituer une communauté tarifaire propre et qu'il conviendrait dès lors – sur le principe – de leur attribuer une même valeur de point. La décision litigieuse est ainsi contraire à l'esprit du TARMED, aux recommandations du Conseil fédéral et de la Surveillance des prix, ainsi qu'à la jurisprudence rendue par le Conseil fédéral depuis l'introduction du système (cf. décision du 10 octobre 2004 du Conseil fédéral dans la cause opposant santésuisse au Gouvernement du canton de Soleure, RAMA

6/2004, p. 302; décision du 12 avril 2006 du Conseil fédéral non publiée concernant les cliniques privées du canton de Zurich; décision du 23 mars 2005 du Conseil fédéral non publiée concernant les cliniques privées du canton de Berne).

## **8.**

La décision attaquée doit être annulée aussi pour une deuxième raison.

**8.1** Par l'ordonnance litigieuse, le Conseil d'Etat de canton de Fribourg entendait, au demeurant, décider une augmentation pour 2007, par rapport à 2006 (cf. pce 32, pce 1 jointe au recours et pce 11 jointe au recours, annexe A), de la valeur du point TARMED des prestations ambulatoires fournies par les cliniques privées du canton.

Or, le principe de la neutralité des coûts ancré à l'art. 59c OAMal dispose qu'un changement de modèle tarifaire ne doit pas entraîner de surcoût ni d'indemnités supérieures pour les prestations fournies, dès lors que la qualité et la quantité des prestations fournies restent quasiment identiques à celles qui étaient délivrées sur la base de l'ancien modèle. La neutralité des coûts consiste à cet égard dans une disposition contraignante. Le principe d'économie figurant aux art. 43 al. 6 et 46 al. 4 LAMal prescrit de plus à l'autorité chargée de décider de la valeur du point TARMED de veiller à ce que les soins soient appropriés et leur qualité de haut niveau, tout en étant le plus avantageux possible (cf. supra 4.2.5). En vertu de ces principes, une augmentation de la valeur du point TARMED n'est donc possible que si elle est objectivement justifiée.

**8.2** En application de l'art. 14 al. 1 et 2 in initio LSPr, l'autorité législative ou exécutive de la Confédération, d'un canton ou d'une commune compétente qui entend décider ou approuver une augmentation de prix proposée par les parties à un accord en matière de concurrence ou par une entreprise puissante sur le marché doit au préalable prendre l'avis du Surveillant des prix (cf. supra 4.2.4). Or, il est patent et incontesté que les cliniques privées fribourgeoises constituent des entreprises majeures sur le marché cantonal, les prix des prestations hospitalières en Suisse n'étant manifestement pas le résultat d'une concurrence efficace au sens de l'art. 12 LSPr. Le Conseil d'Etat du canton de Fribourg devait donc, avant de prendre une décision, requérir l'avis du Surveillant des prix et en faire mention

dans son ordonnance (cpr. FF 1992 I 162, ainsi que la pratique constante du Conseil fédéral: cf. RAMA 6/1997 348 s. cons. 4). L'avis de la Surveillance des prix, sans consister dans une expertise au sens de l'art. 12 let. e PA (cpr. ATF 123 V 331 consid. 1.b et PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: WALDMANN/WEISSENER, Praxis-kommentar VwVG, Zurich 2009, [im Folgenden: Praxiskommentar VwVG], Art. 12 n° 147), est néanmoins qualifiée d'expertise administrative fédérale émanant d'un organe spécialisé (cpr. RAMA 6/1997 353 consid. 4.6; RAMA 4/2002 309 consid. 4.3; GEBHARD EUGSTER in: ULRICH MEYER, Soziale Sicherheit, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, V. XIV, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2007, n° 935). L'autorité qui entend s'écarter d'une recommandation de la Surveillance des prix, doit par voie de conséquence faire valoir des motifs objectifs et les expliciter clairement.

En l'occurrence, l'autorité inférieure a bien requis l'avis du Surveillant et l'a mentionné dans son ordonnance du 26 février 2008. Or, la Surveillance des prix, dans sa recommandation du 2 novembre 2007, a préconisé une valeur du point TARMED à 85 centimes en tiers garant. Il reste donc à voir si les motifs invoqués par le Conseil d'Etat suffisent à fonder une augmentation de la valeur du point TARMED à 94 centimes en tiers garant, s'ils peuvent – exceptionnellement – motiver une différence de prix entre hôpitaux publics et cliniques privées (appartenant sur le principe à une seule et même communauté tarifaire) et s'ils sont d'une pertinence telle qu'ils justifient que l'on s'écarte des conclusions prises par l'organe spécialisé.

**8.3** La Clinique Générale Garcia-St-Anne S.A., dans sa détermination du 23 juin 2008, a exposé que les coûts d'exploitation des hôpitaux publics comprennent une part de subventionnement étatique, qui se répercute sur les prestations fournies par ces institutions, ce qui empêche toute comparaison des coûts et justifie des valeurs de point différenciées. Ce grief est infondé déjà parce qu'il n'est pas apporté la preuve que les hôpitaux publics fribourgeois sont financés par les pouvoirs publics. En outre, comme l'a relevé la Surveillance des prix dans sa recommandation du 2 novembre 2007, le fait que les investissements des cliniques privées ne soient pas subventionnés par les pouvoirs publics ne justifie pas une différenciation des valeurs de point des hôpitaux publics et privés s'agissant des prestations ambulatoires, parce que dans ce secteur les tarifs sont censés couvrir les coûts complets. La structure TARMED est en effet fondée sur un

calcul des coûts complets et inclut donc les coûts d'investissements (RAMA 6/2004 p. 515). L'art. 49 al. 1 LAMal dispose d'ailleurs expressément que le subventionnement des coûts d'investissements des hôpitaux publics ne concerne que le domaine stationnaire. L'autorité inférieure, dans la décision querellée, l'a en outre explicitement concédé.

Les intimées font également valoir que les chiffres ressortant de leur comptabilité analytique prouveraient une augmentation des volume et coût par assuré de l'activité ambulatoire hospitalière. Il se justifierait dès lors de reconnaître une valeur de point bien supérieure à 85 centimes. Or, ces données n'ont pas été fournies dans leur intégralité mais sont simplement alléguées. Elles ne peuvent donc pas fonder une telle différence de prix au sein d'un même canton. Il est le lieu de relever qu'au moment de l'introduction du TARMED, sous le régime tarifaire du catalogue des prestations hospitalières, les cliniques privées fribourgeoises appliquaient la même valeur de point que les hôpitaux publics. En ces circonstances, il n'est pas compréhensible pour quelles raisons en si peu de temps les coûts des cliniques privées seraient augmentés plus que pour les hôpitaux publics.

En outre, la référence à la valeur moyenne suisse de 94 centimes ne saurait en aucun cas consister dans un critère objectif pertinent, puisque par définition elle n'est pas le fruit d'un calcul fondé sur des données du canton; elle peut tout au plus servir d'indice. Il convient de noter à toutes fins utiles que le Conseil fédéral, dans sa recommandation du 30 septembre 2002 émise à l'attention des partenaires tarifaires et des gouvernements cantonaux (pce 7 jointe au recours, p. 2), a précisé que la valeur du point devait rester bien au-dessous du franc.

Force est dès lors pour l'autorité de céans de reconnaître que les motifs invoqués par le Conseil d'Etat du canton de Fribourg ne justifient pas que l'on s'écarte de la recommandation de la Surveillance des prix et que l'on fixe une valeur du point TARMED pour les prestations ambulatoires différencié pour les hôpitaux publics et les cliniques privées du canton de Fribourg.

## **9.**

Le recours du 21 avril 2008 doit, dès lors, être admis et la décision du 26 février 2008 de l'autorité inférieure réformée, en ce sens que la

valeur du point TARMED pour les prestations ambulatoires à charge de l'assurance obligatoire des soins des cliniques privées du canton de Fribourg pour l'année 2007 est fixée – comme pour les hôpitaux publics du canton et conformément à la recommandation de la Surveillance des Prix – à 85 centimes en tiers garant.

Partant, dans la mesure où les partenaires tarifaires avaient – dans leur "accord [du 7 février 2007] sur une valeur du point provisoire TARMED (jusqu'à droit connu sur la valeur définitive du point)" – stipulé une valeur de point provisoire de 85 centimes en tiers payant (cf. supra 2), les assurances-maladie n'ont pas à verser d'appoint aux intimés pour l'année 2007 (cf. art. 2 du dispositif de la décision du 26 février 2008 du Conseil d'État du canton de Fribourg).

## **10.**

**10.1** En vertu de l'art. 63 al. 1 PA, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. Toutefois, aucun frais de procédure ne peut en principe être mis à la charge de l'autorité inférieure (art. 63 al. 2 PA). En l'occurrence, la recourante obtenant gain de cause, les frais de procédure de Fr. 4'000.- doivent être mis à la charge des intimés (solidairement). L'avance de frais de Fr. 4'000.- versée par la recourante dans le cadre de l'instruction doit lui être remboursée.

**10.2** Les art. 64 PA et 7 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF; RS 173.320.2), permettent au Tribunal d'allouer à la partie ayant obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. En l'espèce, au vu du travail accompli par le mandataire de la recourante, il se justifie de lui allouer une indemnité à titre de dépens de Fr. 4'000.- (TVA comprise) à la charge des l'intimés.

## **11.**

La présente décision est définitive. En effet, en application de l'art. 83 let. r de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), les décisions en matière d'assurance-maladie rendues par le Tribunal administratif fédéral ne peuvent pas être attaquées devant le Tribunal fédéral (lors même que l'art. 34 LTAF, auquel se réfère l'art. 83 let. r LTF, a été abrogé le 1<sup>er</sup> janvier 2009 et remplacé par les art. 53 al. 1 et 90a LAMal).

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est admis. La décision du 26 février 2008 du Conseil d'État du canton de Fribourg est réformée en ce sens que la valeur du point TARMED pour les prestations ambulatoires à charge de l'assurance obligatoire des soins de la Clinique Générale Garcia-St-Anne SA et de l'Hôpital Daler pour l'année 2007 est fixée à 85 centimes en tiers garant.

**2.**

Les frais de procédure de Fr. 4'000.- sont mis solidairement à la charge de la Clinique Générale Garcia-St-Anne SA et de l'Hôpital Daler. L'avance de frais de Fr. 4'000.- fournie par santésuisse lui est remboursée.

**3.**

Une indemnité de dépens de Fr. 4'000.- (TVA comprise) est allouée à santésuisse, les assureurs-maladie suisses, à charge de la Clinique Générale Garcia-St-Anne SA et de l'Hôpital Daler.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire)
- aux intimés 1 et 2 (Actes judiciaires; annexes: bulletins de versement)
- à l'autorité inférieure (Acte judiciaire)
- à l'Office fédéral de la santé publique (Recommandé)
- à la Surveillance des prix (Recommandé)

Le président du collège :

Le greffier :

Francesco Parrino

Yann Hofmann

Expédition :