

**POLYPRAGMASIE
ANALYSE D'UNE PROCEDURE CONTROVERSEE***

Valérie JUNOD

Avocate, maître-assistante à la Faculté de Droit de Genève

1.	INTRODUCTION: LES COÛTS DE LA SANTE
2.	LES CONDITIONS MATERIELLES D'UNE ACTION EN POLYPRAGMASIE
2.1	Les bases légales et le rôle de la jurisprudence fédérale.....
2.2	La définition jurisprudentielle de la polypragmasie.....
2.3	Les méthodes admises par la jurisprudence.....
2.3.1	La méthode analytique
2.3.2	La méthode statistique
2.3.3	Choix de la méthode
2.4	Factures constituant le pool des données
2.5	Composition du groupe de comparaison
2.5.1	La spécialité FMH.....
2.5.2.	Le canton du cabinet médical.....
2.5.3.	Un seuil minimal d'activités
2.6	Compensation des postes.....
2.7	Marge de tolérance
2.8	Particularités de la pratique médicale
2.8.1	Fardeau de la preuve
2.8.2	Particularités pertinentes
2.8.3	L'outil ANOVA et l'ajustement automatique selon l'âge et le sexe
2.8.4	Particularités non prises en compte.....
2.8.5	Autre justification: l'accord de la caisse

* Cet article est l'aboutissement de deux conférences organisées en 2007 par la Faculté de droit de l'Université de Genève, respectivement par santésuisse.

Je remercie Monsieur Nello Castelli, Délégué aux Relations publiques de santésuisse, pour les nombreuses informations et remarques fournies lors de l'élaboration de cet article. Mes remerciements vont également à Tony Reynard pour ses commentaires critiques.

2.9	Montant à payer par le médecin
2.10	Les critiques
	2.10.1 La qualité des soins
	2.10.2 Le degré de gravité des maladies traitées.....
	2.10.3 Le respect des directives
	2.10.4 Les patients non pris en compte
	2.10.5 Composition du groupe de référence
	2.10.6 ANOVA: la boîte noire
	2.10.7 La stigmatisation
	2.10.8 Base légale pour le paiement des frais induits
3.	LA PROCEDURE
3.1	La répartition du fardeau de la preuve et les moyens de preuve
3.2	Les juridictions compétentes
3.3.	Les parties à la procédure judiciaire
3.4	Les délais
3.5	Le recours fédéral
3.6	Les intérêts moratoires et les dépens
3.7	Les chiffres de santésuisse
3.8	Les critiques
	3.8.1 Une contrainte excessive.....
	3.8.2 Des délais trop brefs.....
	3.8.3 L'accès aux données
4.	LES AUTRES SANCTIONS EN RAPPORT AVEC LA POLYPRAGMASIE
4.1	Le non-remboursement de factures individuelles
4.2	L'avertissement et l'amende
4.3	L'exclusion du système LAMal
4.4.	Les éventuelles sanctions pénales
5.	RECOMMANDATIONS

1. INTRODUCTION: LES COÛTS DE LA SANTE

En 2005, les coûts globaux de la santé se sont élevés, en Suisse, à 52,9 milliards de francs, ce qui correspond à 11,6% du produit intérieur brut¹. Ces coûts augmentent à un rythme annuel d'environ 4% depuis 2000². La Suisse est, après les Etats-Unis, le pays qui, par habitant, dépense le plus pour la santé³.

Sur ces 52,9 milliards, moins d'un tiers – 20,4 milliards⁴ – a été facturé à l'assurance-maladie obligatoire. Il s'agit là des dépenses que les caisses-maladie sont obligées de rembourser. Les principaux postes sont les hôpitaux (CHF 6,8 milliards ou 38%), les médecins hors hôpitaux (4,6 milliards ou 23%⁵) et les médicaments (4,3 milliards ou 21%)⁶. Ces quelques 20 milliards représentent un coût par assuré de CHF 2'741⁷. Les chiffres provisoires pour 2006 sont proches des montants de 2005⁸.

L'assurance-maladie obligatoire est financée principalement par les primes des assurés (à raison de 19,3 milliards en 2006⁹), par les franchises et les quotes-parts qui restent à charge des assurés (à raison de 3 milliards), et par les contributions de la

¹ Cf. Communiqué de presse de l'Office fédéral de la statistique (OFS), Coût et financement du système de santé en 2005, 53 milliards pour la santé (8 février 2007). Il s'agit des données les plus récentes de l'OFS au 1er novembre 2007.

² Id. La hausse annuelle a longtemps été plus forte (5.4%, moyenne calculée à partir de 1998) pour les coûts à charge de l'assurance-obligatoire de soins (AOS). Cf. santésuisse, Les coûts de l'assurance-maladie dépassent 20 milliards de francs (juin 2006). Cependant, ces dernières années, le taux moyen de croissance des coûts AOS a ralenti (3,8% chaque année, depuis 2003). Cf. santésuisse, Commentaire concernant l'évolution des coûts, p.9 (septembre 2007).

³ En 2005, les Etats-Unis ont consacré 15,3% de leur PIB aux frais de santé. Communiqué de l'OFS, cité sous note 1.

⁴ Cf. document de santésuisse de juin 2006, cité sous note 2. En 1997, les coûts de l'AOS ne s'élevaient qu'à 12,9 milliards. En 2005, sans la participation aux frais des assurés, les coûts AOS se sont élevés à 17,4 milliards.

⁵ Sur le total des coûts de la santé 2005 (52,9 milliards), les dépenses de soins fournis par les médecins (hors hôpitaux) s'élevaient à CHF 7,3 milliards. Document OFS du 8 février 2007, cité sous note 1, p.7. Entre 2001 et 2006, les coûts AOS des médecins en ambulatoire sont passés de CHF 4 milliards à 4,6 milliards. Cf. Office fédéral de la santé publique (OFSP), Graphiques et tableaux relatifs à l'évolution des coûts dans l'assurance obligatoire des soins 2001-2006, p.5 (septembre 2007).

⁶ Cf. santésuisse, papier de positionnement, prix des médicaments (23.3.2007).

⁷ Sur la première partie de 2007, chaque assuré a engendré en moyenne des dépenses de CHF 2'870.-, dont CHF 1'094 pour les hôpitaux, CHF 668.- pour les médecins (hors hôpitaux), et CHF 585.- pour les médicaments. Cf. OFSP, Monitoring de l'évolution des coûts de l'assurance-maladie, groupe de coûts par canton, coûts bruts (AOS) par assuré.

⁸ L'OFS et l'OFSP n'ont pas encore fourni de chiffres définitifs pour 2006. En revanche, les chiffres de santésuisse indiquent un coût global AOS de CHF 20,6 milliards pour 2006, représentant une hausse (par assuré) de 2,2% par rapport à 2005. Cf. santésuisse, Commentaire cité sous note 2. Les statistiques de santésuisse et celles de l'OFSP présentent toujours de légères différences, d'où les petites contradictions dans les chiffres avancés dans cet article.

⁹ Cf. OFSP, Graphiques cités sous note 5.

Confédération et des cantons servant à subventionner le paiement des primes de 30% de la population¹⁰.

Si la part étatique est en diminution depuis 2002, les primes payées par les assurés n'ont cessé d'augmenter¹¹. Cette forte croissance a des conséquences sociales et politiques majeures. D'une part, une proportion non négligeable de la population peine à payer ses primes ou ne les paie plus régulièrement, s'exposant au risque de ne plus être médicalement couvert¹². D'autre part, les pressions politiques suscitent diverses initiatives visant à altérer le cadre légal actuel, comme dernièrement, l'initiative sur la caisse-maladie unique rejetée en votation populaire du 11 mars 2007¹³.

Dans ce contexte tendu, l'Etat et les caisses-maladie s'efforcent de contrôler l'offre comme la demande de soins. De nombreuses mesures ont été prises pour "rationaliser" – c'est-à-dire souvent diminuer – l'offre de soins: numerus clausus en faculté de médecine¹⁴, clause du besoin pour l'installation de cabinets privés de médecins¹⁵, fermeture de lits d'hôpitaux pour ne citer que quelques exemples. D'autres procédés visent à geler ou faire baisser le coût des prestations: neutralité des coûts, baisse du point tarifaire pour les analyses de laboratoire¹⁶, quote-part différenciée et diminution du prix des médicaments.

¹⁰ En 2005, un peu plus de CHF 3 milliards a été consacré à la réduction des primes; 2,2 millions d'assurés en ont bénéficié. Cf. OFSP, statistique de l'assurance-maladie obligatoire 2005 (2007), p.25; OFSP, Fiche d'information sur la réduction des primes (22 décembre 2006). Cf. aussi article 66 LAMal. A Genève, voir les articles 19 à 34 de la loi genevoise d'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LaLAMal) du 29 mai 1997 (J 3 05).

¹¹ Les primes AOS ont progressé de 4% entre 2005 et 2006. Entre 1999 et 2006, elles ont progressé de 51%. Cf. OFS, communiqué de presse, La hausse de 3,7% des primes entre 2005 et 2006 réduit de 0,3% la progression du revenu disponible (1^{er} décembre 2006).

¹² Cf. CDS (Conférence suisse des directrices et directeurs et cantonaux de la santé), Quand les assureurs-maladie suspendent leurs prestations: nature et ampleur de la problématique (7 mars 2007). Selon santésuisse: "[o]n estime ainsi à plus de 400 millions de francs les arriérés de primes et à plus de 500 000 le nombre de poursuites engagées chaque année. Selon une enquête de la CDS, 120 000 personnes sont concernées par une suspension de la prise en charge des coûts des prestations." Révision de l'art. 64a LAMal – suspension de la prise en charge des coûts pour les prestations fournies (24 avril 2007).

¹³ Sur cette votation, voir par exemple les explications de l'OFSP sur: <http://www.bag.admin.ch/einheitskasse/index.html?lang=fr> et le Message du Conseil fédéral du 9 décembre 2005 (objet 05.089), FF 2006 p.725.

¹⁴ Sur les tests d'aptitude introduits à l'entrée de certaines facultés de médecine, voir par exemple le document récapitulatif de l'Université de Fribourg, FAQ: test d'aptitudes et numerus clausus (sur Internet).

¹⁵ Art. 55a LAMal et Ordonnance du 3 juillet 2002 sur la limitation de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire (RS 832.103); Commentaires de l'OFAS sur l'application de l'article 55a LAMal; Feuille d'information de l'OFAS suite à la conférence de presse du 3 juillet 2002. Voir aussi l'arrêt genevois A/1789/2005 – ATAS/327/2007 du 26 mars 2007 et l'arrêt 9C_292/2007 du TF du 29 octobre 2007.

¹⁶ Cf. OFSP, Communiqué de presse du 9 novembre 2005, Coûts de la santé: 86 millions de francs d'économies. La valeur du point a été abaissée de 1 franc à 90 centimes avec effet au 1^{er} janvier 2006.

La pratique ambulatoire des médecins est depuis 2004 basée sur le tarif TARMED¹⁷. Si les actes ambulatoires du médecin ne peuvent être facturés aux patients et aux caisses-maladie que pour le montant fixé par la convention et le tarif TARMED, le choix des actes thérapeutiques reste en premier lieu du ressort du médecin. Le *contrôle de l'économicité* institué par la LAMal restreint toutefois cette liberté du médecin, puisque celui qui opte pour un volume de soins nettement supérieur à celui de ses collègues s'expose à devoir payer la différence aux assureurs.

Cet article a pour objet de décrire les règles régissant ce contrôle de l'économicité, aussi désigné par le terme "polypragmasie"¹⁸ ou, en allemand, "Überarztung"¹⁹. L'article débute par un bref rappel historique puis analyse les conditions matérielles développées par la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances²⁰ sur la base de l'article 56 LAMal. La partie suivante traite de la procédure judiciaire contre un médecin polypragmasique. La troisième partie de l'article décrit les autres sanctions auxquelles le médecin est exposé. Les critiques de la littérature juridique et médicale à l'encontre du présent système sont évoquées aux chapitres 2.10. et 3.8. La conclusion suggère quelques pistes pour améliorer le système.

2. LES CONDITIONS MATERIELLES D'UNE ACTION EN POLYPRAGMASIE

2.1. Les bases légales et le rôle de la jurisprudence fédérale

L'assurance-maladie est devenue obligatoire pour toute la Suisse avec l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996 de la Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994

¹⁷ Chaque acte du médecin est tarifé et ne peut être facturé que selon le point indiqué dans la convention TARMED. Pour donner un exemple, la première consultation de 5 minutes (position 00.0010) vaut 9,57 points. Si la consultation doit durer plus longtemps (position 00.0020), les 5 prochaines minutes valent également 9,57 points. Dans le canton de Genève, le point vaut 96 centimes; dans le canton de Berne, il vaut 86 centimes; dans le canton de Zurich, 90 centimes; au Tessin: 97 centimes. Voir Conférence des sociétés cantonales de médecine, valeur du point TARMED LAMal au 1 janvier 2007.

¹⁸ Le terme "polypragmasie" est une création suisse aux origines peu claires. Etymologiquement, le terme renvoie à plusieurs (poly) faits/actions (pragma). On trouve aussi dans la littérature l'expression "contrôle EAE" ou "contrôle Efficacité, Adéquation, Economie" (en allemand: WZW pour "*Wissenschaftlichkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit*"). Cette expression est toutefois imprécise en ce sens que la polypragmasie vise l'économicité du traitement, et pas nécessairement son efficacité ou son adéquation.

¹⁹ Le contrôle de l'économicité sous l'empire de la loi fédérale sur l'assurance-accident, au demeurant peu fréquent dans la pratique, n'est pas examiné ici. A ce propos, voir François-X. Deschenaux, Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie sociale, en particulier en ce qui concerne le médecin, dans les *Mélanges pour le 75ème anniversaire du Tribunal fédéral des assurances*, Berne 1992, p. 530.

²⁰ Le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a été intégré au Tribunal fédéral (TF) au 1^{er} janvier 2007.

(LAMal)²¹. Auparavant, la Loi fédérale du 13 juin 1911 sur l'assurance-maladie (aLAMA²²) régissait le domaine sans toutefois imposer la couverture universelle.

L'article 23 aLAMA²³, dans sa version de 1964, stipulait: "Lorsqu'ils traitent des assurés, leur prescrivent ou fournissent des médicaments, prescrivent ou appliquent des traitements scientifiquement reconnus ou font des analyses, les médecins, les pharmaciens, les chiropraticiens, les sages-femmes, le personnel paramédical, les laboratoires et les établissements hospitaliers *doivent se limiter à ce qui est exigé par l'intérêt de l'assuré et par le but du traitement.*"²⁴

La LAMal s'est inspirée de cette règle et de la jurisprudence y afférente pour adopter le nouvel article 56²⁵, lequel prévoit dans sa partie pertinente (alinéas 1 et 2):

¹ Le fournisseur de prestations doit *limiter ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement.*

² La rémunération des prestations qui dépassent cette limite peut être refusée. Le fournisseur de prestations peut être *tenu de restituer les sommes reçues à tort* au sens de la présente loi. Ont qualité pour demander la restitution:

²¹ Message du Conseil fédéral du 6 novembre 2001 (FF 1992 I 77).

²² Le 10 décembre 1906, le Conseil fédéral publiait son message relatif à l'ancienne LAMA. La loi fut adoptée par les Chambres le 13 juin 1911 et approuvée par le peuple en référendum en 1912. Elle entrât en vigueur en 1914. Elle fut révisée le 13 mars 1964 (messages du Conseil fédéral du 5 juin 1961 et du 16 novembre 1962, FF 1961 I 1425 et FF 1962 p.1252) avec effet au 1^{er} janvier 1965.

²³ Sur l'application de l'article 23 aLAMA, voir ATF 99 V 193 du 5 novembre 1973. Sur la reprise, sous l'égide de la LAMal de la jurisprudence basée sur l'article 23 aLAMA, voir l'ATF 127 V 281 (K 139/00), l'arrêt K 150/03 (partiellement publié sous ATF 130 V 377), l'arrêt K 113/03, consid. 8. Voir également le commentaire de l'arrêt K 139/00 par Jean-Louis Duc, PJA 2002 p.76-81.

²⁴ Mise en évidence de l'auteur.

²⁵ La LAMal du 18 mars 1994 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996. Dans la version de la loi proposée par le Conseil fédéral dans son message du 6 novembre 1991, le texte de l'article 56 finalement adopté figurait à l'article 48 (cf. FF 1992 p.260). Il n'y a pratiquement pas eu de changement entre la version proposée par le Conseil fédéral et la version finalement adoptée. Les très brèves explications du Conseil fédéral afférentes à la disposition ne permettent guère d'éclairer son sens.

Lors des débats parlementaires de 2003 relatifs à la 2^{ème} révision de la LAMal (projet 00.079), le Conseil des Etats avait proposé d'ajouter un nouvel alinéa 6 à l'article 56. Cet alinéa aurait stipulé:

"Si, en se fondant sur des données statistiques, un assureur prouve que, en matière d'exams, de traitements ou de soins d'assurés, un fournisseur de prestations dépasse considérablement les valeurs moyennes en comparaison des autres fournisseurs, et que le fournisseur de prestations ne peut pas apporter la preuve que cette situation est due à d'importantes différences dans la typologie de ses patients, l'assureur peut, en plus d'une demande de remboursement selon l'alinéa 2, exiger à l'avenir de ce fournisseur une baisse du tarif ou l'application d'un autre tarif."

En dépit de l'opposition du Conseil fédéral, cette nouvelle clause avait été approuvée en mars 2003 par le Conseil des Etats, puis en juin 2003 par le Conseil national. Cependant, fin décembre 2003, le Conseil national, ne parvenant pas à concilier ses divergences avec le Conseil des Etats et craignant de toute façon un référendum, a décidé d'abandonner l'ensemble du projet de 2^{ème} révision. Cet alinéa additionnel n'est donc pas entré en vigueur.

- a. l'assuré ou, conformément à l'art. 89, al. 3, l'assureur dans le système du tiers garant (art. 42, al. 1);
- b. l'assureur dans le système du tiers payant (art. 42, al. 2)."²⁶

Les deux dispositions ont pour point commun que le fournisseur de prestations, quel qu'il soit (médecin, hôpital, pharmacien, etc.), est tenu de ne fournir *que* les prestations qui correspondent à l'intérêt de l'assuré et au but du traitement²⁷. Cette clause très générale paraît refléter un simple bon sens, sans nécessairement impliquer une volonté de contrôler systématiquement les coûts de la santé. Cependant, depuis 1969²⁸, le Tribunal fédéral, s'appuyant sur la disposition aLAMA²⁹, a confirmé le droit (et le devoir) des caisses de demander le "remboursement"³⁰ par les médecins – à ce jour seuls prestataires de soins concerné par cette mesure³¹ – des prestations qui excèdent cette mesure. Depuis 1996, l'alinéa 2 de l'article 56 LAMal fournit une base légale plus

²⁶ Mise en évidence par l'auteur.

²⁷ Voir aussi l'article 32 alinéa 1 LAMal, qui pose les conditions générales d'une prise en charge d'une prestation par l'assurance obligatoires de soins (AOS).

²⁸ Sans se référer à un arrêt fédéral antérieur, l'arrêt du TFA du 31 décembre 1969 confirme une pratique cantonale apparemment déjà bien établie à cette époque: "[I]e tribunal arbitral déclare à cet égard que, comme avant la révision [de 1964] de la loi sur l'assurance-maladie déjà, le médecin est depuis lors également tenu à restitution vis-à-vis de la caisse, pour cause d'enrichissement illégitime, s'il a enfreint la prescription formulée à l'art. 23 LAMA, concernant le traitement économique. Le juge de première instance et la caisse se réfèrent à la jurisprudence antérieure du tribunal arbitral. L'obligation de restituer en cas de traitement non économique n'est d'aucune part mis en doute." RJAM 1970 p. 82, consid. 2 (traduction). Il est difficile de déterminer, avant 1969, l'ampleur des procédures cantonales pour polypragmasie.

²⁹ Pour le TFA: "[p]our la réalisation du principe de la mutualité et pour la garantie de leurs engagements, les caisses doivent veiller à ce que les médecins observent l'obligation d'appliquer un traitement économique. Elles ne pourraient pas satisfaire pleinement à ce devoir si elles avaient seulement la possibilité de refuser d'avance un traitement non économique, ce qui d'ailleurs, en pratique, pourrait rarement se réaliser. Bien plus, la possibilité doit aussi leur être offerte de refuser des paiements pour des traitements non-conformes à leurs obligations et aux dispositions légales. Par conséquent, les prestations déjà accordées peuvent être répétées, s'il se révèle après coup qu'elles ont été obtenues sans droit. Sinon l'art. 23 LAMA – malgré l'art. 24 sur l'exclusion de médecins – serait dans une grande mesure illusoire." RJAM 1970 p.86, cité sous note 28 *supra*.

³⁰ Le mot "remboursement" apparaît dans cet article entre guillemets, car le médecin doit non seulement rembourser les montants qu'il a facturés et perçus en trop, mais encore payer de sa poche les frais qu'il a *induits* en trop, même s'il n'a pas lui-même perçu de montants à ce titre. Le Tribunal fédéral a posé cette règle pour la LAMal dans son arrêt K 150/03 (ATF 130 V 377). Elle avait été admise dans l'arrêt K 108/01 (consid. 13) sous l'égide de l'ancienne LAMA. Cette problématique est commentée aux chapitres 2.6. et 2.10.8. ci-dessous.

³¹ Aucun procès pour polypragmasie n'a à ce jour été dirigé contre d'autres prestataires de soins. Cf. Edouard Iselin, Polypragmasie et étendue de l'obligation de restitution au sens de l'art. 46 al. 2 LAMal, RSAS 50/2006, p.109, sa note de bas de page 3. Selon des informations reçues de santéuisse, des demandes (non-judiciaires) de remboursement ont toutefois été adressées à des physiothérapeutes et des chiropraticiens. D'autres mesures de contrôle des coûts existent à l'égard de certains prestataires, comme le "benchmarking" pour les prestations des hôpitaux.

solide³², puisqu'il stipule que le "fournisseur de prestations peut être tenu de restituer les sommes reçues à tort au sens de la présente loi".

Cependant, la loi ne dit pas comment déterminer si une somme a été reçue "à tort" ou comment apprécier si la prestation du fournisseur de soins dépasse "la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement". Pour répondre à ces questions, le Tribunal fédéral des assurances (TFA), aujourd'hui intégré au Tribunal fédéral, a développé et validé un système complexe de calcul. Le contrôle d'économicité a ainsi donné lieu à une jurisprudence fédérale abondante et relativement uniforme. Depuis 1969, une soixantaine d'arrêts du TFA a été rendue, dont une quarantaine depuis 2000³³. La liste des arrêts au 1^{er} novembre 2007 peut être consultée à partir du site www.unige.ch/droit/mdv. Ce chapitre analyse les conditions matérielles de l'action en polypragmasie.

2.2 La définition jurisprudentielle de la polypragmasie

Selon une jurisprudence déjà ancienne, "[i]l y a "polypragmasie" ("Überarztung") lorsqu'un nombre considérable de notes d'honoraires remises par un médecin à une caisse-maladie sont en moyenne sensiblement plus élevées que celles d'autres médecins pratiquant dans une région et avec une clientèle semblables, alors qu'aucune circonstance particulière ne justifie la différence de coût."³⁴

Autrement dit, il existe une obligation de "rembourser" à charge du médecin en cabinet privé dès qu'il est établi que ses notes d'honoraires à charge des caisses "sont en moyenne sensiblement plus élevées que celles d'autres médecins", à condition que 1) ces autres médecins pratiquent dans la même région, 2) que ces autres médecins aient une clientèle semblable, et 3) qu'il n'y ait point de justification pour la différence de coût.

Pour le Tribunal fédéral, il s'agit plus que d'une simple faculté des caisses, mais d'un véritable devoir à leur charge³⁵. Celles-ci sont tenues de vérifier le caractère économique de l'activité des médecins pratiquant à charge de la LAMal et de demander le "remboursement" des montants perçus et, depuis 2004, induits en trop. Cette obligation est indépendante de la volonté de l'assuré qui ne peut pas s'y opposer. Cette règle vaut même dans le système du tiers garant où le patient a payé la facture et peut ensuite en obtenir le remboursement par sa caisse³⁶; dans cette hypothèse, les caisses

³² Dans l'ATF 127 V 281, consid. 5.c), le TFA concède que "[l]'art.23 LAMA [...] ne contenait pas de prescription formelle sur l'obligation de restitution du fournisseur de prestations et notamment du médecin."

³³ Depuis 2000, le Tribunal fédéral publie sur son site www.bger.ch pratiquement tous ses arrêts.

³⁴ Par exemple: ATF 119 V 448, consid. 4.b); K 148/04, consid. 3.3.1; K 142/05, consid. 7.2.

³⁵ Selon l'arrêt de 1969: "les caisses sont tenues, vis-à-vis de l'ensemble de leurs assurés, de réclamer la restitution des prestations obtenues illégalement [...]" RJAM 1970 p.86. Cf. également Iselin, *supra* note 31, p.110; ATF 103 V 145, p. 152.

³⁶ Sous l'ancien droit, arrêt du 10 juillet 1979, publié dans la RJAM 1980 no 393 p.3 et ss. Cf. aussi ATF 127 V 281 et commentant ce jugement Jean-Louis Duc, PJA 2002 p.76-81; Iselin, *supra* note 31, p.111 n.18.

conservent la possibilité d'agir en leur propre nom contre le médecin³⁷. On relèvera d'ailleurs que la possibilité laissée à l'article 56 al. 2 LAMal d'une demande en remboursement formulée par l'assuré lui-même est restée lettre morte³⁸. En revanche, le fait que les caisses puissent agir en paiement à l'encontre du médecin ne les prive pas de la possibilité de demander à l'assuré le remboursement des prestations touchées sans droit (à ce sujet, chapitre 4.1. ci-dessous)³⁹.

2.3 Les méthodes admises par la jurisprudence

Pour prouver une polypragmasie, le TFA a consacré deux méthodes⁴⁰. La première méthode est dite *analytique*⁴¹ et se base sur l'examen des modalités de traitement décidées par le médecin pour un échantillon de ses patients (cf. chapitre 2.3.1. ci-dessous). La seconde est appelée méthode *statistique*⁴². Elle a la préférence des autorités⁴³ et, à ce titre, est la plus souvent appliquée⁴⁴. Elle se fonde sur une comparaison globale des coûts moyens par patient du médecin par rapport à ses collègues (cf. chapitre 2.3.2. ci-dessous). Les deux méthodes peuvent être combinées⁴⁵. Il appartient au tribunal cantonal de choisir la méthode la plus appropriée (cf. chapitre 2.3.3. ci-dessous).

2.3.1 La méthode analytique

Contrairement à la méthode statistique qui s'appuie essentiellement sur la comparaison chiffrée des médecins (voir le chapitre 2.3.2. ci-dessous), la méthode analytique entre dans le détail de la pratique du médecin soupçonné de polypragmasie.

Lorsque le tribunal cantonal décide d'appliquer cette méthode, il ordonne la sélection d'un nombre représentatif de dossiers du médecin concerné⁴⁶. Quelques dizaines de dossiers de patients sont sélectionnés au hasard (par exemple, tous les patients dont le nom de famille commence par la lettre C). Le médecin est tenu de

³⁷ K 30/05, consid. 5.1; K 107/01, consid. 5; ATF 127 V 281, consid. 5; K 51/01, consid. 4. Dans un contexte un peu différent, voir aussi K 173/05, consid. 3 (et ses références).

³⁸ Voir aussi l'article 89 alinéa 3 LAMal.

³⁹ K 25/02 (publié sous SVR 2/2003 KV 7, p.33).

⁴⁰ Dans son premier arrêt du 31 décembre 1969, le TFA laissait entendre que la combinaison des deux méthodes était une garantie supplémentaire d'un résultat final non arbitraire. RJAM 1970 p.88.

⁴¹ En allemand "*analytische Methode*" ou "*Einzelfallprüfung*".

⁴² En allemand: "*statistische Methode*" ou "*Durchschnittskostenvergleich Methode*".

⁴³ K 142/05, consid. 7.1; K 113/03, consid. 3.1.

⁴⁴ Dans le premier arrêt du TFA du 31 décembre 1969, une version rudimentaire de la méthode statistique était déjà appliquée: "[I]a comparaison statistique des frais de traitement moyens du recourant avec ceux d'autres médecins est en tout cas admissible sans arbitraire si, comme dans le cas présent, les éléments de comparaison sont rassemblés d'une manière suffisamment analogue et si la comparaison s'étend sur une période assez longue, au cours de laquelle seules apparaissent des différences accidentelles qui se compensent plus ou moins." RJAM 1970 p. 88.

⁴⁵ Par ex. K 90/01, consid. 3b.

⁴⁶ Cf. arrêt du 3 juillet 1987, publié au RAMA 1987 no K 749 pp. 349.

coopérer en communiquant tous les documents faisant partie des dossiers sélectionnés⁴⁷; il fournira notamment les informations relatives au diagnostic, au but du traitement, aux soins administrés⁴⁸; de même, il peut devoir livrer la correspondance échangée avec ses patients. Le médecin ne peut pas faire valoir son secret professionnel pour refuser de fournir les pièces requises, quand bien même celles-ci portent sur des données sensibles de patients identifiés⁴⁹.

Le tribunal décide s'il examine lui-même ces dossiers ou s'il les confie à un ou plusieurs médecins mandatés à titre d'experts⁵⁰. L'expert examine en détail le contenu des dossiers afin de déterminer si chaque décision du médecin était correcte dans le cas particulier. Il se demande par exemple s'il était justifié de faire une radio des poumons de ce patient, s'il était raisonnable de prescrire tel médicament à ce patient, s'il fallait répéter tel ou tel examen pour ce patient. Le médecin mis en cause doit généralement soutenir activement le travail de l'expert⁵¹. Il a ainsi l'opportunité de discuter les cas considérés *a priori* douteux par l'expert et d'apporter ses justifications⁵².

Finalement, le tribunal et/ou l'expert arrive à une conclusion sur l'échantillon de dossiers analysés: tel pourcentage de patients ont été traités selon les normes de la profession, tel pourcentage de patients a reçu un excédent de soins.

L'utilisation de la méthode analytique pour *chiffrer* le montant à "rembourser" est en revanche problématique. On pourrait envisager l'application d'une "règle de trois" où la part excessive calculée sur l'échantillon de dossiers est rapportée au tout. En pratique, il semble plutôt que, lorsque la méthode analytique établit une polypragmasie, c'est ensuite la méthode statistique qui est utilisée pour chiffrer le montant à payer (à ce sujet, voir le chapitre 2.9. ci-dessous). Dans ce cas, la méthode analytique est généralement combinée à la méthode statistique, la première servant à confirmer ou à étayer le soupçon de polypragmasie dérivant des données statistiques⁵³.

L'application de la méthode analytique aboutit plus souvent à exonérer le médecin du reproche de polypragmasie⁵⁴. Grâce au dialogue accru entre le médecin et le tribunal ou l'expert, le premier est mieux à même de convaincre les seconds que ses

⁴⁷ Article 89 alinéa 5 LAMal. Dans un domaine apparenté, voir aussi l'arrêt du TFA du 21 mars 2007, K 12/06, ainsi que le commentaire d'Amédéo Wermelinger, DIGMA 2007 p.118.

⁴⁸ Le médecin ne peut pas se contenter de fournir ses notes d'honoraires. Cf. K 90/01, consid. 3b; K 108/01, consid. 6.2; K 107/01, consid. 6.2.1.

⁴⁹ K 90/01; K 9/00, consid. 6.3. Voir aussi, dans le secteur des EMS, l'arrêt K 12/06. Voir également la position nettement plus réservée du Préposé fédéral à la protection des données, Remise de rapports médicaux aux assureurs maladie: respect de la législation sur la protection des données et considérations relatives à la récente décision du Tribunal fédéral des assurances (arrêt K 7/05) (janvier 2007).

⁵⁰ Selon des informations reçues de SantéSuisse, les tribunaux arbitraux cantonaux ont parfois parmi leurs membres un médecin apte à effectuer lui-même cette analyse, dans quel cas, aucun expert externe n'est mandaté.

⁵¹ Cf. K 124/03, consid. 6 et 7.

⁵² Cf. par ex. K 130/06, consid. 5.

⁵³ La doctrine parle parfois de "test de plausibilité". Voir aussi la note 63 *supra*.

⁵⁴ Cf. par ex. l'arrêt K 130/06.

choix thérapeutiques s'expliquaient par les caractéristiques du cas, notamment son degré de complexité⁵⁵. Le tribunal cantonal ne s'écartera que rarement des conclusions d'une expertise correctement motivée. Devant le Tribunal fédéral, les conclusions du tribunal cantonal basées sur l'expertise relèvent du fait et, à ce titre, ne seront en principe pas remises en cause⁵⁶ (voir aussi chapitre 3.5. ci-dessous).

2.3.2 La méthode statistique

La méthode statistique⁵⁷ consiste à comparer le *coût moyen annuel par patient* du médecin concerné au coût de l'ensemble de ses collègues de même spécialité FMH et exerçant dans le même canton. Le médecin doit justifier ses coûts si ceux-ci dépassent de 30% ceux de ses collègues. S'il n'y parvient pas, il doit "rembourser" la part qui excède la marge de tolérance (sur la marge, voir le chapitre 2.7. ci-dessous). Ainsi, la méthode statistique ne nécessite pas l'examen de dossiers individuels de patients; il n'y a pas lieu d'examiner si le traitement de tel ou tel patient était approprié⁵⁸.

Pour chiffrer le coût moyen par patient, point de départ de la méthode statistique, les caisses-maladie traitent les factures de l'ensemble des médecins exerçant à charge de la LAMal en Suisse. Sont recensés tant les *coûts facturés* par chaque médecin que *certaines* coûts induits par le médecin⁵⁹. Ces coûts sont entrés dans une base de données, appelée "pool de données de santésuisse®" (à ce sujet, voir le chapitre 2.4. ci-dessous)⁶⁰.

Au cours des années, cette base de données s'est enrichie d'autres informations. Elle permet notamment de comparer le coût moyen de chaque médecin selon sa spécialité et son canton et d'ajuster ce coût en fonction d'une clientèle composée principalement de personnes âgées et de femmes (sur l'outil ANOVA, voir les chapitres 2.8.3. et 2.10.6. ci-dessous)⁶¹. Elle remplit ainsi les exigences fixées par jurisprudence fédérale pour effectuer un contrôle de polypragmasie, à savoir que "les éléments de comparaison [soient] rassemblés d'une manière suffisamment analogue et [que] la

⁵⁵ Une illustration est donnée dans l'arrêt K 130/06.

⁵⁶ Id, consid. 5.2.

⁵⁷ Dans les tous premiers arrêts, cette méthode était qualifiée de "comparative".

⁵⁸ Cf. K 6/06 (publié comme ATF 133 V 37), consid. 4.2; K 142/05, consid. 7.2; K 113/03, consid. 3.2; K 107/01, consid. 6.2.2; ATF 119 V 448, consid. 4.b); ATF 99 V 193, consid. 1.

⁵⁹ En moyenne, en 2005, un cabinet médical facturait ou induisait des frais de CHF 628.- pour les traitements médicaux à proprement parler, CHF 317.- pour les médicaments remis par la pharmacie, CHF 190.- pour les médicaments remis directement par le médecin, CHF 57.- pour les analyses en laboratoire, CHF 55.- pour les physiothérapeutes. Cf. santésuisse, document de juin 2006, cité sous note 2.

⁶⁰ Auparavant, la base de données était désignée comme le RSS Tool (Rechnungssteller Statistik). Le pool des données est né en 2001, mais intègre rétrospectivement des données jusqu'en 1997. Les données du pool sont aussi utilisées par l'OFS et l'OFSP pour compléter leurs propres statistiques. Sur la mise au point du pool, voir le résumé de l'étude BASS, Prüfung der Wirtschaftlichkeit von Leistungserbringern nach dem Krankenversicherungsgesetz (2002).

⁶¹ Par exemple K 49/84, résumé au RAMA 1986 K 654 p.4.

comparaison [s'étende] sur une période assez longue, au cours de laquelle seules apparaissent des différences accidentelles qui se compensent plus ou moins."⁶²

2.3.3. Choix de la méthode

Le Tribunal fédéral admet aussi bien la méthode statistique que la méthode analytique. Une combinaison des deux méthodes est également acceptable – encore qu'il ne soit pas très clair comment cette combinaison est censée s'articuler⁶³.

En dépit des critiques quasi-unanimes des médecins et d'une partie de la doctrine, le TFA réitère régulièrement sa confiance et sa préférence pour la méthode statistique⁶⁴. En effet, celle-ci permet "un examen standardisé, large, rapide et continu de l'économicité"⁶⁵. A l'inverse, selon le TFA, la méthode analytique est coûteuse au point de potentiellement décourager les caisses-maladie⁶⁶. Enfin, comme souligné ci-dessus, la méthode analytique est mal adaptée lorsqu'il s'agit de déterminer l'ampleur de la polypragmasie et le montant à mettre à charge du médecin⁶⁷.

Malgré la préférence fédérale, le choix de la méthode appartient au tribunal cantonal⁶⁸. Le TFA ne revoit pas ce choix, son pouvoir d'examen étant limité à vérifier si la méthode retenue a été correctement appliquée⁶⁹.

En pratique, les caisses qui saisissent l'instance cantonale commencent toujours par soumettre une demande fondée sur la méthode statistique. Le médecin rétorque alors que les particularités de sa pratique nécessitent l'application de la méthode analytique⁷⁰.

⁶² Par exemple K 24/69, en traduction française du RJAM 1970 no 65 p. 82, consid. 4. Pour que la méthode statistique puisse être mise en œuvre, il faut "que le matériel de comparaison soit suffisamment semblable et que la comparaison s'étende sur une période suffisamment longue et que les relevés statistiques s'effectuent selon les mêmes critères". Réponse du Conseil fédéral du 1^{er} octobre 2004 à l'interpellation de Franziska Teuscher (04.3392). Dans la pratique judiciaire, ces conditions n'ont guère posé problème.

⁶³ Deschenaux propose que, dans le contexte d'une combinaison, la méthode analytique joue le rôle de test de plausibilité. Cf. *supra* note 19, p.541. Une illustration est donnée à l'ATF 119 V 448.

⁶⁴ Par ex. K 46/04, consid. 5.1 et 5.3 (examinant le grief de violation de la liberté économique); K 93/02, consid. 7; K 108/01, consid. 11.3.

⁶⁵ Réponse du Conseil fédéral du 11 mai 2005 au Postulat de Bea Heim, Evaluation du caractère économique des prestations dans le cadre de la LAMal. Critères différenciés (05.3058).

⁶⁶ ATF 99 V 193, consid. 3.

⁶⁷ Id.

⁶⁸ La règle du libre choix par l'instance cantonale a été posée dans l'ATF 99 V 193, consid. 3. Elle est systématiquement rappelée depuis. Cf. K 6/06, consid. 4.1.; K 142/05, consid. 7.1.; K 46/04, consid. 5.1; K 113/03, consid. 3.1; K 150/03, consid. 6.1; K 93/02, consid. 5.2; K 108/01, consid. 6.2; K 107/01, consid. 6.1 (où le tribunal cantonal a commencé par demander une expertise pour ensuite changer d'avis et opter pour la méthode statistique); ATF 130 V 377, ATF 98 V 198.

⁶⁹ De manière générale, dans les litiges d'assurance sociale n'ayant pas pour objet l'octroi de prestations, le TFA se borne "à examiner si les premiers juges ont violé le droit fédéral, y compris par l'excès ou par l'abus de leur pouvoir d'appréciation, ou si les faits pertinents ont été constatés d'une manière manifestement inexacte ou incomplète, ou s'ils ont été établis au mépris des règles essentielles de procédure". ATF 119 V 448, consid. 1; K 130/06, consid. 2. A ce sujet, voir aussi le chapitre 3.5. ci-dessous.

⁷⁰ Comme l'écrit Deschenaux, "vu la nature éminemment personnelle du rapport entre le médecin et son patient, la recherche en toute circonstance du traitement adéquat en fonction de la coloration

Le tribunal cantonal compétent décide s'il accueille ou non la demande du médecin⁷¹. Il est entièrement libre de la rejeter dans la mesure où les conditions d'application de la méthode statistique sont réunies (notamment celles afférentes à la composition du groupe de comparaison; à ce sujet, voir le chapitre 2.5. ci-dessous)⁷². En revanche, s'il accueille la requête du médecin et choisit d'appliquer la méthode analytique, les caisses-maladie n'ont pas moyen de s'y opposer⁷³.

La grande majorité des jugements déferés à la juridiction fédérale ont appliqué la méthode statistique. Par conséquent, la jurisprudence publiée décrivant l'application de la méthode analytique est peu fournie. De surcroît, les juridictions cantonales ne publient pas systématiquement leurs jugements en la matière. Il n'existe pas de statistiques des affaires tranchées selon l'une ou l'autre des méthodes⁷⁴. Compte tenu de l'importance pratique de la méthode statistique, la suite de l'article se concentrera sur celle-ci.

2.4 Factures constituant le pool des données

Le pool des données, qui sert de fondement à la méthode statistique, est géré par santésuisse, l'association faîtière de la branche⁷⁵, sur délégation des caisses-maladie⁷⁶. Santésuisse a également créé en 2002 un centre de compétence pour les procédures d'économicité. Ce centre a pour tâche d'améliorer le processus, notamment en fournissant son appui aux sections cantonales et en émettant des directives internes⁷⁷.

Santésuisse intègre au pool des données quasiment toutes les factures reçues par les assureurs pour des prestations à charge de la LAMal. Selon santésuisse, la base de données est complète à 98%⁷⁸, en ce sens que des caisses assurant 98% de la population assurée y contribuent l'ensemble de leurs factures⁷⁹. Plus de 2 milliards d'entrées y ont

propre à chaque cas, les médecins cherchent à faire prévaloir l'application de cette méthode [analytique]. Cette dernière est certainement celle qui se prête le mieux à expliquer, en cas de litige, les options prises en vertu de la liberté diagnostique et thérapeutique reconnue au médecin." Article mentionné sous note 19 *supra*, p.539.

⁷¹ Régulièrement, le médecin demande à ce qu'une expertise soit menée afin de comparer sa clientèle et celle des médecins de son groupe de comparaison, l'objectif étant d'apprécier les particularités de sa pratique médicale. Cette demande est souvent rejetée lorsque le tribunal cantonal a choisi d'appliquer la méthode statistique. Cf. par exemple K 113/03, consid. 5.5.

⁷² Même si le médecin soumet une analyse de son cabinet médical, le tribunal cantonal qui a opté pour la méthode statistique peut se limiter à celle-ci. Voir indirectement K 150/03, consid. 6.4.2.

⁷³ ATF 99 V 193, consid. 3; K 130/06, consid. 4.

⁷⁴ A ce jour, il n'existe pas de base de données recensant toutes les jugements cantonaux en matière de polypragmasie.

⁷⁵ Santésuisse est le nom pris en 2002 par l'ancien Concordat des caisses-maladie suisses.

⁷⁶ L'article 76 OAMal autorise les assureurs à traiter en commun des données, notamment afin de "contrôler et garantir le caractère économique des prestations au sens de l'art. 56 de la loi" (lettre b). Voir aussi santésuisse, procédures d'économicité (mai 2006).

⁷⁷ Cf. santésuisse, Procédure d'économicité, papier de positionnement (25 octobre 2007).

⁷⁸ Id.

⁷⁹ La participation au pool des données est volontaire pour les caisses. Quelques petites caisses n'y participent pas. Cf. santésuisse, document de juin 2006 cité sous note 2.

été portées à ce jour⁸⁰. Seules les factures mises à charge de l'assurance obligatoire de soins (AOS) sont prises en compte⁸¹. Les factures prises en charge par d'autres assurances sociales ou par des assurances complémentaires ne sont pas enregistrées dans le pool des données.

Les coûts sont entrés dans le système en fonction de la date de traitement par l'assureur de la facture correspondante du médecin⁸². Autrement dit, la date du traitement ne constitue pas le point de rattachement temporel. La vérification des coûts moyens par patient est ensuite effectuée pour chacune de ces années statistiques⁸³.

Le coût intégré à la base de données inclut la franchise et la quote-part de l'assuré. Il est également indifférent que la facture soit finalement payée par l'assureur ou laissée à charge de l'assuré au motif que le total n'atteint pas la franchise. En revanche, les factures qui n'ont pas été envoyées à l'assureur, par exemple parce que l'assuré sait n'avoir pas atteint sa franchise, ne sont pas prises en compte (à ce sujet, voir le chapitre 2.9.4. ci-dessous). Les factures que l'assureur refuse de payer, notamment au motif que la prestation ne satisfait pas aux exigences de la LAMal, ne sont pas prises en considération.

Les données du pool se rapportent au médecin, et non pas aux patients⁸⁴. Le pool ne contient pas d'informations sur l'assuré. De même, il n'informe pas sur les diagnostics, que ce soit sous forme individuelle ou agrégée⁸⁵.

2.5 Composition du groupe de comparaison

En application de la méthode statistique, le médecin, dont la pratique fait l'objet d'un examen pour polypragmasie, doit être comparé avec un groupe de contrôle présentant des caractéristiques similaires. Ainsi, un ophtalmologue tessinois est censé être comparé à l'ensemble des ophtalmologues du canton du Tessin. Les deux critères principaux sont la spécialité médicale et le canton de pratique.

⁸⁰ Cf. brochure de santésuisse intitulée "Pool de données, Portrait". Dans son papier de positionnement de mai 2006 sur les procédures d'économicité, santésuisse écrit au contraire que 2 milliards de jeux de données sont saisis chaque année.

⁸¹ Lorsqu'un médecin fournit certaines prestations à l'hôpital (par exemple une chimiothérapie), on peut se demander si son coût moyen tel que reporté dans le pool des données doit inclure le coût du séjour hospitalier calculé au forfait ou le coût qui aurait été facturé en ambulatoire.

⁸² On peut se demander comment les tribunaux accueilleraient la demande du médecin visant à faire établir et calculer son éventuelle polypragmasie sur l'année où les prestations ont été fournies. Dans son Commentaire de septembre 2007 (cité *supra* sous note 2), santésuisse écrit "qu'à l'avenir, les chiffres du pool de données de santésuisse ne seraient plus seulement évalués selon la précédente méthode d'évaluation, mais aussi en fonction de la date de début du traitement." p. 12.

⁸³ Cf. K 54/02, consid. 5 (voir toutefois l'arrêt K 127/01, consid. 4.2).

⁸⁴ Les données figurant dans le "pool" sont anonymisées en ce sens que le nom du patient n'y figure pas.

⁸⁵ Il est parfois possible d'inférer un diagnostic à partir des traitements administrés ou prescrits.

2.5.1 La spécialité FMH

Seule la spécialité acquise au terme d'une formation universitaire reconnue par la FMH est admise⁸⁶. Il n'est pas tenu compte de la formation continue que peut avoir suivie le médecin⁸⁷. Il n'est pas davantage tenu compte du niveau d'expertise du médecin, de son éventuelle pratique opératoire ou des langues dans lesquelles il s'exprime. Actuellement, santésuisse répertorie 44 groupes⁸⁸.

Le Tribunal fédéral avait admis qu'il faille opérer une distinction selon que le médecin dispose ou non d'*équipements radiologiques*. Cependant, depuis quelques années, la base de données de santésuisse n'opère plus cette distinction; l'existence ou l'absence de tels équipements n'avait en effet pas d'effet clair sur la structure de coûts⁸⁹. De surcroît, ces équipements en cabinet sont en cours de disparition.

2.5.2 Le canton du cabinet médical

Selon la méthode statistique, les coûts moyens du médecin doivent être comparés à ceux des médecins de la même spécialité *pratiquant dans le même canton*. Implicitement, la jurisprudence admet que le volume et le coût unitaire des soins dispensés par les médecins varient selon les cantons⁹⁰.

Bien entendu, le nombre de médecins en exercice varie sensiblement selon les cantons. En fonction du canton et de la spécialité médicale examinés, le groupe de contrôle sera plus ou moins large. Le Tribunal fédéral n'a pas tranché la question du seuil minimum permettant une comparaison statistique⁹¹. Il a toutefois laissé entendre qu'un minimum de 10 médecins dans le groupe de contrôle est raisonnable. Dans un

⁸⁶ Pour une liste des spécialités FMH, voir le site de la FMH sous http://www.fmh.ch/ww/fr/pub/awf/weiterbildung/grundlagen/programmes_formation_postgradu/programmes_de_formation_postgr.htm.

⁸⁷ K 148/04, consid. 5.2. Si une formation spéciale amène le médecin à traiter une clientèle sensiblement différente de celle de ses collègues du groupe de référence, ce fait peut être pris en compte comme particularité de sa pratique médicale. Cf. K 108/01, consid. 11.1. A ce sujet, voir plus loin le chapitre 2.8.2.

⁸⁸ Cette répartition a varié et un document qui figure sur le site de santésuisse signale un découpage en 50 catégories. Cf. santésuisse, commentaires relatifs à la statistique. Avant 2004, il y aurait eu 29 catégories. Cf. présentation powerpoint de M. Castelli, santésuisse, du 7 juin 2007, consultable à partir de www.unige.ch/droit/mdv. Henri Siegenthaler, dans sa prise de position publiée par le Bulletin des médecins suisses 88 (2007), a critiqué ce découpage (p.698). Voir encore à ce propos l'étude d'André Dubey et François Dufresne, Etude du contrôle du caractère économique des traitements basé sur les statistiques du Concordat des assureurs maladie suisses, p.8 (février 2000).

⁸⁹ Cf. K 113/03, consid. 5.3.

⁹⁰ Cette variation se reflète également dans l'importante variation des prestations brutes par assuré en fonction du canton. Ainsi, si la prestation moyenne (prestations AOS) s'élevait à CHF 2'755, elle allait de CHF 1'821 (à Appenzell Rhodes-Intérieures) à CHF 3'699 (à Genève). Quatre cantons franchissent la barre des CHF 3'000.-; il s'agit, outre de Genève, de Bâle-Ville, du Tessin et de Vaud. Cf. OFSP, Graphiques, cités sous note 5.

⁹¹ K 113/03, consid. 5.4; dans cette affaire, le groupe de comparaison était composé de 17 médecins. Cf. aussi arrêt K 142/05 avec 42 médecins dans le groupe de contrôle.

arrêt relativement ancien de 1982, il est allé jusqu'à admettre un groupe de comparaison de trois médecins⁹².

Lorsque le nombre de médecins de référence dans le canton est insuffisant, le Tribunal fédéral a admis deux solutions. Soit le tribunal cantonal opte pour la méthode analytique en lieu et place de la méthode statistique⁹³. Soit il effectue une comparaison avec les médecins d'un autre canton à condition toutefois que ce dernier présente une structure de coûts similaire⁹⁴. Cette similarité est aujourd'hui appréciée au regard du TARMED et de la valeur du point fixé. On verra au chapitre 2.8.3. comment santésuisse propose de contourner cette difficulté par le biais de son outil statistique ANOVA.

2.5.3 Un seuil minimal d'activités

Le médecin qui cesse son activité en cours d'année ou qui ne travaille qu'occasionnellement aura un coût moyen par patient plus bas que celui de ses collègues ayant une activité régulière. Par exemple, le médecin qui arrête son activité en milieu d'année pourrait avoir un coût moyen par patient de moitié inférieure dans la mesure où le nombre total de ses patients ne sera pas inhabituellement bas, mais que seule la moitié des prestations habituelles aura été rendue.

Pour éviter de trop péjorer la situation du médecin faisant l'objet d'un contrôle pour polypragmasie, santésuisse n'inclut dans le groupe de contrôle que les médecins qui, soit comptent plus de 50 patients, soit ont facturé plus de CHF 100'000.- à charge de l'AOS⁹⁵. Ce correctif n'est pas parfait, mais permet de retirer du groupe de contrôle des médecins aux pratiques trop atypiques.

2.6 Compensation des postes

Le pool des données de santésuisse réunit pratiquement toutes les factures remboursées aux assurés (tiers garant) ou aux prestataires de soins (tiers payant). Lorsque la facture consiste en une note d'honoraire du médecin, celle-ci lui est bien sûr attribuée. La base de données permet également d'attribuer au médecin les notes d'honoraires de certains autres prestataires de soins que le médecin a mis en œuvre. Ainsi, les prescriptions de *médicaments* signées du médecin lui sont attribuées, même si le médicament est ensuite délivré en pharmacie. Il en va de même des *analyses en laboratoire* ordonnées par ce médecin ainsi que des bons de visite auprès de *physiothérapeutes*. En fin de compte, le pool contient, pour chaque médecin, quatre grandes catégories: les prestations médicales directement fournies et facturées par le

⁹² Arrêt du TFA du 4 février 1982, consid. 5.b), publié en traduction française à la RJAM 1982 No.505 p.216. Le TFA avait toutefois vérifié si les coûts moyens de ces trois médecins étaient similaires à ceux de médecins d'autres cantons.

⁹³ La méthode analytique doit être appliquée s'il n'existe pas de canton pouvant servir de point de comparaison. Cf. K 23/03, consid. 8.2 et 8.3.

⁹⁴ Cf. K 23/03; K 54/01; K 144/97, consid. 4 et 5; K 23/03, consid. 8.2.

⁹⁵ Il semblerait que ce correctif soit effectué via l'outil statistique ANOVA, lequel fait l'objet de commentaires aux chapitres 2.8.3. et 2.10.6. Cf. santésuisse, explications concernant la méthode ANOVA sur le site de santésuisse.

médecin⁹⁶, les analyses qu'il a ordonnées auprès de laboratoires indépendants, les produits thérapeutiques qu'il a prescrits pour une remise par un fournisseur tiers et les "bons" de physiothérapie.

Pour chiffrer la prétention en "remboursement" pour polypragmasie, sont pris en compte aussi bien les coûts directs que les coûts induits (cela, sous l'égide de la LAMal, depuis l'arrêt du 18 mai 2004, K 150/03, ATF 130 V 377). Ainsi, un médecin peut être amené à payer aux caisses un montant pour ses coûts induits excessifs alors même que ses coûts directs correspondent à ceux de son groupe de référence.

Atténuant la rigueur de ce résultat, le TFA, dans son arrêt du 9 octobre 2006, a posé la règle d'une compensation entre ces postes⁹⁷. Par conséquent, le médecin qui s'est montré économe dans ses traitements en cabinet, mais généreux dans les analyses médicales ordonnées, bénéficie de la compensation entre coûts directs et coûts induits. Cette appréciation globale se justifie car la méthode statistique se fonde elle-même sur une prise en considération globale des frais⁹⁸. De plus, le montant qui sera mis à charge du médecin polypragmasique englobe l'ensemble des frais *facturés et induits*. Enfin, la compensation des postes déploie certains effets positifs et limite certains effets négatifs⁹⁹. Le médecin est encouragé à sélectionner l'approche thérapeutique qu'il juge la plus adaptée pour son patient, par exemple en prescrivant moins de médicament, mais en assurant un suivi plus régulier. De même, les incitations négatives à envoyer le patient se faire soigner ailleurs (par exemple auprès d'un physiothérapeute) sont en partie diminuées. La compensation ne nécessite cependant pas la preuve d'un lien de causalité entre coûts supérieurs à la moyenne d'une part, et coûts inférieurs à la moyenne d'autre part¹⁰⁰. Autrement dit, le médecin n'a pas besoin de prouver que, s'il voit plus souvent ses patients, c'est parce qu'il leur prescrit moins de médicaments.

Le Tribunal fédéral dans son arrêt d'octobre 2006¹⁰¹ laisse entendre que la compensation s'exerce sur les indices (par exemple: 90 est compensé avec 110 pour donner 100). Toutefois, une telle règle aboutirait à un résultat absurde, par exemple: en neutralisant CHF 25'000.- de coûts indirects (indice 90) avec 150'000 de coûts directs

⁹⁶ Ce poste de coût direct inclut les moyens, appareils, dispositifs médicaux et médicaux que le médecin a lui-même remis et facturé. Dans les cantons où la pharmacie est autorisée, les médicaments peuvent relever des coûts directs. De même, les coûts directs incluent les prestations de laboratoire et de physiothérapie lorsque le médecin les fournit lui-même.

⁹⁷ ATF 133 V 37 = K 6/06, consid. 5.3.. Auparavant, ce facteur pouvait éventuellement être pris en compte à titre de particularités de la pratique du médecin; voir les arrêts K 101/92, et K 142/05, consid. 7.3 et 8.2.1. Voir aussi K 83/05, consid. 4.3; K 113/03, consid. 3.3 et K 150/03, consid. 6.3, K 93/02, consid. 5.4, renvoyant tous à l'arrêt K 101/92; K 108/01, consid. 6.4; K 97/85 du 19 octobre 1987, publié au RAMA 1988 K 761 p.92.

⁹⁸ K 6/06, consid. 5.3.3.

⁹⁹ Id.

¹⁰⁰ Le TFA note qu'une telle preuve serait de toute façon pratiquement impossible à apporter. Id., consid. 5.3.5.

¹⁰¹ Le TFA avait conclu: "*bleibt der Gesamtkostenindex von 119 Punkten im Jahr 2001 bzw. 110 Punkten im Jahr 2002 massgebend, welcher innerhalb des gemäss angefochtenem Entscheid auf 130 Punkte festzusetzenden Toleranzrahmens liegt.*" K 6/06, consid. 5.3.6. Indirectement, K 83/05, consid. 7.3.

(indice 110). Il serait sans doute plus cohérent d'exercer la compensation sur les montants respectifs¹⁰².

Si le Tribunal fédéral a admis la compensation des postes au cours d'une année, la compensation *entre années* n'est, elle, pas possible¹⁰³. Autrement dit, si le médecin s'est montré très économe sur plusieurs années, il ne peut pas invoquer ce fait à sa décharge lors de l'année où ses coûts moyens par patient ont excédé la moyenne de son groupe.

Toujours dans son arrêt d'octobre 2006, le TFA a ouvert la voie d'une possible compensation avec le poste lié aux consultations de *médecins spécialistes et de traitements hospitaliers*¹⁰⁴. Pendant longtemps, le TFA a soutenu que, faute de preuves disponibles, il n'était pas possible de tenir compte des éventuelles économies réalisées sur des traitements médicaux de tiers¹⁰⁵. Dans cette affaire toutefois, le médecin avait fourni des éléments de preuve, rendant vraisemblable que cette rubrique de coûts induits était, dans son cas, inférieure à la moyenne. Le considérant de l'arrêt est trop bref pour comprendre exactement comment cette compensation peut s'exercer. En effet, l'actuelle statistique de santé suisse ne permet pas d'attribuer les coûts induits auprès de spécialistes ou d'hôpitaux¹⁰⁶. En particulier, ce "renvoi" auprès de prestataires tiers n'a pas à être attesté par écrit par le médecin. De surcroît, le médecin qui envoie son patient auprès de spécialistes cesse de contrôler les soins que ces derniers administrent à son patient. Or, dans la mesure où il ne contrôle pas ces coûts induits, il est difficile de les lui imputer. La prise en compte des coûts induits de spécialistes risque de se heurter à une autre difficulté: la répartition des montants à "rembourser" entre le médecin à l'origine du renvoi et le spécialiste ainsi consulté. En effet, l'un et l'autre sont soumis au contrôle de polypragmasie et il serait inéquitable de les contraindre tous deux à payer.

2.7 Marge de tolérance

Ainsi qu'il a été fait allusion au chapitre 2.3.2., le Tribunal fédéral exige qu'une marge de tolérance de 20% à 30% soit appliquée¹⁰⁷. Un médecin n'aura donc pas à "rembourser" les caisses-maladie si son coût par patient est inférieur de 20% à celui de "son panier de référence". Selon le TFA, cette marge sert à tenir compte des

¹⁰² Ici CHF 2'777.- en faveur du médecin pour les coûts indirects et CHF 13'636 en faveur des caisses pour les coûts directs, d'où une différence à rembourser par le médecin de CHF 10'869. Cet exemple est volontairement simplifié, en ce qu'il présuppose que le médecin concerné et le groupe de contrôle ont le même nombre de patients. Pour être complet, il convient d'effectuer le calcul sur la base du coût moyen par patient et ensuite de le rapporter au nombre total de patients.

¹⁰³ Cf. K 127/01, consid. 4.3.

¹⁰⁴ Cf. K 6/06, consid. 5.3.6.

¹⁰⁵ Par ex. K 9/99, consid. 6.c) où le tribunal cantonal, suivi par le TFA, a jugé que la preuve d'économies, réalisées sur les coûts induits auprès de spécialistes et d'hôpitaux, n'avait pas été rapportée. Aussi K 108/01, consid. 6.4.

¹⁰⁶ Cf. Roland Amstutz, Le TFA confirme la voie suivie par santé suisse, 88 Bulletin des médecins suisses p.351 (2007). Voir cependant K 108/01, consid. 13.1, qui se réfère aux traitements hospitaliers ambulatoires.

¹⁰⁷ K 44/94; K 9/99, mais aussi K 148/04, consid. 3.3.1; K 142/05; K 30/05, consid. 5.5.3.

particularités et différences entre cabinets médicaux et des imperfections de la méthode statistique, en "neutralisant" certaines variations statistiques¹⁰⁸; elle protège également la liberté thérapeutique du médecin¹⁰⁹.

Le tribunal cantonal dispose d'une certaine latitude, puisqu'il peut retenir n'importe quel pourcentage entre 20% et 30%. Un médecin pourra s'opposer à une marge inférieure à 20%, mais pas à une marge supérieure à ce chiffre. Le TFA s'est montré réticent à admettre des marges supérieures à 30%¹¹⁰, à moins que l'instance inférieure n'ait dûment motivé son choix (par exemple, en raison du caractère hétérogène du groupe de comparaison)¹¹¹. Comme on le verra au chapitre suivant, la marge usuelle peut en revanche être augmentée s'il est établi que la pratique du médecin présente des particularités justifiant des coûts plus élevés que ceux de son groupe de comparaison.

Le canton du Tessin a longtemps connu une marge plus élevée de 150¹¹². Celle-ci avait été arrêtée par convention du 3 avril 1990 passée entre l'ordre de médecins tessinois et la branche suisse-italienne de la fédération des assureurs. Dans un arrêt de 2001¹¹³, le TFA avait jugé ce seuil admissible. Le motif tenait essentiellement à la protection de la bonne foi; en l'occurrence, les caisses avaient fait démarrer la procédure contre le médecin sous le régime du seuil de 150, elles ne pouvaient plus, en milieu de procédure, abaisser celui-ci à 140. Le TFA avait de surcroît rattaché ce seuil élevé à une spécificité "socio-culturelle" tessinoise découlant d'une demande sanitaire élevée. La nouvelle convention entre les médecins et les assureurs a ramené, avec effet au 1^{er} janvier 2004, cette marge à 130¹¹⁴.

2.8 Particularité de la pratique médicale

Selon la définition du TFA, la polypragmasie implique des notes d'honoraires sensiblement plus élevées que celle du groupe de référence "alors qu'aucune circonstance particulière ne justifie la différence de coût."¹¹⁵ Ce chapitre explique quelles sont les circonstances qui peuvent être prises en considération.

2.8.1 Fardeau de la preuve

Une fois que les caisses-maladie ont établi un coût moyen par patient excédant de 30% celui du groupe de référence, le médecin soupçonné de polypragmasie peut faire valoir que sa pratique médicale présente des particularités qui expliquent ce dépassement. C'est au médecin qu'il revient d'amener les éléments de fait susceptibles

¹⁰⁸ Cf. par ex. K 113/03, consid. 6.2; K 134/99, consid. 6.d).

¹⁰⁹ ATF 103 V 145, consid. 6.

¹¹⁰ K 150/03, consid. 6.2; K 9/99, consid. 6.b).

¹¹¹ K 113/03, consid. 6.2; K 148/04, consid. 5.4. Voir toutefois l'arrêt K 108/01, consid. 8.

¹¹² Cf. K 30/99, consid. 8b); K 134/99, consid. 5.

¹¹³ Cf. K 123/99.

¹¹⁴ Convention du 23 octobre 2003.

¹¹⁵ Cf. ATF 119 V 448, consid. 4.b); aussi K 148/04.

d'entrer dans le catalogue des particularités admises par le TFA¹¹⁶. Il ne lui suffit pas d'inviter le tribunal cantonal à mandater un expert pour établir ces particularités¹¹⁷. Au contraire, il doit démontrer dans quelle mesure (si possible chiffrée) ces particularités débouchent sur des coûts supplémentaires¹¹⁸.

A l'instar d'une procédure menée sous l'égide de la méthode analytique, le médecin ne peut pas invoquer son secret professionnel: s'il refuse de soumettre les pièces nécessaires pour établir les particularités de sa pratique, il en subira les conséquences puisque ces particularités ne seront pas prises en compte¹¹⁹. Si le tribunal cantonal n'est pas convaincu par les éléments de preuve apportés par le médecin et rejette les particularités invoquées, le TFA ne reverra son appréciation que de manière très restreinte¹²⁰. C'est dire à quel point le médecin doit préparer soigneusement la procédure cantonale¹²¹.

2.8.2 Particularités pertinentes

A ce jour, le TFA a jugé que les circonstances suivantes peuvent être prises en considération.

a) Le fait que la *moyenne d'âge des patients* du médecin mis en cause soit sensiblement plus élevée que celle du panier de référence est de nature à entraîner des coûts plus élevés¹²². Depuis 2005, ce facteur est cependant automatiquement incorporé

¹¹⁶ Cf. par ex. K 83/05, consid. 7; K 142/05, consid. 8.2.2; K 113/03, consid. 7.2; K 9/00, consid. 6.3.

¹¹⁷ A titre d'appréciation anticipée des preuves, le tribunal cantonal peut considérer que les mesures probatoires demandées par le médecin ne changeront pas l'appréciation du tribunal. Le TFA ne remet pratiquement jamais en cause cette décision du tribunal cantonal. Cf. par ex. K 107/01, consid. 7.3.

¹¹⁸ Si le médecin ne fournit pas au tribunal cantonal des éléments pour quantifier l'effet de ces particularités sur son coût moyen, le tribunal appréciera lui-même cet effet et son jugement ne pourra guère être remis en cause devant le Tribunal fédéral. Cf. K 113/03.

¹¹⁹ Voir toutefois K 9/00, consid. 6.3, où le TFA relève la possibilité de fournir des données anonymisées.

¹²⁰ Cf. par ex. K 83/05, consid. 7.1.

¹²¹ Le soutien apporté par un TrustCenter peut se révéler très utile. Les TrustCenters sont des sociétés privées qui réunissent, pour une région donnée, l'ensemble des factures des médecins liés par un contrat de services. En Suisse romande, la société Ctesias a ainsi passé des accords avec plus de 65% des médecins fribourgeois et valaisans, plus de 70% des médecins genevois et jurassiens et plus de 90% des médecins neuchâtelois. Cf. Ctesias, Journal d'information n° 4 de juin 2007. Les médecins ayant conclu un abonnement annuel (d'un coût de CHF 420.-) peuvent consulter par Internet une représentation graphique et détaillée des activités de leur cabinet. Ce service, appelé miroir du cabinet, leur permet notamment de connaître leur coût direct moyen par patient. Les TrustCenters ne sont pour l'instant pas en mesure de fournir des informations sur les coûts indirects du médecin.

¹²² Cf. K 30/05, consid. 5.5.4; K 30/05(bis) du 12 mars 2007, consid. 6.5.4; K 150/03, consid. 6.5.1 (différence d'âge jugée non significative).

dans le calcul soumis par les caisses-maladie¹²³. La même observation vaut pour une clientèle composée d'une part prépondérante de *femmes*¹²⁴.

b) Le médecin qui prodigue des soins à des patients en EMS peut justifier de coûts plus élevés. Toutefois, ce facteur sera généralement déjà intégré par le facteur d'âge moyen plus élevé des patients¹²⁵.

c) Le médecin qui rend vraisemblable que sa clientèle nécessite des *traitements médicaux plus intenses* que celle de ses collègues¹²⁶ peut justifier un surcoût¹²⁷. On ne dispose toutefois guère d'exemples concrets, la preuve semblant difficile à apporter¹²⁸. Le TFA confirme régulièrement des jugements cantonaux ayant retenu que la composition de la clientèle du médecin ne se distinguait pas fondamentalement de celle de ses collègues¹²⁹.

d) Le médecin peut établir que sa clientèle compte un plus grand nombre de patients souffrant de *troubles psychiatriques, psychosociaux ou psychosomatiques*¹³⁰. Il s'agit là d'un groupe nécessitant des traitements médicaux plus intenses (cf. point c) ci-dessus). A nouveau, le médecin rencontrera souvent des difficultés de preuve.

e) Une clientèle qui doit recevoir des *conseils diététiques et nutritionnels*, notamment pour contrôler une obésité ou un diabète, peut légitimement entraîner des coûts supérieurs¹³¹. En revanche, le simple fait que la clientèle compte de nombreux patients diabétiques ne saurait suffire. La preuve chiffrée est de nouveau importante¹³².

f) Il est admis que l'administration et la surveillance de traitements de sevrage à la *méthadone* engendrent des coûts élevés. De même, le médecin qui soigne de nombreux patients drogués peut justifier d'un coût moyen plus élevé¹³³.

¹²³ Voir le chapitre 2.8.3. ci-dessous concernant l'outil ANOVA.

¹²⁴ Cf. K 107/01, consid. 7.2.2, où la particularité a été niée.

¹²⁵ K 150/03, consid. 6.5.5.

¹²⁶ L'appréciation des différences se fait par rapport au groupe de référence auquel appartient le médecin accusé de polypragmasie. Cf. arrêt K 5/07, consid. 3.2.3.

¹²⁷ K 113/03, consid. 3.3; K 150/03, consid. 6.3.

¹²⁸ Cf. K 150/03, consid. 6.5.2, où le TFA confirme que le médecin n'a pas apporté la preuve que sa clientèle nécessite des soins plus intenses que celle de ses collègues; K 30/05(bis) du 12 mars 2007, consid. 6.5.2. Voir toutefois le bref extrait de l'arrêt du 12 janvier 1993, publié dans RAMA 2/1993 K 908, p.37-38.

¹²⁹ Par exemple, dans l'arrêt K 30/05, consid. 5.5.2, le TFA n'a pas retenu l'allégué du médecin portant sur une clientèle composée de très nombreux patients rhumatismaux.

¹³⁰ K 113/03, consid. 7.3; K 108/01, consid. 10.1; K 107/01, consid. 7.2.1; K 50/00, consid. 5; K 49/84, résumé au RAMA 1986 K 654 p.4.

¹³¹ K 148/04, consid. 5.3. Dans cette affaire, le TFA a cependant jugé que le tribunal cantonal n'avait pas suffisamment motivé la marge supplémentaire (*in casu* 140) appliquée. L'affaire est encore revenue devant le TF en juillet 2007 (K 5/07).

¹³² Cf. indirectement K 5/07.

¹³³ K 113/03, consid. 7.3; K 50/00, consid. 5.

g) Le médecin peut établir que son activité s'étend sur un *territoire particulièrement large* et qu'il y effectue de nombreuses visites à domicile¹³⁴.

h) Une clientèle composée de nombreux *étrangers* peut justifier un coût moyen plus élevé¹³⁵. Le médecin devra commencer par prouver que la part étrangère de sa clientèle dépasse celle de ses collègues ou du canton. Dans l'arrêt K 113/03, le TFA a confirmé que le médecin peut être tenu d'établir que ces patients engendrent à juste titre des surcoûts¹³⁶.

i) Une *clientèle très ancienne*¹³⁷ ou *très récente*¹³⁸ peut aussi expliquer une différence de coût. Il est ainsi admis qu'un médecin qui suit les mêmes patients depuis de très nombreuses années les verra un peu plus régulièrement. Un médecin récemment installé voudra également rencontrer un peu plus souvent ses patients pour mieux et plus vite comprendre leurs états de santé. La jurisprudence fédérale n'a pas précisé à partir de quels seuils une clientèle est récente ou ancienne, ni n'a dit quelle marge supplémentaire ce facteur peut justifier.

Globalement, il apparaît que la jurisprudence du TFA évolue vers plus de sévérité¹³⁹, les motifs justificatifs avancés par le médecin étant appréciés de manière de plus en plus stricte.

Le TFA a consacré deux méthodes de prise en compte des particularités d'une pratique médicale¹⁴⁰. Le tribunal cantonal peut exclure complètement du coût moyen ceux afférents aux patients qui affichent cette particularité (exemple: ne pas tenir compte des coûts de traitements des patients drogués suivant un sevrage à la méthadone)¹⁴¹. Alternativement, il peut ajouter une marge de tolérance supplémentaire à celle de 20-30%¹⁴². Le tribunal cantonal dispose d'une marge de manœuvre importante à condition qu'il motive son jugement¹⁴³. Cette motivation doit en principe inclure une estimation des coûts supplémentaires admissibles ainsi que leur répercussion sur la marge additionnelle¹⁴⁴.

¹³⁴ K 83/05, consid. 4.3; K 113/03, consid. 3.3; K 44/94, consid. 4.b), publié au SVR 1995 KV 40 p.125.

¹³⁵ K 9/99 du 29 juin 2001, consid. 7.b); aussi K 93/02, consid. 5.4

¹³⁶ Cons. 7.2.

¹³⁷ Cf. par ex. arrêt K 148/04, consid. 3.2.2., renvoyant à un arrêt non publié du 18 octobre 1999, K 152/98.

¹³⁸ Cf. arrêt du 5 décembre 1977, consid. 6.b), RJAM 1978 no 315 p.50, où ce facteur n'a que partiellement été pris en compte; arrêt du 20 octobre 1981, consid. 4.a), RJAM 1982 no 489 p.134, où une marge supplémentaire a apparemment été accordée. Voir aussi K 150/03, consid. 6.5.1; K 93/02, consid. 5.4; K 108/01, consid. 6.4. Cependant K 83/05, consid. 7.2.

¹³⁹ Comparer par exemple l'arrêt K 49/84 du 5 septembre 1985, publié au RAMA 1986 K 654 p.3, qui accueille largement les particularités du cabinet du médecin, avec l'arrêt K 83/05, consid. 7.

¹⁴⁰ K 148/04; K 108/01, consid. 10.2; K 50/00, consid. 4.b)bb).

¹⁴¹ SVR 1995 KV 140 p.125.

¹⁴² Cf. par exemple K 113/03, consid. 7.1.

¹⁴³ K 113/03, consid. 7.3; K 148/04. Voir toutefois l'arrêt K 108/01, consid. 8.

¹⁴⁴ K 148/04.

2.8.3 L'outil ANOVA et l'ajustement automatique selon l'âge et le sexe

En 2004, santésuisse a affiné son pool des données en y adjoignant un outil statistique d'analyse de variance appelé ANOVA. Selon santésuisse, cet outil permet, à partir de l'année 2004, d'indiquer quel aurait été le coût moyen par patient d'un médecin si la *structure d'âge et de sexe* de sa clientèle avait été la même que celle de ses collègues du groupe de référence¹⁴⁵. Autrement dit, il permet de "lisser" les chiffres en les ajustant en fonction de l'âge et du sexe du collectif de patients. ANOVA fournit alors automatiquement un indice ajusté en fonction de ces deux facteurs. Ce n'est que lorsque l'indice ainsi ajusté dépasse 130 que santésuisse contacte le médecin concerné pour obtenir des explications sur les autres facteurs pouvant justifier cet excédent de coût¹⁴⁶. Santésuisse utilise également ANOVA pour établir des comparaisons intercantionales.

Regrettablement, à ce jour, il n'a pas été possible d'obtenir des informations détaillées sur la manière selon laquelle il est procédé à ces ajustements. Le chapitre 2.10.6. ci-dessous revient sur ce problème.

2.8.4 Particularités non prises en compte

Le Tribunal fédéral s'est prononcé négativement sur plusieurs autres facteurs invoqués par les médecins. Ainsi, selon la jurisprudence, il n'y a pas lieu de tenir compte d'une différence de formation continue au bénéfice du médecin (cf. déjà chapitre 2.5.1. ci-dessus). Par exemple, le médecin ayant acquis une expertise en médecine alternative ou complémentaire ne peut pas tirer parti de ce fait pour justifier des coûts plus élevés¹⁴⁷.

Les souhaits des patients tendant à voir plus souvent leur médecin ou à recevoir des soins plus chers ne constituent bien entendu pas un facteur à prendre en compte¹⁴⁸. Certes, le médecin subit souvent ce type de pressions; toutefois, il est tenu d'y résister au moins autant que ses collègues du groupe de comparaison. Si un patient insiste lourdement pour obtenir un soin qui n'est pas exigé par son intérêt ou par le but du traitement, le médecin doit alors proposer que cette prestation soit payée directement et

¹⁴⁵ Chaque patient est attribué à une catégorie d'âge, par exemple 16 à 18 ans ou 61 à 65 ans. Un schéma permet de voir rapidement comment la structure d'âge des patients du médecin concerné s'écarte de celle du groupe de référence. Ensuite, l'outil ANOVA permet de recalculer ce qu'aurait été le coût moyen par patient si les catégories d'âge avaient été les mêmes chez le médecin concerné et dans le groupe de contrôle.

¹⁴⁶ La méthode ANOVA sert de "filtre" supplémentaire. Cf. santésuisse, Explications concernant la méthode ANOVA, sur le site de santésuisse; Mirjam D'Angelo et al., Une nouvelle méthode statistique dans le cadre de la procédure d'économicité libère partiellement les médecins de la charge de la preuve, 86 Bulletin des médecins suisses p.1851-52 (2005); Roland Amstutz, référence citée *supra* sous note 106.

¹⁴⁷ K 148/04, consid. 5.2; K 142/05, consid. 8.1.3; K 113/03, consid. 5.5. Cf. ATF 121 V 318 et RJAM 1980 no 393 p.3. Dans l'arrêt K 150/03, consid. 6.5.2, le TFA a indiqué que des traitements de désensibilisation n'ont pas à être pris en compte.

¹⁴⁸ Cf. 142/05, consid. 8.2.2.

exclusivement par le patient; il doit prendre les précautions nécessaires pour s'assurer que le patient n'envoie pas ensuite la facture à sa caisse.

Le fait de fournir des consultations d'urgence est considéré comme un facteur propre à abaisser le coût moyen, plutôt que de l'augmenter¹⁴⁹. Ce facteur n'a néanmoins jamais été utilisé pour diminuer la marge de tolérance.

Pour abaisser le montant mis à sa charge, le médecin ne peut pas faire valoir des pertes sur débiteur ou des frais d'encaissement de ses factures¹⁵⁰. Le médecin ne peut pas non plus justifier un coût moyen élevé au motif qu'il ne voit que peu de patients et/ou que son revenu ne dépasse pas celui de ses collègues¹⁵¹. C'est le lieu de rappeler que la méthode statistique se fonde sur le coût moyen par patient, lequel n'est pas directement lié au nombre de clients traités, au taux d'activité du médecin¹⁵², à son chiffre d'affaires ou au niveau général des coûts de la santé¹⁵³. Le revenu, faible ou élevé, du médecin ne joue aucun rôle¹⁵⁴. Le contrôle d'économicité ne vise pas à imposer un plafond de revenu aux médecins.

2.8.5 Autre justification: l'accord de la caisse

Une autre justification - celle-ci indépendante des particularités de la pratique médicale du médecin - réside dans *l'accord spécifique* donné par la caisse-maladie. Si un traitement a été spécifiquement agréé par la caisse-maladie, généralement par l'intermédiaire de son médecin-conseil, la caisse ne peut plus le qualifier d'excédant la mesure dictée "par l'intérêt de l'assuré et par le but du traitement"¹⁵⁵. Dans un arrêt du 23 avril 1999, le TFA avait relevé que la grande majorité des traitements menés par un psychiatre avait été approuvée par avance par les médecins-conseils des caisses; dans ces circonstances, il a exclu que les caisses s'en plaignent à titre de polypragmasie¹⁵⁶. Dans un autre arrêt de 2004, le TFA a cependant exigé que le médecin fournisse des éléments chiffrés établissant la part des mesures spécifiquement approuvées par les médecins-conseils et son surcoût par rapport aux autres prestations¹⁵⁷.

¹⁴⁹ K 107/01, consid. 7.2.3.

¹⁵⁰ K 108/01, consid. 12.

¹⁵¹ K 142/02 du 1^{er} mars 2006, consid. 8.2.3; K 49/84 du 5 septembre 1985, résumé au RAMA 1986 K 654 p.4; arrêt du 20 octobre 1981, consid. 4.a), RJAM 1982 No 489 p.127.

¹⁵² K 150/03, consid. 6.4.3.

¹⁵³ K 46/04, consid. 5.3.

¹⁵⁴ K 6/06, consid. 5.3.3. Pour des informations sur le revenu moyen (CHF 200'000.- en 2003) et médian (CHF 162'000.- en 2003) des médecins, voir l'étude de Niklaus Hasler, Revenus des médecins indépendants de Suisse en 2003 (réévaluation) et 2003 (nouveau), 87 Bulletin des médecins suisses p.1677-1686 (2006).

¹⁵⁵ K 150/03, consid. 5.2., avec renvoi à RAMA 1999 No K 994 p.324.

¹⁵⁶ RAMA 4/1999 p.320, consid. 5.e). Le TFA a précisé que l'accord préalable des caisses exclut un reproche subséquent de polypragmasie, aussi bien sous l'égide de la méthode analytique que sous l'égide de la méthode statistique.

¹⁵⁷ K 150/03, consid. 5.2.

Bien entendu, les situations où les médecins peuvent faire approuver par avance le traitement par les caisses sont rares. Cependant, il peut s'agir d'une voie utile à certains spécialistes qui savent que leurs coûts moyens s'approchent dangereusement d'un indice de 120 ou 130.

2.9 Montant à payer par le médecin

Le montant mis à la charge du médecin est calculé sur la base de son indice, après soustraction de sa marge de tolérance. Cette part est ensuite appliquée à son coût par patient, multiplié par le nombre de patients assurés auprès des caisses demanderesse. Ainsi, si le médecin a, avec un coût par patient de CHF 400.-, un indice de 150 et qu'une marge de 140 lui est attribuée, l'excédent par patient sera de CHF 27.-; si le médecin traite 800 assurés, il devra payer CHF 21'600.

En dépit des critiques d'une partie de la doctrine (voir aussi chapitre 2.10.8. ci-dessous), le Tribunal fédéral a jugé en 2001 que le langage de l'article 56 LAMal permet de fonder une demande en paiement portant aussi bien sur les notes d'honoraires *facturées* par le médecin aux caisses que sur les frais *induits* par ce médecin¹⁵⁸. Malgré la compensation admise depuis 2006 (cf. chapitre 2.6. ci-dessus), le médecin peut être amené à payer aux caisses l'excédent de médicaments qu'il a prescrits, alors même que la caisse n'a remboursé ces médicaments qu'au patient ou à la pharmacie. Autrement dit, et ainsi qu'il a déjà été souligné plus haut, le médecin peut avoir à "rembourser" des sommes qu'il n'a jamais perçues; il ne peut bien sûr pas se retourner contre le patient ou contre le pharmacien pour en demander la restitution. Il s'agit là d'une menace importante.

De même, le médecin peut être condamné à payer aux caisses-maladie des montants que celles-ci n'ont jamais eu à payer, car le patient en a assumé seul le coût. Par exemple, si un patient envoie à sa caisse des factures dont le montant total n'excède pas sa franchise, la caisse ne les lui remboursera pas, mais les intégrera néanmoins dans la base de données. Lorsque le médecin est condamné à un paiement en faveur des caisses, celles-ci ne le répercutent pas sur les assurés qui ont payé de leurs propres poches les notes d'honoraires du médecin¹⁵⁹. Compte tenu que toute l'activité des caisses-maladie au titre de la LAMal est opérée sans but lucratif, les montants payés par les médecins au titre de polypragmasie servent à diminuer les coûts de la santé au bénéfice de l'ensemble des assurés.

2.10 Les critiques

Le présent chapitre recense les critiques portant les conditions matérielles de mise en œuvre du contrôle d'économicité. Les principales critiques visent la dépendance – jugée excessive – vis-à-vis de la méthode statistique. Pour les adversaires du système

¹⁵⁸ K 108/01, consid. 13; K 9/00, consid. 6.4.

¹⁵⁹ Une telle répercussion poserait des problèmes complexes, sinon insolubles, compte tenu que l'action en justice contre le médecin est généralement menée par une vingtaine de caisses, comptant des dizaines de milliers d'assurés, et sur la base de millions de factures.

actuel, une différence de coût moyen ne devrait pas suffire à établir l'obligation de paiement du médecin, les particularités admises par le Tribunal fédéral étant inadéquates pour refléter la diversité légitime des pratiques médicales.

En dépit des reproches, connus et répétés depuis plus de deux décennies, le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral¹⁶⁰ ont toujours manifesté leur soutien à la méthode statistique. Pour le Conseil fédéral, "rien ne permet de conclure que les assureurs-maladie exercent une pression inappropriée sur les fournisseurs de prestations et que la prise en charge des patients chroniques et lourds soit de ce fait mise en danger."¹⁶¹ De manière générale, "le Conseil fédéral ne voit pas de raison de remettre en cause le système actuel de contrôle du caractère économique des prestations voulu par le législateur"¹⁶².

2.10.1 La qualité des soins

La principale critique est que la méthode statistique ne tient pas compte de la qualité des prestations du médecin¹⁶³. Un médecin qui développe une relation de confiance avec ses patients et qui, de ce fait, tient à les voir plus souvent aura certes des coûts plus élevés, mais peut-être aussi un meilleur taux de guérison. Or, il pourrait néanmoins être sanctionné. La méthode statistique consacre la comparaison chiffrée de pratiques qui peuvent être très différentes et dont la qualité respective n'a jamais été appréciée.

Santésuisse a signalé être ouverte à une meilleure prise en compte de la qualité¹⁶⁴. Cependant, les parties en présence – caisses-maladie, d'une part, et médecins, d'autre part – ne parviennent pas à se mettre d'accord sur un outil permettant d'incorporer ce critère dans les calculs. Les médecins semblent être d'avis que la meilleure approche, sinon l'unique, consiste en la méthode analytique, qu'il faudrait adopter systématiquement en lieu et place de la méthode statistique. Les caisses-maladie ne veulent pas renoncer à la méthode statistique, rapide et facile à utiliser. Elles sont favorables au développement d'indicateurs de qualité qui seraient d'ailleurs utiles au-delà même de la problématique de la polypragmasie¹⁶⁵. La crainte des médecins est que le nouvel indicateur serve à encadrer encore davantage leurs activités, sans qu'ils n'en retirent de réels avantages en terme de sécurité juridique ou de gestion de leur pratique.

¹⁶⁰ Cf. par ex. ATF 119 V 448, consid. 4.c).

¹⁶¹ Réponse du Conseil fédéral au postulat Heim, déjà cité sous note 65 *supra*.

¹⁶² Réponse du Conseil fédéral à l'interpellation de Franziska Teuscher, *supra* note 62.

¹⁶³ Communiqué de presse d'octobre 2004 de l'Obsan, intitulé La mesure de l'efficacité économique et de la qualité des cabinets médicaux n'est pas satisfaisante.

¹⁶⁴ Plusieurs initiatives visent à mieux mesurer la qualité des prestations offertes par les médecins en ambulatoire. On peut citer l'initiative suisse pour l'évaluation des cabinets médicaux (ISEC) et la certification EQUAM.

¹⁶⁵ Cf. par ex. Roland Amstutz, référence citée *supra* sous note 106, p.352.

2.10.2. Le degré de gravité des maladies traitées

Un médecin qui traite des "cas lourds" aura généralement des coûts par patient plus élevés qu'un médecin qui traite des patients en meilleure forme physique ou psychique. Cependant, la méthode statistique n'a pas de correctifs automatiques pour le degré de gravité des cas traités¹⁶⁶. C'est au médecin d'apporter la preuve que sa clientèle requiert des soins plus intenses que celle de ses collègues. Or, cette preuve est difficile à apporter.

Pour éviter le reproche de polypragmasie, le médecin peut avoir intérêt à ne pas accepter des cas coûteux ou à renvoyer de tels malades auprès de spécialistes, d'EMS ou d'hôpitaux¹⁶⁷. Le médecin qui procède ainsi parvient à faire baisser son coût moyen. Cependant, le renvoi de ces malades ne résout rien, mais au contraire fait augmenter la facture totale de santé, puisque tant les médecins spécialistes que les hôpitaux sont globalement plus chers.

Les opposants de la méthode statistique critiquent encore sa tendance à provoquer une spirale baissière¹⁶⁸. Au fur et à mesure que les médecins intériorisent le risque de polypragmasie, ils s'efforcent de réduire leurs coûts, infléchissant ainsi la moyenne du coût moyen, avec pour résultat que de plus en plus de médecins se situent au-delà du plafond de 130 et sont exposés à des demandes en paiement. Se crée donc une dynamique à la baisse potentiellement sans fin. A cet égard, le médecin dont le coût moyen est anormalement bas ne s'expose à aucune sanction de santésuisse, alors même que cette dernière est aussi censée vérifier les autres exigences fixées par la LAMal, en particulier celles d'efficacité et d'adéquation¹⁶⁹. On relèvera toutefois que, depuis la mise en œuvre de la LAMal, le coût moyen par patient ne diminue pas; tout au plus, le rythme de croissance ralentit¹⁷⁰.

2.10.3 Le respect des directives

La médecine basée sur les preuves ("*evidence-based medicine*") incite le médecin à baser ses décisions thérapeutiques sur des preuves scientifiques solides, de plus en plus souvent résumées et reformulées sous forme de directives ("*guidelines*"). Ces directives tentent de standardiser les traitements à dispenser en fonction des

¹⁶⁶ Cf. André Dubey et François Dufresne, *supra* note 88, p.13.

¹⁶⁷ Cf. par ex. M. Tackenberg, Critères d'économie au cabinet médical, 2 Société des médecins du canton de Berne (2005).

¹⁶⁸ Cf. postulat du parlementaire Bea Heim, *supra* note 65.

¹⁶⁹ Cf. Christine Kaiser, Les recommandés de santésuisse, 37 Politique et Santé (15 septembre 2006).

¹⁷⁰ Les chiffres de santésuisse pour 2006 indiquent que la hausse des prestations brutes versées aux médecins par l'AOS n'a été que de 1,7% sur la période 2006-2006 (pour un total de prestations de CHF 4,7 milliards). Cf. Commentaire cité *supra* sous note 2. Le montant moyen des prestations de médecins par assuré (hors remise de médicaments en propharmacie) a été de CHF 559.- en 2002, CHF 566.- en 2003, CHF 625.- en 2004, CHF 615.- en 2005, et CHF 627.- en 2006. Id. p.8.

caractéristiques du patient. Par exemple, en fonction des facteurs de risque cardiovasculaire que le médecin a identifiés, tel patient devra bénéficier d'un traitement médicamenteux¹⁷¹.

Les directives ont souvent la conséquence pratique d'étendre le nombre de patients devant recevoir un traitement ou un suivi médical. Même si elles promettent des bénéfices de santé publique (par exemple une réduction des hospitalisations ou une baisse de la mortalité), elles augmentent les coûts de traitement par le médecin. Or, si seule une minorité de médecins observent strictement ces directives, ces médecins risquent d'avoir un coût moyen par patient supérieur à ceux de leurs collègues. L'impératif d'économicité, tel qu'aiguillonné par le contrôle d'économicité, entre en conflit avec le respect des directives. Le médecin pourrait donc se voir reprocher une polypragmasie alors même que chacune de ses décisions était conforme aux directives de sa spécialité.

2.10.4 Les patients non pris en compte

Le système LAMal est ainsi conçu qu'il appartient généralement aux patients d'envoyer à leurs caisses la note d'honoraires reçue du médecin. Or, avec le recours croissant à des franchises élevées, certaines caisses demandent à leurs assurés de ne pas envoyer de factures tant que leur total n'atteint pas la franchise. Dès lors, tant que la facture n'est pas adressée pour remboursement à la caisse-maladie, elle n'apparaîtra pas dans la base de données. Par conséquent, le total des coûts du médecin répertoriés dans la base de données ne reflétera pas l'intégralité des soins dispensés par ce médecin. Plus ce médecin soigne de patients à franchise élevée, moins son coût moyen par patient figurant dans la base de données de santésuisse sera exact. Si les patients ayant une franchise élevée occasionnent moins de frais que ceux ayant une franchise basse (ce qui semble *a priori* logique), le médecin est exposé à un risque accru de demande pour polypragmasie¹⁷². Il en va de même pour les patients dits de passage qui ne sont pas assurés par la LAMal. Par exemple, les médecins installés dans une région touristique et qui soignent surtout une clientèle de passage ne bénéficient pas de l'avantage qui consisterait à faire baisser sensiblement leur coût moyen¹⁷³.

Heureusement, les médecins peuvent pallier ces inexactitudes en soumettant leurs propres calculs issus de l'ensemble de leurs notes d'honoraires. De plus en plus de médecins font gérer leurs notes d'honoraires par des services externes appelés TrustCenters¹⁷⁴. Ces services sont capables d'effectuer des calculs analogues à ceux opérés par santésuisse, avec l'atout supplémentaire que toutes les notes d'honoraires

¹⁷¹ Cf. par ex. Société Suisse d'Endocrinologie et Diabétologie, Prévention et dépistage de la maladie coronarienne chez le patient diabétique, 81 Bulletin des médecins suisses p.2596 (2000).

¹⁷² Cf. André Dubey et François Dufresne, *supra* note 88, p.14.

¹⁷³ On peut se demander si le système actuel de polypragmasie doit ou non tenir compte des soins dispensés à des patients non assurés selon la LAMal. Compte tenu des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne, il faudrait en tout cas prendre en compte les patients européens.

¹⁷⁴ Les 11 TrustCenters sont répertoriés sur le site de NewIndex sous http://www.newindex.ch/f/partner_kooperation.asp. Voir aussi la note 121 *supra*.

(coûts directs uniquement) sont prises en compte, qu'elles aient fait ou non l'objet d'un remboursement par la caisse-maladie.

2.10.5 Composition du groupe de référence

Certains commentateurs considèrent que le groupe de référence sélectionné aux fins de la comparaison statistique n'est pas toujours adéquat. La critique porte d'abord sur les différences importantes qui peuvent exister au sein de certains cantons¹⁷⁵. Ainsi, certains cantons sont divisés en zone tarifaire distincte pour le calcul des primes à payer par les assurés, alors que tous les médecins du canton sont appréhendés globalement par la méthode statistique¹⁷⁶. Pour les détracteurs du système, des médecins pratiquant en zone urbaine ou en zone rurale auront des coûts différents sans que cela ne doive leur être reproché.

S'agissant d'inégalité cantonale, des critiques ont aussi reproché une disparité d'application de l'article 56 LAMal selon la volonté des secrétariats régionaux de santé suisse¹⁷⁷. Ainsi, certains cantons dénombrent bien plus de procédures judiciaires que d'autres¹⁷⁸ (à ce sujet également le chapitre 3.7. ci-dessous).

Les objections visent également l'importance donnée à la *spécialité FMH*, critère appliqué abstraitement, indépendamment de l'activité réellement déployée par le médecin¹⁷⁹. Ainsi, un rhumatologue dont la pratique médicale est en réalité celle d'un médecin généraliste bénéficiera de la "marge" supplémentaire accordée aux rhumatologues. Inversement, un médecin généraliste qui a axé sa pratique sur des patients atteints de maladies chroniques n'aura pas cette marge de manœuvre, à moins qu'il ne parvienne à fournir la preuve d'un besoin plus intensif de soins (cf. chapitre 2.8.2. ci-dessus). De même, un "ob-gyn" qui effectue des accouchements n'aura pas la même structure de coûts que celui qui n'en fait pas; un oncologue qui dispense des médicaments pour chimiothérapie aura des coûts plus élevés que celui qui administre ces traitements à l'hôpital.

Une autre critique qui affecte le groupe de comparaison est liée à sa représentativité. Plus ce groupe est nombreux, plus sa distribution (courbe de Gauss) a des chances d'être normale. A l'inverse, si ce groupe est restreint, il n'est plus forcément représentatif d'une pratique médicale conforme aux prescriptions légales; au contraire, il peut y avoir une forte variabilité entre les médecins du groupe de contrôle. Prenons deux hypothèses simplifiées: un groupe de contrôle composé de 10 médecins, dont 5 ont

¹⁷⁵ Cf. par ex. réponse du Conseil fédéral à l'interpellation de Teuscher, *supra* note 62.

¹⁷⁶ Cf. Henri Siegenthaler, Effets pervers de la statistique mise au point par santé suisse pour le contrôle de l'économicité des traitements, 86 Bulletin des médecins suisses p.2605 (2005). Les cantons divisés en régions de primes sont Fribourg, Bâle-Campagne, Schaffhouse, Tessin et Valais (deux régions), ainsi que Zurich, Berne, Lucerne, St-Gall, Grisons et Vaud (trois régions).

¹⁷⁷ Pour un aperçu des découpages cantonaux de santé suisse, voir sur son site sa page Régions.

¹⁷⁸ Selon François Baertschi, "quinze médecins genevois sont déjà passés devant le Tribunal arbitral". Cf. article sur le site de l'association des médecins du canton de Genève, "Nouveaux moutons noirs – Médecins "tondus" par les assurances et les fraudeurs" (18 octobre 2007).

¹⁷⁹ Cf. aussi K 30/99, consid. 8.c).

un coût moyen par patient de CHF 900 et 5 un coût de 1'100 (moyenne de CHF 1'000), respectivement un groupe de contrôle dont les 10 médecins se répartissent en 5 médecins à 700.- et 5 autres à 1'300. Dans la première hypothèse, il semble raisonnable d'admettre la polypragmasie d'un onzième médecin dont le coût moyen serait de CHF 1'301; dans la seconde hypothèse, condamner au remboursement ce onzième médecin n'a guère de sens puisque son coût moyen est équivalent à celui de la moitié de ses collègues. Ainsi, la distribution du coût moyen par patient dans le groupe de contrôle devrait être un élément connu lors de l'application de la méthode statistique¹⁸⁰.

2.10.6 ANOVA: la boîte noire

Ainsi qu'il a été exposé au chapitre 2.8.3., santésuisse a conçu l'outil ANOVA (intégré à son pool de données depuis 2004) de manière à pouvoir tenir compte des différences liées à l'âge et au sexe des patients ainsi qu'au canton où pratique le médecin concerné. Selon santésuisse, l'application d'ANOVA permet d'étendre et d'améliorer la comparaison entre médecins alors même que les patients et le canton de pratique sont différents. Elle rendrait par exemple possible la comparaison entre des généralistes pratiquant à Genève et ceux du Valais.

Cependant, l'application d'ANOVA et les conséquences qui en découlent n'ont à ce jour pas été validées par la jurisprudence. A ma connaissance, aucun tribunal n'a tranché la question de savoir si l'indice ANOVA peut être pris en compte pour établir, puis chiffrer une polypragmasie. Cette question est importante, car on pourrait imaginer le cas d'un médecin qui n'aurait rien – ou moins – à rembourser en application de l'indice classique qu'en application de l'indice ANOVA. Le problème est d'autant plus significatif que santésuisse présente son outil ANOVA comme un fait établi, sans signaler qu'il n'a pas été explicitement accepté par les tribunaux et sans révéler quelles sont les variables statistiques qui le sous-tendent¹⁸¹.

S'agissant de l'ajustement lié à l'âge et au sexe des patients, il conviendrait premièrement de savoir sur quelles bases santésuisse procède-t-elle à cette adaptation (sur la base des données des collègues du *canton*, sur la base des données des collègues au niveau *fédéral* ou sur une base historique¹⁸²). Deuxièmement, il faudrait savoir si le groupe de contrôle utilisé pour effectuer cet ajustement est suffisamment grand pour être statistiquement fiable. Il est probablement également nécessaire de connaître la distribution du groupe de contrôle afin de s'assurer que sexe-âge sont corrélés aux coûts de manière similaire chez tous les médecins inclus dans le référentiel.

¹⁸⁰ La confidentialité des données des médecins constituant le groupe de contrôle peut être préservée, en présentant la distribution des coûts moyens de manière lissée.

¹⁸¹ Dans son papier de positionnement d'octobre 2007, cité *supra* sous note 77, santésuisse écrit que "[d]epuis l'année statistique 2004, la méthode ANOVA est appliquée aux procédures d'économicité de santésuisse. [...] La procédure statistique de santésuisse est donc étayée non seulement au plan juridique, mais aussi scientifique."

¹⁸² Le document de santésuisse intitulé "Explications concernant la méthode ANOVA" (cité *supra* sous note 95) laisse entendre que l'adaptation sexe/âge se fait sur une base *intercantonale* pour la *spécialité* médicale considérée.

S'agissant de l'ajustement *intercantonal*, santésuisse n'a fourni aucune information permettant de comprendre comment ANOVA y parvient. On suppose que sont pris en compte des facteurs liés au coût de la vie dans les différents cantons, mais on ignore entièrement lesquels. On ignore également si les facteurs pris en compte sont des indicateurs fiables pour pronostiquer des différences de coûts moyens par patient entre les cantons. Rien n'est dit sur les tests effectués pour valider cet outil. Tout au plus, santésuisse signale que la "méthode ANOVA a été expertisée par le séminaire sur les statistiques de l'EPF de Zurich"; cependant, aucun compte-rendu écrit n'a été mis à disposition.

Dans ces circonstances, il est impossible de porter un jugement éclairé sur la fiabilité scientifique de la méthode ANOVA. Or, tant que ces informations font défaut, les tribunaux ne peuvent pas juger la pertinence juridique de la méthode ANOVA, ni par conséquent entériner son application.

2.10.7 La stigmatisation

Quand bien même le TFA considère qu'une condamnation pour polypragmasie n'emporte pas un jugement de valeur négatif sur le médecin, ni d'ailleurs de faute de sa part¹⁸³, la communauté médicale la perçoit comme manifestation stigmatisante¹⁸⁴. Les termes parfois employés dans ce contexte peuvent accentuer cette impression. Ainsi, le Conseil fédéral a régulièrement employé le terme "moutons noirs" pour désigner les médecins non-économiques; l'expression a été reprise par santésuisse.

De même, les lettres qu'envoie santésuisse aux médecins soupçonnés de polypragmasie emploient parfois un langage agressif, qui peut mettre mal à l'aise même le médecin qui n'a rien à se reprocher. Les médecins se sont également plaints que leurs explications écrites à santésuisse ne faisaient pas l'objet de réponse prompte et circonstanciée¹⁸⁵. Suite à ces critiques, santésuisse a modifié le modèle de lettre adressée systématiquement aux médecins dépassant le seuil de 130. Dans certains cantons, les relations entre santésuisse et les médecins demeurent toutefois tendues.

¹⁸³ Dans son arrêt inaugurant le contrôle fédéral d'économicité de 1969, le TFA écrivait que la condamnation à la restitution "ne veut pas dire que le recourant [le médecin] a, de mauvaise foi, profité de la caisse. Le traitement économique, tel que l'exige l'art. 23 LAMA, s'apprécie en fonction de critères objectifs, donc également à l'aide d'une sorte de moyenne qu'un médecin, le cas échéant, ne doit pas se croire tenu d'observer en tout état de cause, subjectivement parlant." RJAM 1970 p. 89. Voir aussi l'ATF 99 V 193, consid. 3 (la violation de l'art.23 aLAMA "n'entache point [la] qualification professionnelle [du médecin] mais indique qu'il n'avait pas entièrement compris la nécessité de traiter les assurés le plus économiquement possible"); l'arrêt du 20 octobre 1981, consid. 4.a), RJAM 1982 No 489 p.127.

¹⁸⁴ Voir également l'article de Jean-Louis Duc, La polypragmasie dans l'assurance sociale – l'application faite des règles légales, Cahiers genevois et romands de sécurité sociale, N°39-2007, et également à partir du site <http://www.unige.ch/droit/mdv>.

¹⁸⁵ Cf. Christine Kaiser, *supra* note 169.

2.10.8 Base légale pour le paiement des frais induits

La doctrine s'est montrée critique vis-à-vis de l'obligation du médecin de "rembourser" non pas seulement les prestations qu'il a facturées en trop, mais aussi celles qu'il a *induites* en trop (arrêt K 150/03). Pour de nombreux auteurs, le paiement des frais induits ne trouve pas appui dans le texte de l'article 56 LAMal ("restituer les sommes reçues à tort"). Selon ISELIN, l'interprétation selon les méthodes littérale, historique et systématique doit aboutir à nier l'obligation de payer pour les surcoûts indirects¹⁸⁶. Même si une interprétation téléologique de la disposition pourrait soutenir la position du Tribunal fédéral, "au vu de la sévérité portée aux droits constitutionnels, il semble indispensable qu'il existe une base légale formelle claire et précise pour un remboursement des coûts indirects."¹⁸⁷ MONIKA GATTIKER a développé la même argumentation¹⁸⁸: "*Die Auslegung von Art. 56 Abs. 2 KVG lässt nicht den Schluss zu, dass der Gesetzgeber den Einbezug der veranlassten Kosten beabsichtigte. Dagegen spricht zunächst bei der grammatikalischen Auslegung der eindeutige Wortlaut von Art. 56 Abs. 2 Satz 2 KVG [...] Die anderen Auslegungsmethoden lassen entweder keinen Rückschluss zu oder sprechen eher gegen den Einbezug der veranlassten Kosten in die Forderungen gemäss Art. 56 Abs. 2 KVG.*"¹⁸⁹

Dans les arrêts K 150/03¹⁹⁰ et K 113/03¹⁹¹, le TFA a rejeté ces critiques. Il affirme que l'article 56 LAMal n'a fait que reprendre les règles existantes de l'ancien droit; de surcroît, une interprétation téléologique dicte une appréciation globale des coûts afférents à l'activité du médecin.

3. PROCEDURE

Ce chapitre aborde les différentes questions d'ordre procédural que suscitent les actions en polypragmasie. L'accent est ici mis sur la procédure *judiciaire*, même si, en pratique, la majorité des dossiers trouvent solution avant procès, principalement lors des discussions entre santésuisse et le médecin concerné. Même lorsqu'une action en justice est introduite par les caisses-maladie, les transactions extra-judiciaires demeurent nombreuses. En effet, les procédures judiciaires sont si longues que les parties ont intérêt à convenir d'un compromis¹⁹².

¹⁸⁶ Cf. Iselin, *supra* note 31, p.115-125.

¹⁸⁷ Id. p. 121.

¹⁸⁸ Monika Gattiker, Veranlasse Kosten – Einbezug in die Forderungen wegen Überarztung nach Art. 56 Abs. 2 KVG? PJA 2005 p.1098-1112.

¹⁸⁹ Id. p.1112.

¹⁹⁰ K 150/03, consid. 7.

¹⁹¹ Id. consid. 8.

¹⁹² La longueur des procédures est en partie due aux nombreux recours qui l'émaillent (voir par l'exemple la procédure relatée dans l'arrêt K 124/03). Même lorsque la procédure en polypragmasie aboutit à une décision finale exigeant le remboursement du médecin, cette décision ne garantit pas que le médecin accepte de verser le montant mis à sa charge. En effet, des médecins ainsi condamnés se déclarent parfois insolvables. La procédure reprend alors sur la base de la Loi sur la poursuite pour dettes et faillite.

3.1. La répartition du fardeau de la preuve et les moyens de preuve

Le degré de preuve dans les actions selon la LAMal, en particulier celle pour polypragmasie, est celui de la *vraisemblance prépondérante*¹⁹³. Ce standard est plus élevé que la simple vraisemblance, mais nettement moins élevé que la preuve exigée en matière civile et *a fortiori* pénale.

Il revient aux assureurs qui souhaitent l'application de la méthode statistique de produire les chiffres qui établissent un dépassement au-delà de la marge de 30%. Les caisses soumettent au tribunal la statistique annuelle pour le médecin considéré et son groupe de contrôle. Ces chiffres *suffisent* à établir une polypragmasie, à moins que le médecin ne montre en quoi sa pratique présente des particularités qui justifient le dépassement de coût¹⁹⁴.

La jurisprudence ne dit pas clairement comment le médecin doit faire valoir les spécificités de son cabinet. En application des principes généraux, le médecin doit établir, avec une vraisemblance prépondérante, d'une part l'existence de facteurs justifiant les surcoûts, et d'autre part, le degré d'influence de ces facteurs sur son coût moyen. Sauf si le tribunal cantonal accepte d'entrer en matière sur sa demande d'application de la méthode analytique (ce qui est rare), le médecin devra soumettre ses propres statistiques pour expliquer son dépassement. Il sera dans une meilleure position s'il peut aussi soumettre les statistiques de ses collègues composant son groupe de comparaison¹⁹⁵. Au besoin, Santéuisse doit donner suite à la demande du médecin de fournir des données *agrégées* concernant le groupe de contrôle. En effet, chaque partie a une obligation de collaborer; elle doit notamment produire les pièces à sa disposition¹⁹⁶. Ce devoir est particulièrement important s'agissant d'actions pour polypragmasie car le tribunal cantonal n'a pas lui-même accès aux informations et pièces nécessaires pour trancher. De surcroît, le tribunal cantonal ne peut pas se contenter d'admettre les

¹⁹³ Arrêt K 23/03, consid. 5, renvoyant à K 101/92, consid. 5a; K 30/99, consid. 8.b). "Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables." ATF 125 V 193, consid.2.

¹⁹⁴ Le Conseil fédéral a écrit ainsi: "Dans une jurisprudence désormais bien établie, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) n'a pas seulement considéré que la méthode statistique utilisée par Santéuisse était suffisante à elle seule pour trancher de l'existence ou de l'absence de polypragmasie (surconsommation médicale), mais il a fini par considérer le résultat élevé obtenu par un médecin sur la base de cette méthode non plus simplement comme un indice, mais comme un mode de preuve de polypragmasie." Réponse au postulat Bea, *supra* note 65.

¹⁹⁵ Cf. ATF 130 V 377 (K 150/03).

¹⁹⁶ K 148/04, consid. 5.4; K 150/03, consid. 5.1; K 23/03, consid. 4.2; K 90/01, consid. 3a; K 93/02, consid. 5.1; K 108/01, consid. 6.1.

allégués non contestés d'une partie. Il doit "procéder à tout le moins à quelques vérifications au moyen de pièces que le recourant [doit] être invité à produire"¹⁹⁷.

3.2. Les juridictions compétentes

Conformément à l'article 59 alinéa 2 LAMal, la demande en paiement est du ressort d'un tribunal cantonal appelé tribunal arbitral¹⁹⁸. Celui-ci jouit d'une compétence générale pour les litiges entre caisses-maladie et fournisseurs de prestation (article 89 alinéa 1 LAMal). La compétence *ratione loci* est déterminée par le lieu d'installation du cabinet du médecin¹⁹⁹.

Le tribunal arbitral cantonal doit être composé de manière paritaire, avec à sa tête un président neutre²⁰⁰. Les cantons sont tenus d'instituer pareil tribunal et de fixer les règles de procédure à suivre; la procédure doit toutefois être simple et rapide²⁰¹. Sous le nouveau droit, les cantons sont libres d'instituer une instance de conciliation obligatoire²⁰².

Plusieurs cantons disposent de commissions paritaires²⁰³ qui examinent les dossiers de polypragmasie. De plus en plus, ces commissions ne sont pas intégrées au système judiciaire cantonal, mais sont créées en marge de celui-ci, par convention entre les assureurs et les sociétés de médecine. Leur rôle varie également selon les cantons. Certaines commissions reçoivent et analysent quasiment tous les dossiers de médecins

¹⁹⁷ K 148/04, consid. 5.4. A Genève, selon l'article 45 alinéa 3 LaLAMal " [...] le tribunal statue après avoir permis aux parties de s'expliquer, soit oralement, soit par un échange de mémoires si la nécessité s'en fait sentir, et après avoir procédé à toute mesure probatoire utile. Il établit les faits d'office et apprécie librement les preuves."

¹⁹⁸ A Genève, voir l'article 39 LaLAMal.

¹⁹⁹ Article 89 alinéa 2 LAMal.

²⁰⁰ Article 89 alinéa 4 LAMal. A Genève, l'article 43 LaLAMal prévoit: "[s]itôt la cause introduite, le président invite chacune des parties à choisir, dans un délai déterminé, parmi les juges de son groupe, celui qui est appelé à siéger. Lorsque l'assuré lui-même est partie, il choisit un juge parmi les représentants des caisses-maladie. Si une des parties n'a pas fait son choix dans le délai imparti, la désignation est faite par le président du tribunal."

²⁰¹ Article 89 alinéa 5 LAMal. A Genève, l'article 39 LaLAMal stipule: "[u]n Tribunal arbitral (ci-après « le tribunal ») est chargé aux termes de l'article 26, alinéa 4, de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité, de l'article 89 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie et de l'article 57 de la loi fédérale sur l'assurance-accidents de trancher les litiges entre assureurs et fournisseurs de prestations. Il est nommé pour 4 ans par le Conseil d'Etat, sur proposition des organismes et groupements intéressés."

²⁰² A Genève, l'article 41 LaLAMal stipule: "[l]e tribunal ne peut entrer en matière avant que le cas ait été soumis à un organisme de conciliation prévu par convention [note: aucun actuellement à Genève] ou à une tentative de conciliation conformément aux dispositions de l'article 45." Selon l'article 45 alinéa 2 LaLAMal: "[s]i le cas n'a pas été soumis à un organisme de conciliation prévu par convention, le président du tribunal tente de concilier les parties." Cf. aussi K 114/00, consid. 2, où le TFA met en doute la possibilité de créer, par voie conventionnelle, un double degré de juridiction (commission paritaire, puis pseudo-recours au tribunal arbitral cantonal).

²⁰³ Il n'y a pas actuellement de commission paritaire à Genève, la précédente commission ayant été instituée par la convention TARMED cantonale, depuis dénoncée par SantéSuisse.

dont l'indice dépasse 130²⁰⁴; d'autres commissions ne traitent que les dossiers qui vont être déferés au tribunal arbitral cantonal²⁰⁵.

La convention-cadre TARMED (au niveau fédéral) du 5 juin 2002 prévoit elle aussi la constitution de commissions paritaires pour arbitrer des litiges entre assureurs et médecins, pour vérifier le bien-fondé de traitements médicaux et pour prescrire des sanctions en cas de violation de la LAMal²⁰⁶. Pour l'instant, cette disposition n'a pas été utilisée pour créer des instances paritaires ayant une compétence en matière de polypragmasie.

3.3. Les parties à la procédure judiciaire

Les caisses-maladie ont le droit d'agir conjointement contre le médecin à qui elles réclament le trop-perçu²⁰⁷. Seules les caisses-maladie agréées pour la Suisse ont qualité pour agir²⁰⁸. Très souvent, une action en justice sera menée par une vingtaine de caisses. Chacune doit cependant être dûment identifiée²⁰⁹; la référence générale à un groupe de caisses sous la même direction ne suffit pas²¹⁰. La représentation par santésuisse ou par sa section cantonale est la règle²¹¹; en revanche, santésuisse ne peut pas agir en son propre nom²¹².

La recevabilité est appréciée séparément pour chaque caisse, la condition étant que la caisse doit avoir remboursé des factures du médecin en cause²¹³. Si toutes les caisses qui ont remboursé des prestations au médecin ne participent pas à l'instance, le montant calculé sur la base du pool doit être réduit des frais à la charge des caisses non parties²¹⁴. En revanche, les caisses parties à l'instance n'ont pas besoin de spécifier

²⁰⁴ C'est le cas de la commission paritaire neuchâteloise.

²⁰⁵ Voir par exemple le descriptif de la procédure zurichoise par Jürg Pellaton, Procédures d'économicité dans le canton de Zurich, 88 Bulletin des médecins suisses p.353 (2007).

²⁰⁶ Cf. son article 17.

²⁰⁷ ATF 127 V 281, consid. 5.d), qui ajoute même qu'une "disposition de procédure cantonale qui ferait obstacle à une action collective menée de front par plusieurs caisses-maladie [...] serait contraire au droit fédéral."

²⁰⁸ Cf. K 23/03, consid. 1.2, où la participation à l'action par une caisse liechtensteinoise a été rejetée.

²⁰⁹ Voir par exemple K 83/05, consid. 3.1; K 124/03, consid. 3.1; K 127/01, consid. 3.3; K 9/00, consid. 3.2.

²¹⁰ Cf. K 23/03, consid. 2.

²¹¹ Cf. K 142/05, consid. 3. Cf. aussi ATF 127 V 281, consid. 3.

²¹² Cf. par ex. ATF 110 V 347. Voir aussi l'arrêt du 4 février 1982 (RJAM 1982 no 505 p. 211, consid.3.b)) où le médecin a tacitement admis le vice de procédure corrigé par l'instance cantonale.

²¹³ K 30/05, consid. 5.2; K 30/05(bis) du 12 mars 2007, consid. 6.2. Voir cependant le considérant 3.3 de l'arrêt K 6/06: "*Es schadet daher auch nicht, wenn einzelne Kläger in der fraglichen Zeit keine Leistung erbracht haben, wie dies die Beschwerdeführerin in Bezug auf die ÖKK Winterthur geltend macht; diese wird gegebenenfalls bei der internen Aufteilung leer ausgehen.*"

²¹⁴ K 93/02, consid. 8.1.

quelle part reviendra à chacune d'elle²¹⁵; la répartition du montant alloué globalement relève de leur propre appréciation²¹⁶.

3.4. Les délais

Deux délais gouvernent l'action des caisses basée sur l'article 56 LAMal²¹⁷. Le TFA a précisé qu'il s'agit de délais de péremption, et non de prescription²¹⁸; ils ne peuvent être ni interrompus, ni suspendus²¹⁹. Ils ne peuvent pas être modifiés par convention entre caisses-maladie et médecins. Une fois l'action introduite dans les délais, elle peut s'étendre ensuite sur plusieurs années – ce qui est souvent le cas compte tenu de la tendance à recourir au TFA – sans que d'autres délais que ceux imposés par la CEDH ne soient à prendre en compte²²⁰. Si l'agissement du médecin relève du droit pénal, les délais plus longs propres à l'infraction qui lui est reprochée s'appliquent²²¹.

Le *premier délai* est d'une année à compter du jour où la statistique de santé suisse indiquant le coût moyen annuel du médecin est mise à disposition des caisses. La caisse préserve ce délai si elle introduit dans l'année son action en justice devant le tribunal arbitral des assurances ou, selon les cantons, devant l'instance de conciliation²²².

Il n'est pas impératif qu'elle chiffre à ce stade sa prétention²²³. En effet, la procédure cantonale doit précisément servir à évaluer le montant à mettre à charge du médecin. Il faut en revanche que la demande permette d'identifier clairement la nature de l'action, soit une prétention tendant au paiement des prestations fournies ou induites en trop²²⁴. Si une action est déjà introduite contre un médecin et que les chiffres de l'année statistique suivante font apparaître que le médecin a de nouveau excédé le coût annuel moyen de son groupe, les caisses peuvent compléter leurs prétentions devant la juridiction cantonale saisie.

²¹⁵ K 6/06, consid. 3.3; K 142/05, consid. 3.1; K 30/05, consid. 4.6.

²¹⁶ K 83/05, consid. 3.4; K 30/05(bis) du 12 mars 2007, consid. 5.6., renvoyant à K 116/03; ATF 127 V 281, consid. 5.d).

²¹⁷ Le TFA a dégagé ces délais en 1977 (ATF 103 V 145, consid. 4; voir ensuite par ex. ATF 126 v 23, consid. 4.a) en appliquant par analogie l'article 47 alinéa 1 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), disposition aujourd'hui abrogée par la Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LAPG) (voir pour le surplus l'article 25 alinéa 3 de cette loi).

²¹⁸ Cf. par ex. K 30/05(bis) du 12 mars 2007, consid. 6.4.1; K 9/00, consid. 2.1, avec renvoi à l'ATF 1190 V 433.

²¹⁹ K 23/03, consid. 7.2; K 127/01, consid. 2.1.

²²⁰ A ce sujet K 30/05(bis) du 12 mars 2007, consid. 5.7. Cf. ATF 103 V 154; arrêt du 4 février 1982, publié en traduction française dans la RJAM 1982 no 505 p. 214-215; K 23/03, consid. 7.2.

²²¹ K 124/03, consid. 5.1., avec renvoi à ATF 103 V 153, consid. 4.

²²² K 30/05, consid. 5.4.1; K 127/01, consid. 2.3.3; K 9/00, consid. 2.2.1. Sous l'ancienne LAMA, la conciliation était obligatoire (article 25 alinéa 4 aLAMA).

²²³ Cf. K 83/05, consid. 3.3; K 142/05, consid. 6; K 9/00, consid. 2.2.2; K 127/01, consid. 2.2.3; K 9/00, consid. 2.2.2.

²²⁴ K 9/00, consid. 2.2.2. et 2.3.2.

Le *deuxième délai* – dit parfois "absolu" – est de *cinq ans* après l'envoi de la plus ancienne facture pour lequel le "remboursement" est demandé²²⁵. Concrètement, si une prétention est évaluée selon la méthode statistique, cela signifie un délai de cinq ans à compter de l'année prise en référence dans la base de données; ce délai ne constitue donc pas une limite supplémentaire par rapport au délai d'une année, qui commence généralement à courir quelques neuf mois après le début du délai de cinq ans.

3.5. Le recours fédéral

Les décisions du tribunal arbitral cantonal peuvent être appelées devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière de droit public (article 82 lettre a de la Loi sur le Tribunal fédéral (LTF) du 17 juin 2005 et article 91 révisé de la LAMal). Pour rappel, le Tribunal fédéral des assurances a été intégré en 2007 au Tribunal fédéral.

Le pouvoir d'examen du TF est réduit. Il n'examine que si l'instance inférieure a violé le droit fédéral ou a abusé de son pouvoir d'appréciation; les constatations de fait ne sont revues que si elles sont manifestement incorrectes, incomplètes ou ont été réunies de manière à violer une norme procédurale essentielle²²⁶. C'est pourquoi les chances de succès de la partie appelante, souvent le médecin, sont plutôt faibles.

3.6 Les intérêts moratoires et les dépens

Selon la jurisprudence fédérale rendue avant l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales (LPGA)²²⁷, la créance des caisses contre le médecin polypragmasique ne porte pas intérêt, sauf convention contraire (peu probable en pratique) ou circonstances particulières (non définies par le TFA)²²⁸.

Depuis 2003, la LPGA est applicable à la procédure devant le Tribunal fédéral²²⁹. Son article 26 prévoit des intérêts moratoires sur les créances de cotisations

²²⁵ K 30/05, consid. 5.4.1.

²²⁶ K 6/06, consid. 2.

²²⁷ LPGA du 6 octobre 2000 (RS 830.1), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003.

²²⁸ L'arrêt K 148/04 rappelle "[s]elon la jurisprudence constante de la Cour de céans, il n'y a en principe pas place, jusqu'à l'entrée en vigueur de la LPGA, pour des intérêts moratoires dans le domaine du droit des assurances sociales, dans la mesure où ils ne sont pas prévus par la loi. Cette jurisprudence est également applicable aux litiges soumis à un tribunal arbitral en matière de prétentions fondées sur la polypragmasie dans l'assurance-maladie (voir ATF 103 V 156 consid. 7), une éventuelle convention des parties sur ce point devant toutefois être prise en compte (ATF 117 V 352 consid. 2; arrêt non publié K. du 18 octobre 1999, K 152/98, consid. 7). La LAMal ne prévoit pas le paiement d'intérêts moratoires dans les contestations portées devant le tribunal arbitral et opposant un médecin à une caisse-maladie.". Sous l'ancienne LAMA, la règle était l'absence d'intérêts moratoires; des exceptions pouvaient justifier l'octroi d'intérêts moratoires (K 108/01, consid. 14; K 107/01, consid. 8.1; ATF 103 V 145, consid. 7.b)).

²²⁹ La LPGA est applicable "aux assurances sociales régies par la législation fédérale, si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient." Art.2 LPGA. Toutefois, l'article 1 LAMal alinéa 2 lettre e précise que la LPGA n'est pas applicable "à la procédure auprès du tribunal arbitral cantonal (art. 89)." Voir aussi l'arrêt genevois A/1789/2005 –

échues, sur les créances échues en restitution de cotisations indûment versées (alinéa 1) et sur les créances de prestations d'assurances sociales que fait valoir l'assuré (alinéa 2). Les créances pour polypragmasie ne relèvent pas des deux catégories de l'alinéa 1. Elles ne semblent pas non plus relever de la catégorie de l'alinéa 2. L'ancienne règle posée par le Tribunal fédéral devrait donc rester applicable. A cet égard, la pratique des cantons semblent varier, avec certains cantons qui accordent sans motivation des intérêts moratoires à 5%, et d'autres qui les refusent.

La procédure de recours fédérale n'est pas gratuite²³⁰. Le calcul des émoluments se fait sur la base de la valeur litigieuse, conformément au Tarif des émoluments judiciaires du Tribunal fédéral du 31 mars 2006²³¹. Les frais de justice avoisinent généralement les CHF 4'500. Depuis quelques années²³², le TFA alloue régulièrement des dépens à la partie victorieuse, le plus souvent de l'ordre de CHF 2'500²³³.

3.7. Les chiffres de santésuisse

En 2007, santésuisse a fait un important effort de transparence en participant et en organisant plusieurs conférences sur le thème de la polypragmasie. Elle a publié des chiffres détaillés sur les procédures y afférentes, chiffres qui n'étaient jusqu'alors guère disponibles²³⁴. Ce sous-chapitre présente les principales données.

Pour l'année 2005²³⁵, santésuisse a calculé que, sur un total de 15'300 médecins pratiquant à charge de la LAMal en cabinet privé, 2'581 (16,9% du total) avaient un coût moyen par patient dépassant de 30% la moyenne de leur groupe²³⁶. Elle a adressé à

ATAS/327/2007 du 26 mars 2007. Compte tenu de la référence spécifique à l'article 89 LAMal, l'exclusion de la LPGa figurant à cet article 1 LAMal ne s'étend pas forcément à la question des intérêts moratoires.

²³⁰ K 6/06, consid. 6; ATF 119 V 448, consid. 6.a).

²³¹ RS 173.110.210.1.

²³² C'est en 1982 (RJAM 1982 No 505 p.211, consid. 6; RAMA 1984 K 573 p.83) que le TFA a admis la possibilité d'octroyer des dépens si l'absence de compensation aurait des conséquences choquantes. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de 1982, le médecin avait de surcroît été condamné pénalement pour escroquerie par métier. Cf. aussi Deschenaux, *supra* note 19, p.545. Voir aussi K 44/94, consid. 5.b), publié au SVR 2/1995 KV 40 p.125.

²³³ Ces dépens sont à calculer en application du Règlement sur les dépens alloués à la partie adverse et sur l'indemnité pour la représentation d'office dans les causes portées devant le Tribunal fédéral du 31 mars 2006 (Etat le 27 décembre 2006) (RS 173.110.210.3).

²³⁴ Voir cependant les quelques chiffres en fin du communiqué de presse de santésuisse du 26 avril 2005, Procédure d'économicité à l'encontre de deux médecins en Valais: huit années de mesures dilatoires; également communiqué de presse du 30 mars 2006, Le TFA condamne un médecin à deux ans d'exclusion de l'assurance de base pour avoir occasionné des dépenses inutiles.

²³⁵ Ces chiffres sont à interpréter avec précaution car ils ne se réfèrent pas forcément à la même période calendaire. Ainsi, les tribunaux ne peuvent être saisis, au plus tôt, que neuf mois après la fin de l'année pour laquelle un surcoût est allégué.

²³⁶ Ces chiffres sont tirés de l'exposé powerpoint de M. Castelli, santésuisse (juin 2007). Les chiffres pour 2004 sont 2'074 médecins en cabinet privé dépassant de 30% la moyenne du groupe de référence sur un total de 15'200 patients; en 2003, 1'265 médecins sur 14'900 médecins dépassaient ce seuil. En 2004, 934 lettres ont été envoyées, contre 398 en 2003. En 2004, 82 entretiens ont été menés, chiffre pratiquement identique que pour 2003. Enfin, 97

740 médecins une lettre les avertissant de ce dépassement (4,8% du total de 15'300). Toujours par rapport à l'année statistique 2005, santésuisse a mené des entretiens avec 191 médecins. Pour cette année, elle a ouvert 88 actions en justice devant la commission paritaire ou le tribunal arbitral cantonal (0,6%).

Les cas de polypragmasie sont répartis très différemment selon les cantons²³⁷. Par exemple, le pourcentage de médecins tessinois recevant la lettre d'avertissement de santésuisse est nettement plus élevé que la moyenne romande. Malheureusement, les données mises à disposition par santésuisse ne permettent pas de chiffrer ces disparités cantonales.

Santésuisse estime qu'en 2004 et 2005, elle a obtenu, par voie judiciaire ou extrajudiciaire, le paiement (brut) de 5,3 millions de francs²³⁸. Ce montant relativement faible s'explique par la durée des procédures et les difficultés lors du recouvrement²³⁹. En revanche, dans les affaires tranchées par le TFA, les montants réclamés sont souvent élevés.

3.8. Les critiques

3.8.1. Une contrainte excessive

Les médecins se plaignent de la manière de communiquer des caisses-maladie, estimant faire l'objet de pressions excessives. Les chiffres exposés ci-dessus montrent effectivement que plusieurs centaines de médecins reçoivent chaque année une lettre de santésuisse leur reprochant une possible polypragmasie.

Pour les caisses-maladie, les démarches de polypragmasie jouent un rôle préventif important²⁴⁰. En contactant de nombreux médecins pour les alerter de ce que leur coût dépasse la moyenne de leur groupe, santésuisse considère les sensibiliser à l'impératif de contrôle des coûts; le médecin peut ainsi prendre conscience des particularités de sa pratique et mener une réflexion sur ce qui permet à ses collègues d'être moins chers. La discussion initiée par le premier courrier adressé par santésuisse convainc généralement le médecin de modifier sa pratique; rares sont les cas où une action devant les tribunaux reste nécessaire.

actions en justice étaient ouvertes en 2004, contre 55 en 2003. Etonnamment, un exposé powerpoint de M. Britt, directeur de santésuisse, fait état de chiffres légèrement différents pour la même période (par exemple, pour 2005, 2'599 médecins sur un total de 17'599 (14,7%) dépassaient l'indice de 130).

²³⁷ Voir la présentation powerpoint de M. Britt, directeur de santésuisse, lors du workshop du 30 août 2007 et celle de M. Marbet, santésuisse, lors du workshop du 6 novembre 2007.

²³⁸ Santésuisse, communiqué de presse du 30 mars 2006, *supra* note 234. Dans son article publié au Bulletin des médecins suisses, Henri Siegenthaler affirme que "la statistique de santésuisse coûterait, par année, quelques 3,5 milliards de francs aux assurés en dépenses inutiles" Cf. Bulletin n° 86, p.2604 (2005).

²³⁹ Voir par exemple les faits exposés dans l'arrêt 1P.500/2001 du 11 octobre 2001, consid. 3.b).

²⁴⁰ Document santésuisse de mai 2006, cité *supra* sous note 76.

3.8.2. Des délais trop brefs

Le délai de péremption d'une année contraint les caisses à agir assez rapidement. Il ne laisse pas toujours le temps au médecin de répondre de manière circonstanciée à la lettre d'avertissement de santésuisse et à cette dernière de prendre position sur la détermination du médecin. Santésuisse s'est montré ouverte à la prolongation du délai actuel²⁴¹.

Par ailleurs, santésuisse octroie un *délai de grâce* d'une année au médecin qui devient polypragmasique. En réalité, ce délai aboutit à ne demander le remboursement que sur la troisième année révélant une polypragmasie. Ainsi, le médecin dont l'indice a dépassé 130 sur l'année 2006 ne reçoit la lettre d'avertissement de santésuisse qu'en automne 2007; il est alors trop tard pour qu'il réagisse et parvienne à diminuer son coût par patient sur l'année 2007. En automne 2008, santésuisse aura la statistique de 2007, mais n'ouvrira pas action puisque le médecin n'a justement pas eu un délai de grâce complet d'une année. Ce n'est donc qu'en automne 2009 que santésuisse pourra décider d'ouvrir action contre le médecin sur la base des chiffres de l'année 2008. Selon des informations reçues de santésuisse, le jeune médecin qui s'installe bénéficie de deux années de grâce, ce qui signifie que le premier remboursement portera sur la 4^{ème} année de statistique et sera exigé au cours de la 5^{ème} année²⁴².

3.8.3. L'accès aux données

Le pool des données qui sert de base de calcul dans la méthode statistique est géré par santésuisse (cf. chapitre 2.4. ci-dessus). L'association faîtière autorise un accès (partiel) à toutes personnes intéressées. Contre paiement²⁴³, chaque médecin peut demander à recevoir les données le concernant; il peut également se renseigner sur son indice par rapport à son groupe de comparaison. Grâce à cet accès, il pourra vérifier si sa clientèle est similaire à celle de ses collègues, sous l'angle de la classe d'âge et du sexe majoritaire. En revanche, le pool de données ne contient pas d'information sur le diagnostic posé par le médecin, sur la nationalité des patients, sur leur degré de morbidité. Par conséquent, le médecin qui veut établir des particularités qui justifient un dépassement du coût moyen ne trouvera pas les preuves nécessaires dans le pool des données. Il devra plutôt analyser en détail sa propre pratique et s'efforcer de trouver ailleurs des données comparatives.

Pour faire face à ce qui était perçu comme un déséquilibre des forces en présence, notamment s'agissant de l'accès à l'information, les médecins se sont eux aussi regroupés pour créer leur propre base de données. Cette tâche a été confiée aux

²⁴¹ Selon santésuisse, "compte tenu du délai de prescription très court d'une année, les assureurs sont souvent contraints d'engager une procédure avant que toutes les autres possibilités de négociation soient épuisées". Id.

²⁴² Le délai de grâce soulève d'autres questions qui n'ont pas été résolues, notamment celle de savoir si le délai de grâce recommence à courir lorsque le médecin cesse d'être polypragmasique pendant une année.

²⁴³ Le coût de cette prestation est de CHF 65.- par an. Cf. onlineshop de santésuisse.

TrustCenters régionaux (cf. aussi chapitre 2.10.4 et note 121). Ceux-ci concluent des contrats de service avec les médecins désireux de disposer d'un suivi de leurs coûts. Ainsi, les médecins disposent de données très détaillées sur leur cabinet et sur leurs coûts directs. En revanche, les coûts indirects (notamment les médicaments remis en pharmacie) ne sont pas pris en compte par les TrustCenters.

L'objectif des médecins participant aux TrustCenters est de parvenir à ce qu'ils appellent la "parité des données", c'est-à-dire une situation où le médecin acquiert une plus grande maîtrise sur son activité professionnelle et ses données. Par le biais des services du TrustCenter, le médecin s'assure que les données présentées par santésuisse sont correctes et complètes²⁴⁴. Il peut aussi, grâce à l'analyse régulière de sa pratique, anticiper les possibles problèmes, voire modifier son activité afin d'éviter le déclenchement d'une action pour polypragmasie. Cette parité des données peut aussi servir à diminuer le sentiment "d'impuissance face aux caisses-maladie."²⁴⁵ Pour santésuisse, ces données sont acceptables, même si elles ne font généralement que confirmer les calculs obtenus par le pool de données²⁴⁶.

4. LES AUTRES SANCTIONS EN RAPPORT AVEC LA POLYPRAGMASIE

En sus de la demande de "remboursement" des frais allant au-delà de "l'intérêt de l'assuré et [du] but du traitement", d'autres mesures menacent le médecin polypragmasique. Le présent chapitre décrit ces autres sanctions²⁴⁷.

4.1. Le non-remboursement de factures individuelles

Indépendamment des actions pour polypragmasie²⁴⁸, chaque caisse peut refuser au médecin (dans le système du tiers payant) ou au patient (dans le système du tiers garant) le remboursement de prestations qu'elle juge ne pas être à sa charge en vertu de

²⁴⁴ Comme il a été exposé au chapitre 2.3., une divergence peut notamment provenir du fait que le pool de données de santésuisse n'intègre que les factures soumises par les assurés pour remboursement. *A contrario*, lorsqu'une facture n'est pas envoyée à l'assureur, par exemple parce que l'assuré a choisi une franchise élevée, elle n'est pas intégrée au pool. En revanche, pareilles factures figurent dans les bases de données des TrustCenters.

²⁴⁵ NewIndex, Argumentaire (2002).

²⁴⁶ Santésuisse a de surcroît émis un doute sur leur indépendance; selon elle, "il convient de se demander si les données recueillies en vue d'un contrôle doivent provenir de ceux qui font l'objet dudit contrôle". Id. Toutefois, il s'agit normalement des mêmes données que celles qui peuplent le pool de santésuisse.

²⁴⁷ La convention-cadre entre santésuisse et la FMH relative au TARMED prévoit elle aussi des sanctions qui reprennent en partie la typologie des sanctions basées sur la LAMal (article 10). Les sanctions conventionnelles sont prononcées par la Commission paritaire de confiance.

²⁴⁸ La 1^{ère} phrase de l'article 59 alinéa 2 (refus ponctuel) opère indépendamment de sa seconde phrase (polypragmasie). Cf. par ex. K 124/03, consid. 6.1.2. En revanche, si des factures ont été refusées ou restituées, elles ne doivent plus apparaître dans la statistique des caisses servant de base à l'action en polypragmasie.

la LAMal²⁴⁹ (article 59, alinéa 2, 1^{ère} phrase, LAMal). Elle peut également demander le remboursement si elle a déjà effectué le paiement²⁵⁰; cette demande peut être dirigée contre le médecin ou contre le patient²⁵¹. Elle peut porter sur de *multiples prestations*, par exemple le remboursement de soins ou de médicaments sur une longue période²⁵². La caisse doit prouver que la ou les prestations n'étaient pas à charge de la LAMal; il s'agit d'une appréciation individuelle du cas d'espèce. Le patient peut, pour sa part, faire valoir sa bonne foi si pendant une longue période il a obtenu le remboursement sans objection de la caisse.

4.2. L'avertissement et l'amende

Conformément à l'article 59 alinéa 1 LAMal²⁵³ et en sus d'une procédure en polypragmasie, une caisse peut saisir le tribunal arbitral cantonal pour faire prononcer un avertissement à l'encontre du médecin (lettre a) ou pour le faire condamner au paiement d'une amende (lettre c). Les fédérations d'assureurs, notamment santésuisse, peuvent également saisir un tribunal d'une telle demande. En pratique, ces possibilités semblent n'avoir guère été utilisées²⁵⁴.

4.3. L'exclusion du système LAMal

Déjà sous l'ancienne loi, en application de l'article 24 aLAMA, le médecin pouvait être privé de son droit de pratiquer à charge de l'assurance-maladie²⁵⁵. Une

²⁴⁹ Cf. K 124/03, consid. 6.1.2., renvoyant à l'arrêt K 39/95.

²⁵⁰ Cf. K 25/02 (publié sous SVR 2/2003 KV 7, p.33). Lorsque la caisse agit en remboursement contre le patient, ce dernier peut éventuellement faire valoir une prétention en indemnisation à l'encontre du médecin s'il est établi que le patient n'était pas d'accord de recevoir des prestations non-remboursées par les caisses et que le médecin n'a pas satisfait à son devoir d'information en matière financière. Cf. également K 43/99 du 22 décembre 2000, où l'assuré a dû rembourser à la caisse les frais d'un médicament hors liste des spécialités.

²⁵¹ Pour une demande en remboursement dirigée contre le médecin, voir par exemple le jugement cantonal vaudois publié au SVR 1/1995 KV 39 p.123. Pour une demande contre le patient, voir par exemple le jugement cantonal genevois du 16 août 2007, A/4460/2006 ATAS/852/2007. Pour un refus de la caisse de rembourser l'assuré, voir l'arrêt publié au RAMA 1999 No 993 p.182.

²⁵² L'assuré peut cependant faire valoir sa bonne foi, si le comportement de la caisse (par ex. remboursement sans objection pendant une certaine période) a créé l'impression que celle-ci admettait la prise en charge de la prestation. K 25/02, consid. 5.2.

²⁵³ Dans le cadre de la 2^{ème} révision LAMal, le Message du Conseil fédéral du 18 septembre 2000 (objet 00.079) proposait une nouvelle version de l'article 59 LAMal. Lors des débats parlementaires, le Conseil national avait décidé d'étendre encore la portée de cette disposition, en complétant les agissements pouvant aboutir à des sanctions. Suite à l'échec de cette 2^{ème} révision LAMal en décembre 2003, le projet d'amender l'article 59 a été intégré, moyennant quelques modifications, au projet 1A de révision LAMal de mai 2004 (FF 2004, p.5141); la version actuelle de l'article 59 a finalement été adoptée par une modification du 8 octobre 2004 de la LAMal, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005.

²⁵⁴ Santésuisse ne dispose pas de chiffres à ce sujet.

²⁵⁵ Voir l'ATF 106 V 40, consid. 5.bb) qui renvoie à un arrêt du 15 décembre 1955 où l'exclusion de la pratique des caisses fut pour la première fois confirmée par le TFA.

disposition similaire a été reprise dans la LAMal à l'article 59²⁵⁶. Le Conseil fédéral a tenu à renforcer cette sanction, en révisant cette disposition avec effet au 1^{er} janvier 2005²⁵⁷.

Selon le TFA, l'exclusion consacre la rupture du lien de confiance, lequel doit nécessairement exister entre les caisses et le médecin pratiquant à charge de la LAMal²⁵⁸. Lorsque le médecin trahit par son comportement son mépris des principes d'économicité, la poursuite des rapports avec les assureurs-maladie ne peut plus être exigée²⁵⁹.

Dans sa teneur actuelle, l'article 59 alinéa 1 lettre d prévoit qu'un médecin qui, pour la deuxième fois ("récidive"), n'a pas respecté les "exigences relatives au caractère économique... des prestations" peut être exclu de toute activité à la charge de la LAMal²⁶⁰. Le médecin doit être conscient qu'il risque l'exclusion s'il est à nouveau établi que sa pratique a été polypragmasique; un avertissement formel n'est toutefois pas nécessaire²⁶¹. La sanction de l'exclusion se veut sanction ultime.

L'exclusion peut être définitive ou temporaire²⁶². Le médecin exclu conserve le droit de traiter des patients qui ne sont pas assurés par la LAMal ou qui sont d'accord de payer les soins de leur propre poche. En pratique toutefois, une exclusion oblige le médecin à fermer son cabinet.

Les tribunaux hésitent souvent à prononcer l'exclusion et lorsqu'ils s'y résolvent, elle est d'assez courte durée²⁶³. Par exemple, dans son arrêt du 25 janvier 2006 (K 45/04), le TFA a confirmé une exclusion de deux ans à l'encontre d'un médecin ayant fréquemment pratiqué de manière polypragmasique entre 1976 et 2001 et ayant fait l'objet d'une demi-douzaine d'arrêts²⁶⁴! Par voie de conséquence, une exclusion

²⁵⁶ K 45/04, consid. 3.2 et 3.3.

²⁵⁷ Cf. Modification du 8 octobre 2004, FF 2004 p.1071-1073 et message du Conseil fédéral du 26 mai 2004, FF 2004 p.4019 (04.031).

²⁵⁸ K 45/04, consid. 3.2.; ATF 120 V 481, consid. 2.b); ATF 106 V 40, consid.5.

²⁵⁹ Plus généralement sur les motifs pouvant conduire à l'exclusion, voir l'ATF 120 V 481 du 13 octobre 1994, rendu sous l'ancienne LAMA, et dans une affaire de fausse prescription médicale; également l'ATF plus ancien 106 V 40 du 25 avril 1980, où le reproche tenait à la fois à la polypragmasie et aux fausses factures du médecin.

²⁶⁰ Conformément à ce que précise l'article 59 alinéa 3 lettre a LAMal, cette sanction peut être prononcée notamment si le médecin n'a pas respecté l'exigence "du caractère économique des prestations au sens de l'art. 56 al. 1". La sanction peut aussi être prononcée dans les autres cas de figure énumérés à l'article 59 alinéa 3 LAMal.

²⁶¹ K 45/04, consid. 4.3.

²⁶² K 45/04, consid. 3.2.

²⁶³ Le principe de proportionnalité dicte la durée de l'exclusion. Voir ATF 120 V 481, consid. 4.

²⁶⁴ Cf. K 45/04, consid. 4.2 et aussi K 46/04; K 15/01; K 19/00; K 208/97; K 101/92; K 103/97, K 73/02. Voir le communiqué de presse de santésuisse du 30 mars 2006, note 234 *supra*. Dans l'arrêt du 25 avril 1980 (ATF 106 V 40), l'exclusion avait été prononcée pour deux ans et demi: le médecin avait fait de surcroît l'objet de condamnations pénales.

définitive ne s'envisage guère à moins que le comportement du médecin ne relève du droit pénal (cf. chapitre suivant)²⁶⁵.

4.4. Les éventuelles sanctions pénales

L'article 92 LAMal sanctionne pénalement celui qui obtient, en application de la LAMal, une prestation à laquelle il n'a pas droit, en usant d'indications fausses ou incomplètes. La sanction est l'emprisonnement pour six mois au plus ou l'amende. Dans le contexte de la polypragmasie, le médecin doit avoir établi ses notes d'honoraires de manière fausse ou incomplète ou doit avoir fourni des explications complémentaires, écrites ou orales, de manière fausse ou incomplète. Ainsi, un médecin qui tente de justifier son coût moyen supérieur à la moyenne en faisant état de particularités de son cabinet qui ne sont pas véridiques peut se rendre coupable d'un délit selon l'article 92 LAMal. A ce jour, cette disposition ne semble pas avoir été appliquée.

Un médecin peut aussi se rendre coupable d'infractions sanctionnées par le Code pénal²⁶⁶. Celui qui intentionnellement fournit des soins dont ses patients n'ont pas besoin ou qui délibérément essaie de se faire rembourser par les caisses des soins qui ne sont pas à charge de celles-ci s'expose à une accusation d'escroquerie (article 146 CP) s'il a eu recours à des manœuvres astucieuses pour convaincre ses patients du besoin de soins, respectivement pour amener les caisses à rembourser des montants qui n'étaient pas dus²⁶⁷. Cette disposition n'est pas souvent appliquée et le Tribunal fédéral a récemment admis le recours d'un médecin condamné sur cette base par le tribunal cantonal vaudois²⁶⁸.

²⁶⁵ Voir à ce sujet Deschenaux, *supra* note 19, p.547.

²⁶⁶ Lorsque l'état de fait de l'article 146 CP est réalisé, il englobe en principe la violation de l'article 92 LAMal. Cf. arrêt du 20 septembre 2004 6S.298/2004, consid. 2.2.

²⁶⁷ Cf. jugement 6P.145/2006-6S.323/2006 du 4 avril 2007. Dans la même affaire, par un jugement séparé (6S.318/2006), le Tribunal fédéral a écarté l'accusation de gestion déloyale (article 158 CP), car le médecin mis en cause n'avait pas une position de garant vis-à-vis du centre médical pour lequel il travaillait. Sur la notion d'astuce, voir dans l'accusation dirigée contre un assuré ayant perçu à tort des indemnités journalières, l'arrêt du Tribunal fédéral 6S.298/2004, consid. 2.2.

²⁶⁸ S'agissant d'une escroquerie à l'encontre des caisses, le Tribunal fédéral relève au consid. 3. de l'arrêt susmentionné 6P.145/2006: "une tromperie astucieuse constitutive d'escroquerie ne saurait en revanche être envisagée car on ne se trouve pas en présence d'un rapport de confiance comparable à celui qui lie le patient et son médecin. Par ailleurs, la LAMal instaure un système de contrôle qui permet aux caisses-maladie de procéder à diverses vérifications et leur confère le droit et même le devoir d'examiner les notes qui leur sont soumises." La portée exacte de ce passage demeure peu claire.

5. RECOMMANDATIONS

Le système actuel de contrôle de l'économicité, basé principalement sur la méthode statistique, permet un contrôle systématique et relativement rapide de tous les médecins. Tel que mis en œuvre par santésuisse, il a un effet dissuasif certain auprès des médecins. Les défauts qui l'affectent sont pour partie dus à cet impératif d'efficacité globale. Ainsi, la méthode analytique est certainement plus précise et confronte davantage le médecin à ses responsabilités puisqu'elle lui montre en quoi certaines de ses décisions n'étaient pas économiques. Cependant, elle est compliquée à mettre en œuvre, à tel point qu'il n'est pas possible de l'appliquer à tous les médecins qui dépassent le seuil de 130. Le compromis – entre une méthode relativement efficace, même si imprécise et parfois injuste, et une méthode plus ciblée et juste, mais trop lente pour être généralisée – est difficile à trouver.

Certaines améliorations au système actuel peuvent toutefois être envisagées à relativement court terme. La transparence dont a dernièrement fait preuve santésuisse devrait être étendue²⁶⁹. Pour chaque canton, santésuisse devrait publier un rapport annuel, indiquant le nombre de médecins dépassant le seuil de 130, leur coût par patient et celui de leur groupe de référence, le nombre de lettres envoyées et de procédures ouvertes. Chaque procédure devrait être brièvement décrite, notamment pour ce qui est des spécificités admises et des marges supplémentaires accordées. Des informations minimales sur les transactions extra-judiciaires devraient également être fournies. Le total par canton des montants récupérés devrait être indiqué. Cette transparence doit servir aux médecins qui souhaitent adapter leur pratique médicale pour éviter tout reproche de polypragmasie et à ceux qui ont à faire valoir auprès des caisses les spécificités de leur pratique.

De même, santésuisse devrait soumettre des explications complètes sur l'outil ANOVA, de façon à permettre aux statisticiens, puis aux tribunaux, de décider de sa pertinence scientifique et juridique. L'usage d'autres outils de même nature (par exemple, la base de données TARMED appelée pool tarifaire²⁷⁰) dans le cadre de procédures en polypragmasie devrait bénéficier de la même transparence. Les pratiques cantonales des différentes sections de santésuisse devraient faire l'objet de discussions avec les fédérations de médecins, afin d'identifier les plus efficaces et corriger les moins bonnes.

L'autre amélioration souhaitable concerne les commissions paritaires. Celles-ci ont un rôle important à jouer en favorisant entre médecins et caisses un dialogue qui ne soit pas purement juridique, mais d'abord d'ordre médical. Les commissions paritaires

²⁶⁹ Cf. aussi l'avis du Conseil d'éthique de la statistique publique suisse sur la statistique des fournisseurs de prestations de santésuisse (2006).

²⁷⁰ Depuis 2004, santésuisse recueille aussi des données sur les factures reçues des médecins en fonction des positions tarifaires TARMED. Ces données alimentent le "pool tarifaire", parfois désigné comme "le petit frère" du pool des données. Cf. brochure de santésuisse intitulée "Pool de données, Portrait". Cependant, on ne sait guère comment le pool tarifaire est utilisé dans les procédures de polypragmasie.

jouissent à cet égard d'une crédibilité que les tribunaux, qui ne sont pas réellement spécialisés dans ce domaine, n'ont pas nécessairement. En examinant chaque année de nombreux dossiers de médecins, la commission paritaire acquiert une vision d'ensemble de la pratique médicale du canton. Par rapport au tribunal arbitral qui ne voit qu'une poignée de cas, la commission paritaire est dans une meilleure position pour identifier les médecins polypragmasiques. Son expertise juridique et ses connaissances médicales lui sont également utiles pour remplir une tâche éducative auprès des médecins qu'elle évalue. Elle peut ainsi leur expliquer les buts légitimes du contrôle de l'économicité et les inciter à modifier leur pratique.

Ces commissions paritaires devraient également intervenir de manière plus décidée auprès des sociétés médicales lorsqu'elles estiment qu'un médecin refuse manifestement d'adapter ses habitudes et ses coûts. En effet, les sociétés médicales devraient assumer une responsabilité vis-à-vis de membres dont la pratique s'écarte trop nettement de la norme. On pourrait imaginer que ces sociétés médicales prennent le relais, par exemple en effectuant un examen selon la méthode analytique du cabinet du médecin trop dispendieux et en proposant ensuite d'éventuelles mesures correctives.

Le système actuel est loin d'être parfait, mais il pourra être amélioré si les caisses-maladie et les médecins poursuivent le débat. Cet article doit contribuer à fournir un cadre clair à ces discussions.