

La polypragmasie et ses conséquences dans l'assurance- maladie

MEMOIRE

présenté

par

Lara de Heller

sous la direction de la Professeure

Bettina Hummer

Lausanne, le 3 novembre 2023

Bibliographie	3
Table des arrêts	9
Table des abréviations	10
I. Introduction	11
A. De la aLAMA à la LAMal	12
B. Introduction aux articles 56 et 59 LAMal.....	13
C. L'autorisation de pratiquer à charge de l'assurance sociale.....	13
1. Le cadre éthique	13
2. Le cadre législatif	14
II. Les concepts clés.....	16
A. Les coûts de la santé et la structure TARMED.....	16
B. Les critères d'efficacité, d'adéquation et d'économicité.....	17
1. Les principes	17
2. Le critère d'efficacité	18
3. Le critère d'adéquation	18
4. Le critère d'économicité.....	19
C. La polypragmasie.....	20
1. L'historique.....	20
2. Les différents organes de contrôle.....	21
3. Les conditions d'une action en polypragmasie	22
a) Les bases légales.....	22
b) Les méthodes de contrôle	23
i. La méthode analytique	23
ii. La méthode statistique	24
iii. La combinaison des deux méthodes.....	26
4. Le constat de la polypragmasie	27
5. Les conséquences.....	27
6. Les éventuelles autres sanctions liées à la polypragmasie	28
a) L'avertissement (art. 59 al. 1 let. a LAMal).....	29
b) La restitution (art. 59 al. 1 let. b LAMal).....	29
c) L'amende (art. 59 al. 1 let. c LAMal).....	30
d) L'exclusion (art. 59 al. 1 let. d LAMal)	30
e) Les sanctions pénales (art. 92 al. 1 let. b LAMal ; art. 146 CP).....	31
III. Les aspects procéduraux	32
A. Les juridictions cantonales compétentes.....	32
B. Les parties à la procédure	33
C. Les moyens de preuve	34
D. Le recours fédéral.....	35
IV. Examen de la pratique relative aux cas de polypragmasie	36
A. L'application par les tribunaux – arrêts fédéraux	36
1. Arrêt du TFA, K 139/00 du 9 juillet 2001.....	36
a) Résumé de l'arrêt	36
i. En fait	36
ii. En droit.....	36
b) Commentaire de l'arrêt.....	37
2. Arrêt du TF, 9C_535/2014 du 15 janvier 2015	38

a)	Résumé de l'arrêt	38
i.	En fait	38
ii.	En droit.....	38
b)	Commentaire de l'arrêt	40
B.	L'application par les tribunaux – un arrêt cantonal	41
1.	Tribunal arbitral des assurances, arrêt ATAS/776/2016 du 16 septembre 2016	41
a)	Résumé de l'arrêt	41
i.	En fait	41
ii.	En droit.....	42
b)	Commentaire de l'arrêt	43
V.	Conclusion.....	44

Bibliographie

Articles de presse

ATS, *Déjà une hausse de 7,5% des coûts de la santé depuis le début de l'année en Suisse*, 2023, disponible sous : <https://www.letemps.ch/suisse/deja-une-hausse-75-couts-sante-debut-lannee-suisse> (consulté le 5 août 2023).

GERBER Michelle/KRAFT Esther/BOSSHARD Christoph, *La surconsommation de prestations médicales : un problème de qualité*, Bulletin des médecins suisses, 2016, p. 236 ss.

KILCHENMANN Emmanuel, *Deux risques particuliers menacent les médecins*, 2016, disponible sous : <https://www.letemps.ch/economie/deux-risques-particuliers-menacent-medecins> (consulté le 11 juillet 2023).

MÜLLER Patrick/KESSLER Thomas, *Echange d'expériences sur la nouvelle méthode de sélection*, Bulletin des médecins suisses, 2021, p. 73 ss.

RUTZ Jean-Philippe, *De plus en plus de médecins attaqués en justice par les assurances maladie*, 2021, disponible sous : <https://www.rts.ch/info/suisse/12726880-de-plus-en-plus-de-medecins-attaques-en-justice-par-les-assurances-maladie.html> (consulté le 17 août 2023).

Doctrine

AEBI-MÜLLER Regina E./FELLMANN Walter/GÄCHTER Thomas/RÜTSCHÉ Bernhard/TAG Brigitte, *Arztrecht*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2016.

BALDE Juliana, *Tribunal arbitral des assurances : de la maîtrise des coûts de la santé ?*, CGSS N°40, 2008, p. 57 ss.

BLECHTA Gabor/COLATRELLA Philomena/RÜEDI Hubert/STAFFELBACH Daniel (édits), *Krankenversicherungsgesetz, Krankenversicherungs-aufsichtsgesetz*, Basler Kommentar, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2020 (cité BSK KVG-AUTEUR-E, art. X N Y).

BRIDEL Danielle, *Histoire de l'assurance-maladie* in Gilliard Pierre (édit), Ed. Réalités sociales, Lausanne, 1990, p. 15 ss.

BRULHART Vincent, *L'économicité en matière d'assurance*, Responsabilité et Assurance (REAS), Dike Verlag AG 2014, p. 376 ss.

CATTANEO Daniele, *Il controllo dell'economicità delle cure prestate del medico*, in IRAL (édit), *LAMal – KVG, Recueil de travaux en l'honneur de la société suisse de droit des assurances*, Lausanne 1997, p. 413 ss.

DESCHENAUX François-Xavier, *Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie sociale, en particulier en ce qui concerne le médecin*, in *Le droit des assurances sociales en mutation : mélanges pour le 75^e anniversaire du Tribunal fédéral des assurances*, Stämpfli, Berne 1992, p. 527 ss.

DFJP, OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, *2007.20 Surveillance sur les organisations faïtières dans l'assurance-maladie Avis de droit du 21 juin 2007*, Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, 2007, p. 352 ss (cité JAAC 2007 n° 20).

DONZALLAZ Yves, *Traité de droit médical – Volume I L'État, le médecin, les soignants et le patient : entre droit, éthique et règles de l'art*, Stämpfli Verlag AG 2021, p. 779 ss, p. 811 ss, p. 1013 ss, p. 1380 ss,

DUC Jean-Louis, *Article 56 LAMal et polypragmasie (1999)*, CGSS Hors Série N°3, 2001, p. 115 ss.

DUC Jean-Louis, *Des procès pour polypragmasie : un arrêt récent du Tribunal fédéral des assurances*, *Pratique Juridique Actuelle (PJA) 1/2002*, p. 76 ss.

DUC Jean-Louis, *La polypragmasie dans l'assurance sociale – l'application faite des règles légales*, CGSS N°39, 2007, p. 59 ss.

DUC Jean-Louis, *La polypragmasie sous l'empire de l'article 23 LAMA et au regard de l'article 56 LAMal (1998)*, CGSS Hors Série N°3, 2001, p. 107 ss.

DUC Jean-Louis, *La polypragmasie – notion, preuve, sanctions. Vers une modification ou évolution de la jurisprudence ?* *Pratique Juridique Actuelle (PJA) 2009*, p. 203 ss.

DUC Jean-Louis, *L'art. 23 LAMA relatif aux traitements économiques (1993)*, CGSS Hors Série N°3, 2001, p. 103 ss.

DUC Jean-Louis, *Les assurances sociales en Suisse : survol de l'assurance-maladie, de l'assurance-accidents, de l'AVS, de l'assurance-invalidité, du régime des prestations complémentaires à l'AVS/AI ainsi que de la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, avec un aperçu de l'assurance-chômage*, Lausanne 1995.

DUC Jean-Louis, *Repenser la LAMal après le verdict populaire du 11 mars 2007*, *Pratique Juridique Actuelle (PJA) 2007*, p. 856 ss.

DUC Jean-Louis, *Traitement non économique et polypragmasie – rapports entre les articles 56 et 59 LAMal. Tribunal fédéral, IIe Cour de droit civil, Arrêt du 15 janvier 2015, Tf 9C_535/2014*, *Pratique Juridique Actuelle (PJA) 2015*, p.1204.

DUPONT Anne-Sylvie, *Le financement résiduel des soins de longue durée : une brèche dans le principe de l'économicité ?*, in Lendfers Miriam/Gächter Thomas/ Mosimann Hans-Jakob (édits), Dike Verlage AG, 2020, p. 75 ss.

DUPONT Anne-Sylvie/MOSER-SZELESS Margit, *Loi sur la partie générale des assurances sociales*, commentaire romand, Bâle, 2018 (cité CR LPGA-AUTEUR, art. X LPGA N Y).

EUGSTER Gebhard, *KVG : Statistische Wirtschaftlichkeitsprüfung im Wandel*, Jusletter 25 juin 2012.

FILLIETTAZ CURTET Caroline, *Les soins de santé dans l'assurance-maladie sociale suisse : point de vue historique*, CGSS n°33-127, 2004, p. 127 ss.

FRESARD-FELLAY Ghislaine/KAHIL-WOLFF Bettina/PERRENOUD Stéphanie, *Droit Suisse de la sécurité sociale, Vol. II*, Stämpfli Editions SA, Berne 2015.

GIANELLA Luisa, *Il controllo dell'economicità dei trattamenti medici : la nozione di polipragmasia nella giurisprudenza del Tribunale federale delle assicurazioni* in Borella/Meyer/Greber/Kahil-Wolff/Duc/Roggo/Gianella/Cattaneo (édits), Helbing & Lichtenhahn, Lugano, 2006, p. 121 ss.

GREBER Pierre-Yves/KAHIL-WOLFF Bettina, *Cours d'introduction au droit Suisse de la sécurité sociale*, CGSS Hors Série N°2, 1998, p. 51 ss.

GREBER Pierre-Yves/KAHIL-WOLFF Bettina, *Introduction au droit Suisse de la sécurité sociale*, CGSS N°37, 2006, p. 81 ss.

GUILLOD Olivier, *Droit médical*, Bâle, 2020.

ISELIN Edouard, *Polypragmasie et étendue de l'obligation de restitution au sens de l'art. 56 al. 2 LAMal*, Revue suisse des assurance sociales et de la prévoyance professionnelle (RSAS) 2006, p. 106 ss.

JUNOD Valérie, *Polypragmasie, analyse d'une procédure controversée*, CGSS N°40, 2008, p. 129 ss.

KAHIL-WOLFF HUMMER Bettina, *Droit des assurances sociales*, Journal des tribunaux – Droit public, droit constitutionnel et administratif – Jurisprudence fédérale, 2018, p. 155 ss.

LONGCHAMP Guy, *Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_776/2016*, Newsletter, 2017.

MARTENET Vincent/DUBEY Jacques, *Constitution fédérale*, commentaire romand, 1^{ère} éd., Bâle 2021 (cité CR Cst.-AUTEUR, art. X N Y).

ROSSINI Stéphane, *La gouvernance des politiques suisses de santé*, Ed. Réalités sociales, Lausanne, 2014.

SCARTAZZINI Gustavo, *Le caractère efficace, approprié et économique des prestations dans l'assurance-maladie suisse*, CGSS N°36, 2006, p. 9 ss.

SCHÄREN Fritz, *Die Stellung des Arztes in der sozialen Krankenversicherung (Das "Arztrecht" des KUVG)*, Schulthess, Zürich 1973.

Documentation officielle

CODE DE DEONTOLOGIE DE LA FMH du 8 juin 2023.

OFFICE FEDERAL DE LA SANTE PUBLIQUE, *Adaptation du tarif médical TARMED* du 16 août 2017.

OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, *Coûts et financement du système de santé en 2021* du 25 avril 2023.

Sitographie

BOLGIANI Iva/CRIVELLI Luca/DOMENIGHETTI Gianfranco, *Le rôle de l'assurance maladie dans la régulation du système de santé en suisse*, 2006, disponible sous : <https://www.cairn.info/revue-francaise-des-affaires-sociales-2006-2-page-239.htm> (consulté le 11 juillet 2023).

BOUDRY Jean-François/STUDER Jean-Paul/VILLARD Gilbert, *Le Tarmed, les médecins et la presse*, Revue Médicale Suisse, 2004, disponible sous : <https://www.revmed.ch/revue-medicale-suisse/2004/revue-medicale-suisse-2488/le-tarmed-les-medecins-et-la-presse> (consulté le 7 août 2023).

CEREGHETTI Antonella, *Nul n'est censé ignorer ... comment faire face à l'accusation de polypragmasie*, Revue Médicale Suisse, 2008, disponible sous : <https://www.revmed.ch/revue-medicale-suisse/2008/revue-medicale-suisse-177/nul-n-est-cense-ignorer-comment-faire-face-a-l-accusation-de-polypragmasie> (consulté le 3 juillet 2023).

DUBEY André/DUFRESNE François, *Étude du contrôle du caractère économique des traitements basé sur les statistiques du Concordat des assureurs maladie suisses*, Lausanne, 2000, disponible sous : https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEWja8K_bmYaAAxU8UqQEHRpbAzIQFnoECA0QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.physicianprofiling.ch%2FFPHYEtudeLamalLausanne2000.pdf&usg=AOvVaw01DcND8NBaPHWkiU11Oi-7&opi=89978449 (consulté le 11 juillet 2023).

EISENRING Claudia/HESS Kurt, *Wirtschaftlichkeit und Qualität der Arztpraxis*, Schweizerisches Gesundheitsobservatorium (Obsan), 2004, disponible sous : <https://www.obsan.admin.ch/de/publikationen/2004-wirtschaftlichkeit-und-qualitaet-der-arztpraxis> (consulté le 11 juillet 2023).

FRANCIOLI Olivier, *Contrôle de l'économicité (screening) des médecins : les honoraires médicaux sous la loupe des assurances maladie*, 2020, disponible sous : <https://www.maviedemedecin.ch/articles/controle-de-l-economicite-screening-des-medecins> (consulté le 11 juillet 2023).

GUILLOD Olivier/AMEY Laura, *Les conflits d'intérêts dans le système de santé suisse*, 2015, disponible sous : <https://www.cairn.info/les-conflits-d-interets-a-l-hopital-public--9782810903719-page-41.htm> (consulté le 11 juillet 2023).

HAEFELI Simon, *Critique de la procédure d'économicité*, 2008, disponible sous : https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjmg9XVqYaAAxU8UqQEHRpbAZIQFnoECBEQAQ&url=https%3A%2F%2Fsaiez.ch%2Fjournalfile%2Fview%2Farticle%2Fszm_saez%2Ffr%2Fbms.2008.13856%2F910b81a6f140a5f57b412a40e3711ff7f7abc54e%2Fbms_2008_13856.pdf%2Frsrc%2Fjf&usg=AOvVaw0qDd-ZlXHDI-QpX4hq-W0T&opi=89978449 (consulté le 11 juillet 2023).

JUNOD Valérie, *Polypragmasie : enfin une bonne nouvelle*, 2011, disponible sous : <https://doi.org/10.4414/bms.2011.15846> (consulté le 10 juillet 2023).

KESSLER Thomas/D'ANGELO Mirjam/TRITTIN Anke, *Les nouveautés sur le front de l'évaluation de l'économicité*, 2017, disponible sous : <https://doi.org/10.4414/bms.2017.05391> (consulté le 10 juillet 2023).

MOILLEN Marcel, *Contrôle de l'économicité par santé suisse en cabinet médical : quel message pratique ?*, Revue Médicale Suisse, 2009, disponible sous : <https://www.revmed.ch/revue-medicale-suisse/2009/revue-medicale-suisse-225/controle-de-l-economicite-par-santesuisse-en-cabinet-medical-quel-message-pratique> (consulté le 11 juillet 2023).

SCHWEIZER Samuel/TRÜMPLER Ralph/WERDER Gregori, *Wild West bei Wirtschaftlichkeitsverfahren?*, 2017, disponible sous : <https://doi.org/10.4414/bms.2017.05235> (consulté le 10 juillet 2023).

SVM, *La croissance du PIB est supérieure à celle des coûts de la santé*, in : Société Vaudoise de Médecine, disponible sous : <https://www.svmed.ch/doc-mag/la-croissance-du-pib-est-superieure-a-celle-des-couts-de-la-sante/> (consulté le 11 septembre 2023).

SVM, *Nouvelle clause du besoin et pression sur la valeur du point TARMED*, in : Société Vaudoise de Médecine, disponible sous : <https://www.svmed.ch/nouvelle-clause-du-besoin-et-pression-sur-la-valeur-du-point-tarmed/> (consulté le 10 octobre 2023).

Textes légaux

Convention-cadre TARMED.

Statuts santésuisse, 2015.

Table des arrêts

ATF 98 V 158
ATF 99 V 193
ATF 103 V 154
ATF 106 V 40
ATF 110 V 187
ATF 110 V 347
ATF 119 V 448
ATF 120 V 481
ATF 125 V 193
ATF 127 V 281
ATF 130 V 377
ATF 133 V 115
ATF 136 V 415
ATF 137 V 43
ATF 139 V 135
ATF 142 V 249

ATF du 27 novembre 2001, K 90/01
ATF du 26 juin 2003, K 93/02
ATF du 30 avril 2004, K 143/03
ATF du 10 août 2004, K 113/03
ATF du 2 décembre 2005, K 148/04
ATF du 25 janvier 2006, K 46/04
ATF du 1^{er} mars 2006, K 142/05

Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-401/2012 du 28 janvier 2014

Arrêt du 31 janvier 2018, II Cour des assurances sociales

TF, arrêt 9C_260/2010 du 27 décembre 2011
TF, arrêt 9C_535/2014 du 15 janvier 2015
TF, arrêt 9C_570/2015 du 6 juin 2016
TF, arrêt 9C_776/2016 du 20 avril 2017
TF, arrêt 9C_180/2021 du 24 juin 2022
TF, arrêt 9C_622/2021 du 14 octobre 2022

Arrêt du Tribunal arbitral du 15 septembre 2022, TARB.2017.1

Table des abréviations

art.	article
al.	alinéa
ANOVA	<i>Analysis of variance</i>
AOS	Assurance obligatoire des soins
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BSK	Basler Kommentar
c.	considérant(s)
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DFJP	Département fédéral de justice et police
EAE	efficacité, adéquation, économicité
éd.	édition
édit./édits	éditeur/éditeurs
FMH	<i>Foederatio Medicorum Helveticorum</i>
FF	Feuille fédérale
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAM	Loi fédérale sur l'assurance militaire
LAMA	Loi fédérale du 13 juin 1911 sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
let.	lettre
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales
LS	Loi sur la santé
LSP	Loi sur la santé publique
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral
N./n°	numéro
OAMal	Ordonnance sur l'assurance-maladie
OFSP	Office fédéral de la santé publique
p.	page(s)
par.	paragraphe
PJA	Pratique Juridique Actuelle
RS	Recueil systématique suisse
ss	et suivants
TFA	Tribunal fédéral des assurances

I. Introduction

Dans un contexte de surconsommation croissante¹, les demandes des patients envers leurs fournisseurs de soins se font de plus en plus fréquentes, et la réponse qu'il peut y être apportée toujours plus encadrée.

En Suisse, la profession médicale est « libre », mais celle-ci semble devenir petit à petit une fonction sociale de l'État², encadrée par cette volonté de réduire la progression des coûts qu'engendre le système de santé, et ce parfois d'une manière très, voire peut-être trop rigoureuse. L'aspect « libre » de cette profession tend de plus en plus à s'amenuiser puisque les admissions à pratiquer à charge des assurances sociales ne font que baisser, et ceci notamment du fait de l'introduction de la « clause du besoin » et du contrôle effectué par les cantons³.

Avec l'entrée en vigueur de la LAMal⁴ le 1^{er} janvier 1996 et des trois types d'innovations qu'elle apporte, à savoir des mesures de solidarité, la maîtrise des coûts, et l'inclusion dans le catalogue de nouvelles prestations⁵, divers changements voient le jour. Bien que la maîtrise des coûts constituait déjà un objectif de l'ancienne loi sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, nous avons pu constater durant ces dernières années qu'il devient presque une priorité de réduire l'accroissement de ceux-ci, au détriment parfois d'autres éléments primordiaux, tels que le bon déroulement de la relation entre patients et prestataire de soins ou la qualité des soins fournis.

Depuis plusieurs années, les caisses-maladie renforcent l'analyse de l'économicité des prestations fournies par les prestataires de soins⁶ et opèrent un contrôle par le biais d'une procédure visant à lutter contre la polypragmasie. A ce titre, le Tribunal fédéral a admis que l'on est en présence de polypragmasie 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 semblable, alors qu'aucune circonstance particulière ne justifie la différence de coût* »⁷. L'analyse effectuée, qui a pour but de mener à bien cette mission de maîtrise des coûts de la santé, pourra s'avérer être ressentie comme dénigrante, entraînant un accroissement du sentiment de suspicion⁸ envers les fournisseurs de soins.

Bien que le but soit louable, devoir se justifier alors que la pratique est bonne conduit à un climat de crainte, notamment de se retrouver confronté à des actions qui remettent en cause la conviction profonde sur la manière d'exercer la profession, ce qui risque en définitive de détériorer la relation entre le prestataire de soins et le patient.

¹ GERBER/KRAFT/BOSSHARD, p. 237 ss.

² SCHÄREN, p. 52.

³ SVM, disponible sous : <https://www.svmed.ch/nouvelle-clause-du-besoin-et-pression-sur-la-valeur-du-point-tarmed/> (consulté le 10 octobre 2023).

⁴ Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal), RS 832.10.

⁵ BOLGIANI/CRIVELLI/DOMENIGHETTI, p. 241 ; Filliettaz Curtet, p. 141.

⁶ KESSLER/D'ANGLEO/TRITTIN, p. 208.

⁷ ATF 119 V 448, c. 4.b. ; ATF 103 V 154, c. 5. ; ATF 99 V 193, c. 1.b.

⁸ CEREGETTI, p. 2356.

Au travers de ce travail, nous allons voir de quelle manière les caisses-maladie tentent de réduire la hausse des coûts qu'engendre le système de soins, et les bénéfices ou inconvénients qu'une telle procédure peut avoir sur les différents acteurs du système. Nous tenterons également de mettre en lumière certaines questions soulevées par de telles procédures, puisqu'il est indéniable que les fournisseurs de soins ayant trop facturé doivent être remis à l'ordre, mais bien que la maîtrise des coûts du système soit bénéfique à tous, il ne saurait être toléré que les prestataires de soins honnêtes inclus dans le système de santé soient injustement pénalisés.

A. De la aLAMA à la LAMal

C'est en 1890, sous l'empire de l'ancienne Constitution fédérale de 1874, que la première compétence en matière d'assurances sociales est attribuée à la Confédération⁹. Le 21 janvier 1896, Messieurs Forrer et Kinkelin, chargés par le Conseil fédéral d'étudier l'assurance-maladie et accident née en Allemagne, soumettent deux projets de loi dans ce domaine¹⁰. En 1911, la première loi sur l'assurance maladie et accident, la LAMA, est adoptée, et entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1914. Celle-ci sera pour l'essentiel une loi de subventionnement et de financement par la Confédération des caisses-maladie reconnues, et l'affiliation n'est à ce stade pas obligatoire au niveau fédéral¹¹.

La aLAMA mettait déjà un point d'honneur à lutter contre les abus et contrôler les coûts de la santé¹² en prescrivant à son art. 23 que « *lorsqu'ils traitent des assurés, leurs 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* »¹³. Nous retrouvons donc ici le principe d'économicité¹⁴. Cependant, et nous le verront au fil de ce travail, cet article permettait certes de refuser la prise en charge de mesures non économiques dans des cas isolés, mais celui-ci était également utilisé pour sanctionner la pratique régulière du fournisseur de soins qui ne respectait pas l'obligation de se limiter à la nécessité et au but du traitement¹⁵. La modification de cet article et de son utilisation pour sanctionner une pratique répétée constituera une différence majeure entre la aLAMA et la future LAMal.

En 1996, la LAMal entre en vigueur et apporte donc d'importants changements, puisqu'elle transfère certaines des compétences des cantons vers l'État fédéral¹⁶, notamment en imposant à ces derniers des principes organisationnels uniformes. Dès lors, les caisses-maladie ont pour mandat de couvrir le risque maladie pour toute personne résidant en Suisse, qui s'assure à titre individuel en choisissant sa caisse¹⁷. Tout comme la aLAMA, la nouvelle LAMal a aussi pour objectif de maîtriser les coûts de l'assurance-maladie sociale, ce que nous retrouvons d'ailleurs

⁹ FILLIETTAZ CURTET, p. 129.

¹⁰ FILLIETTAZ CURTET, p. 139 ; BRIDEL, p. 15 s.

¹¹ GUILLOD, p. 80 ; GREBER/KAHIL-WOLFF, CGSS Hors Série N°2, p. 52.

¹² DONZALLAZ, p.802.

¹³ DUC, *Les assurances sociales en Suisse*, p. 274.

¹⁴ DONZALLAZ, p. 802 et références citées.

¹⁵ DUC, *Les assurances sociales en Suisse*, p. 278.

¹⁶ BOLGIANI/CRIVELLI/DOMENIGHETTI, p. 242.

¹⁷ GUILLOD, p. 80 ; GREBER/KAHIL-WOLFF, CGSS Hors Série N°2, p. 62 ss.

à son art. 32¹⁸, et qui se concrétise au fil du temps par le contrôle des art. 56 ss LAMal. L'utilisation de ces articles amènera à diverses controverses que nous aborderons et tenterons d'analyser au fil des chapitres de ce travail.

B. Introduction aux articles 56 et 59 LAMal

Comme déjà mentionné, l'art. 23 aLAMA était utilisé pour sanctionner les cas de polypragmasie et refuser la prise en charge de mesures non économiques¹⁹ sous l'égide de l'ancien système. Cette disposition a été remplacée lors du remaniement de la loi par deux dispositions, les art. 56 et 59 LAMal.

Le remplacement d'une par deux dispositions entrainera des divergences quant à ce qu'il en est de savoir ce que concernent spécifiquement les dispositions. L'art. 56 al. 1 LAMal reprend les principes EAE posés à l'art. 32 LAMal en rappelant l'obligation de l'assureur maladie de supporter les coûts répondant à ces critères cumulatifs²⁰. La LAMal s'est inspirée de la règle de l'art. 23 aLAMA et de la jurisprudence y relative pour adopter l'art. 56 LAMal, qui, selon d'aucuns, n'a plus le caractère général de l'ancien art. 23 aLAMA, étant rédigé de telle manière qu'il ne concerne que l'assuré individuellement²¹. L'art. 23 aLAMA était formulé de manière suffisamment large afin de permettre l'introduction de procès en polypragmasie, ce qui a entraîné des controverses du fait de la rédaction de l'art. 56 al. 2 LAMal. Celui-ci serait rédigé de manière suffisamment claire, en ce sens que ceux qui disposent de la qualité pour demander la restitution des sommes versées à tort sont l'assuré, ou l'assureur directement dans le système du tiers payant²². Dans un arrêt du 9 juillet 2001²³, le Tribunal fédéral a considéré que les assureurs ont un droit propre à demander la restitution des sommes perçues à tort par un fournisseur de soins, même lorsque l'assuré est débiteur de la prestation, ce qui fait écho au système du tiers garant.

De son côté, l'art. 59 LAMal, condamne les prestataires de soins qui ne respecteraient pas les exigences d'économicité à des sanctions²⁴, prononcées par le Tribunal arbitral sur demande des assureurs. L'application de ces deux dispositions fait débat, principalement au niveau du choix et de l'utilisation de celles-ci.

C. L'autorisation de pratiquer à charge de l'assurance sociale

1. Le cadre éthique

Les normes éthiques de la profession médicale étaient déjà, dans les civilisations anciennes, exprimées par des serments médicaux, comme le célèbre Serment d'Hippocrate, conférant au bien-être du patient une place primordiale dans la pratique médicale²⁵. Dans les premiers temps en Suisse, la réglementation de l'exercice des professions de santé relevait de la compétence

¹⁸ GREBER/KAHIL-WOLFF, CGSS Hors Série N°2, p. 71.

¹⁹ DUC, *Traitements non économiques et polypragmasie – rapport entre les articles 56 et 59 LAMal*, p. 4.

²⁰ FF 1992 I 171.

²¹ DUC, CGSS Hors Série N°3, p. 111 ; JUNOD, CGSS N° 40, p. 134.

²² DUC, CGSS Hors Série N°3, p. 116 ; CATTANEO, p. 416 ; DUC, PJA 2007, p. 866 ; DUC, PJA 2015, p. 1206.

²³ ATF 127 V 281, c. 4.

²⁴ RO 2005 1073, TF, arrêt 9C_535/2014, c. 5.1.

²⁵ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHER/TAG, p. 14 ; ROSSINI, p. 21.

des cantons, et c'est lorsque la sécurité des patients devint un point central des politiques de santé publique que moult lois fédérales interférèrent sur la question²⁶.

Au niveau cantonal, il nous est possible de citer non exhaustivement quelques articles de lois qui réglementent la question du compéage et des privilèges économiques indus. Par exemple, l'art. 81 al. 1 de la LSP²⁷ « *interdit à quiconque exerce une profession de la santé au sens de la présente loi de conclure une association ou de contracter une obligation incompatible avec les exigences de sa profession, notamment susceptible de faire prévaloir des considérations économiques sur l'intérêt de la santé du patient ou de porter atteinte à sa liberté de choix* », ou l'art. 64 LS²⁸ qui interdit « *tout accord entre professionnels, notamment de nature financière, susceptible de porter atteinte aux intérêts du patient ou de la collectivité* ». Nous voyons bien ici que l'aspect financier a, de longue date, été un sujet sensible sur lequel une certaine surveillance devait avoir lieu.

Le Code de déontologie de la FMH²⁹ aborde également divers aspects relevant de l'éthique de la profession et des devoirs incombant aux prestataires de soins. A ce titre, les art. 4 et suivants de celui-ci se concentrent sur la relation entre le patient et le médecin, relevant les différents aspects primordiaux de dite relation. L'art. 36 du Code réglemente également la question du compéage, ce qui fait écho aux articles cités au paragraphe précédent.

Du point de vue éthique, il est incontesté que les médecins, du fait de leur profession fondamentalement altruiste, sont tenus d'assurer de manière optimale la sécurité des patients. Mais est-il vraiment possible de proposer le choix le plus efficace si la volonté réelle réside dans l'accroissement du revenu³⁰ ou dans la peur de sortir du cadre imposé ? C'est bien parce que l'assurance-maladie a une visée sociale que se sont développées les diverses sanctions prononçables lorsque la volonté de bénéfice ne respecte plus les critères d'économicité, que nous développerons plus bas.

2. Le cadre législatif

Il convient de rappeler ici que les médecins et toutes personnes exerçant d'autres professions de santé bénéficient de la liberté économique au sens de l'art. 27 Cst³¹. Cependant, les autorités doivent veiller à ce que chacun puisse accéder à des soins de base suffisants, ceci en vertu de l'art. 117a Cst. L'accès aux soins est indéniablement lié à la sécurité sociale puisque ce sont les diverses branches d'assurance sociale qui prennent en charge les coûts des soins de santé³². Offrir des soins de base en suffisance entraîne des contraintes, notamment budgétaires et organisationnelles, dont les autorités doivent tenir compte, tout en respectant les droits fondamentaux des professionnels³³. Toujours en lien avec l'art. 117a Cst, la Confédération est

²⁶ DONZALLAZ, p. 35 ; GUILLOD/AMEY, disponible sous <https://www.cairn.info/les-conflits-d-interets-a-l-hopital-public--9782810903719-page-41.htm>, par. 29 (consulté le 11 juillet 2023).

²⁷ Loi sur la santé publique du 29 mai 1985, RSVD 800.01.

²⁸ Loi sur la santé du 12 mars 2022, RSVS 800.1.

²⁹ Disponible sous : https://www.fmh.ch/files/pdf29/code_de_deontologie_2023-11.pdf (consulté le 10 octobre 2023).

³⁰ GUILLOD/AMEY, disponible sous <https://www.cairn.info/les-conflits-d-interets-a-l-hopital-public--9782810903719-page-41.htm>, par. 18 (consulté le 11 juillet 2023).

³¹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

³² CR Cst.-KAHIL-WOLFF HUMMER, art. 117a Cst N 9.

³³ Idem.

également compétente pour légiférer dans le domaine des professions relatives aux soins médicaux de base, notamment en ce qui concerne la formation des professionnels de santé³⁴. La Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires³⁵ vise à protéger la santé publique et la santé individuelle en garantissant que les personnes qui exercent remplissent un certain nombre de conditions, quand bien même eux seuls ont la qualité pour apprécier l'état physique ou psychique d'un patient et lui fournir le traitement adéquat³⁶. Par exemple, selon l'art. 36 LAMal, les médecins admis à charge de l'assurance-maladie doivent avoir un diplôme fédéral dont les conditions d'obtention sont réglementées par la LPMéd. Selon la jurisprudence, le principe de la liberté économique trouve sa limite dans le monopole de droit de la Confédération en matière d'assurance-maladie, ce qui peut entraîner des restrictions directes ou indirectes de l'activité économique dans certains secteurs privés³⁷. Ainsi donc, lorsqu'un fournisseur de soins décide de rentrer dans le système sanitaire, sa liberté économique est limitée par l'intérêt au contrôle des coûts de la santé, et l'admission à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire sociale est majoritairement soustraite à la liberté économique³⁸. A ce titre, nous relèverons que l'art. 55a LAMal, consacrant la clause du besoin, permet de limiter le nombre de médecins autorisés à pratiquer à charge de l'assurance-maladie. Celle-ci n'empêche pas de délivrer l'autorisation de pratique due si les conditions de la LPMéd sont remplies, mais elle limite cependant la liberté économique des médecins en leur restreignant l'accès de pratique pour le compte de l'AOS.

Selon les art. 16 et 22 al. 1 aLAMA, tous les médecins porteurs du diplôme fédéral et les personnes autorisées par un canton à exercer la médecine pouvaient pratiquer à charge de l'assurance-maladie sociale. Sous réserve de l'obligation de respecter le principe d'économicité de l'art. 23 aLAMA, les médecins admis à pratiquer à charge de l'assurance-maladie jouissaient d'une grande liberté dans le choix et la mise en œuvre des mesures thérapeutiques³⁹.

La prise en charge des prestations n'échappera pas non plus aux conditions de la LAMal, et ce malgré la reconnaissance du principe de l'obligation de prester de l'assurance-maladie⁴⁰. Le fournisseur de soins doit être admis par la LAMal en vertu des art. 35 ss LAMal sous respect de différents critères. Les conditions des art. 36 ss LAMal doivent être remplies et le prestataire de soins a en principe besoin d'une licence pour être admis à charge de l'assurance-maladie, ainsi qu'être affilié à une convention collective ou soumis à un tarif alternatif officiel⁴¹. L'admission d'un prestataire de soins à pratiquer à charge de l'assurance-maladie pose la présomption que les fournisseurs de soins appliquent des traitements et mesures conformément aux conditions de l'art. 32 al. 1 LAMal⁴², ce qui démontre que le système de santé repose sur une confiance qui se veut mutuelle entre les autorités, les assurances et les prestataires de soins en matière de remboursement des prestations médicales.

³⁴ CR Cst.-KAHIL-WOLFF HUMMER, art. 117a Cst N 16.

³⁵ Loi fédérale sur les professions médicales universitaires du 23 juin 2006 (LPMéd), RS 811.11.

³⁶ DONZALLAZ, p. 733.

³⁷ Arrêt du Tribunal administratif fédéral, C-401/2012 du 28 janvier 2014, c. 10.1 ; DONZALLAZ, p. 742 ; AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHER/TAG, p. 12.

³⁸ DONZALLAZ, p. 742 s.

³⁹ DESCHENAUX, Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie sociale, en particulier en ce qui concerne le médecin, p. 531.

⁴⁰ DONZALLAZ, p. 811.

⁴¹ BSK KVG-VASELLA, art. 35 N 2 ; AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHER/TAG, p. 576.

⁴² DONZALLAZ, p. 793 s. ; ATF 142 V 249, c. 4.2.

II. Les concepts clés

A. Les coûts de la santé et la structure TARMED

Durant l'année 2005 en Suisse, les coûts globaux de la santé se sont élevés à 52,9 milliards de francs⁴³, et ces chiffres ne cessent d'augmenter. En effet, en 2021, les dépenses de santé se sont élevées à 86,3 milliards, ce qui correspond à une augmentation de 4,8 milliards par rapport à l'année 2020⁴⁴. Le financement de l'assurance-maladie obligatoire se répartit entre les primes des assurés, les franchises et les quotes-parts ainsi que les diverses contributions étatiques⁴⁵. En vertu de l'art. 61 al. 1 LAMal, les assureurs doivent fixer le montant des primes à charge de leurs assurés, qui sera déterminé en fonction des coûts de la santé et de la constitution de réserves nécessaires à la solvabilité de la caisse-maladie⁴⁶. En supplément du paiement des primes, les assurés ont l'obligation de s'acquitter de ce que l'on appelle « la participation aux coûts ». Nous y retrouvons la franchise, montant fixe par année civile (art. 64 al. 2 let. a LAMal), dont les assurés doivent paiement aux assurances avant de pouvoir demander le remboursement de prestations éventuelles. La participation aux coûts comprend également la quote-part, qui correspond à un montant de 10% des coûts qui excèdent la franchise (art. 64 al. 2 let. b LAMal) jusqu'au plafonnement à 700 francs. En sus de ces contributions individuelles, la Confédération et les cantons participent au financement, par le biais notamment de réduction de primes aux assurés dans le besoin (art. 65 LAMal) ou de subsides⁴⁷.

Malgré cette répartition, la part à charge des assurés ne cesse également d'augmenter, ce qui engendre des conséquences sociales majeures puisqu'une proportion non négligeable de la population peine à s'acquitter de ses primes⁴⁸. Selon la directrice de santésuisse Verena Nold, l'augmentation des coûts de la santé de 7,5% par habitant au cours des deux premiers mois de 2023 devrait entraîner une telle augmentation des primes que les personnes gagnant normalement leur vie auront de grosses difficultés à les payer⁴⁹. Nous avons d'ores et déjà pu assister à une augmentation de 6,6% des primes maladies entre 2022 et 2023, notamment en lien avec la nécessité de rattrapage et la pandémie COVID-19⁵⁰, et ces chiffres ne semblent pas prêts de s'arrêter de grimper⁵¹. Il a cependant été relevé que l'augmentation des coûts de la santé ne signifie pas que la capacité de financement des primes n'est plus garantie, contrairement à ce qu'affirme la directrice de santésuisse⁵². Selon d'autres, c'est notamment en raison du transfert des prestations stationnaires vers le secteur ambulatoire que les primes augmentent, puisque celles-ci financent le 100% des prestations ambulatoires, contrairement aux prestations stationnaires qui ne le sont qu'à 45%⁵³.

⁴³ JUNOD, CGSS N°40, p. 131.

⁴⁴ Communiqué de presse de l'OFS du 25 avril 2023, p. 1.

⁴⁵ JUNOD, CGSS N°40, p. 131 s.

⁴⁶ FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, p. 243.

⁴⁷ FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, p. 254 s.

⁴⁸ JUNOD, CGSS N°40, p. 132.

⁴⁹ Article Le Temps, sur : <https://www.letemps.ch/suisse/deja-une-hausse-75-couts-sante-debut-lannee-suisse> (consulté le 5 août 2023).

⁵⁰ Idem.

⁵¹ Voir à ce propos : <https://www.rts.ch/info/suisse/14337882-les-primes-maladie-augmenteront-de-87-en-moyenne-en-2024-suivez-la-conference-de-presse-dalain-berset.html> (consulté le 28 septembre 2023).

⁵² SVM, disponible sous : <https://www.svmed.ch/doc-mag/la-croissance-du-pib-est-superieure-a-celle-des-couts-de-la-sante/> (consulté le 11 septembre 2023).

⁵³ Idem.

Depuis 2004, la pratique ambulatoire des médecins est basée sur le tarif TARMED⁵⁴, dont la convention-cadre a été conclue entre les représentants des assureurs et ceux des fournisseurs de prestations. Ledit tarif contient la liste des différents actes médicaux et à chaque position tarifaire est attribué un nombre de points qui correspond à la valeur médicale et technique de la prestation⁵⁵. Celui-ci a vocation à s'appliquer à l'ensemble du territoire suisse, en ce sens que le nombre de points pour chaque prestation est identique pour chaque canton alors que la valeur du point est négociée au niveau cantonal⁵⁶. Le prix effectif de la prestation sera ensuite calculé en multipliant le nombre de point par sa valeur⁵⁷, chiffres que nous pouvons aisément retrouver sur les factures médicales qui nous sont envoyées ou transmises à l'assurance. Le tarif sert donc de base au calcul de la rémunération et représente l'ensemble des règles abstraites qui permettent de calculer le montant d'un service déterminé dans un cas concret⁵⁸. De plus, l'art. 59 al. 1 OAMal⁵⁹ prévoit que les fournisseurs de prestations doivent inscrire sur les factures toutes les indications administratives et médicales nécessaires à la vérification du calcul et du caractère économique, ce qui permettra par la suite si cela s'avère nécessaire, d'ouvrir une enquête à l'encontre d'un prestataire de soins ne respectant pas les exigences tarifaires prescrites. En conséquence, les tarifs et prix fixés par convention sont obligatoires, si bien qu'une facturation plus élevée est exclue dans le domaine de l'assurance obligatoire des soins⁶⁰. S'il s'avérait impossible pour les partenaires à la négociation de trouver un accord, le Conseil fédéral se verrait obligé de fixer la structure tarifaire applicable, selon l'art. 43 al. 5 LAMal. Celui-ci dispose également d'une compétence subsidiaire conférée par l'art. 43 al. 5^{bis} LAMal qui lui permet d'adapter les structures tarifaires pour les tarifs à la prestation lorsque celles-ci ne sont plus appropriées⁶¹, compétence qu'il a utilisé pour la première fois en 2014.

B. Les critères d'efficacité, d'adéquation et d'économicité

1. Les principes

Le financement des soins de santé intervient actuellement par le biais de différentes assurances sociales⁶², tout en préconisant l'utilisation rationnelle des moyens à disposition et la conciliation entre les intérêts des assurés et de la collectivité⁶³. La loi sur l'assurance-maladie détermine les prestations remboursées, qui est en mesure de les fournir, mais également les coûts que celle-ci prendra à sa charge⁶⁴.

⁵⁴ JUNOD, CGSS N°40, p. 133 et références citées.

⁵⁵ GUILLOD/AMEY, disponible sous : <https://www.cairn.info/les-conflits-d-interets-a-l-hopital-public--9782810903719-page-41.htm>, par. 22, (consulté le 11 juillet 2023).

⁵⁶ BOUDRY/STUDER/VILLARD, disponible sous : <https://www.revmed.ch/revue-medicale-suisse/2004/revue-medicale-suisse-2488/le-tarmed-les-medecins-et-la-presse> (consulté le 7 août 2023).

⁵⁷ BSK KVG-EICHENBERGER/HELMLE, art. 43 N 28.

⁵⁸ BSK KVG-EICHENBERGER/HELMLE, art. 43 N 5.

⁵⁹ Ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995 (OAMal), RS 832.102.

⁶⁰ GREBER/KAHIL-WOLFF, CGSS N°43, p. 126 ; FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, p. 217.

⁶¹ OFSP, *Adaptation du tarif médical TARMED*, p. 1 ; BSK KVG-EICHENBERGER/HELMLE, art. 43 N 33.

⁶² DUPONT, p. 76.

⁶³ DESCHENAUX, *Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie sociale, en particulier en ce qui concerne le médecin*, p. 528.

⁶⁴ DONZALLAZ, p. 779.

L'art. 23 aLAMA s'adressait déjà aux différents prestataires de soins en leur imposant la limite de ce qui était exigé par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement. L'art. 32 al. 1 LAMal quant à lui pose les différents critères applicables afin de déterminer si les prestations en question seront prises en charge par le système d'assurance-maladie : les critères EAE. Ces critères d'Efficacité, d'Adéquation et d'Economicité sont pour leur part réexaminés périodiquement⁶⁵, et leur respect est contrôlé à un double niveau : par le DFI ou l'OFSP au moment de l'introduction dans le catalogue des prestations, et par le prestataire de soins, l'assureur et éventuellement le juge lors de l'octroi d'une prestation dans un cas concret⁶⁶. Les prochains sous-chapitres se concentreront sur la définition et l'explication de ces différents critères.

2. Le critère d'efficacité

Celui-ci permet de déterminer si un certain traitement conduit en général à l'effet attendu, traitement devant être reconnu par une communauté scientifique comme étant apte à lutter contre la pathologie du patient se présentant au fournisseur de soins⁶⁷. Anciennement, le Tribunal fédéral des assurances avait retenu qu'un traitement scientifiquement reconnu devait avoir été largement admis par les chercheurs et les praticiens, notamment afin de verrouiller la prise en charge de traitements non conformes à la médecine classique⁶⁸. L'efficacité doit de ce fait être démontrée selon des méthodes scientifiques fondées sur la recherche et la pratique médicale et non sur le résultat obtenu dans un cas particulier⁶⁹. Cette démonstration de l'efficacité par des méthodes scientifiques afin d'assurer la prise en charge du traitement en question se retrouve actuellement à l'art. 34 LAMal, relatif à l'art. 32 al. 1 LAMal.

Ce critère pose donc le rapport nécessaire entre la mesure médicale et son succès⁷⁰, ce qui requiert une comparaison entre les différentes méthodes scientifiques et ceci souvent à la suite de longs examens⁷¹.

3. Le critère d'adéquation

Également connu sous le nom de « critère approprié », celui-ci se lit comme une mesure médicalement utile pour le patient, ce qui implique par définition l'établissement d'une indication médicale⁷². Quand il s'agit de déterminer si la mesure thérapeutique en question répond au critère d'adéquation dans le cas donné, il convient de passer par un examen comparatif et de déterminer si les effets positifs attendus sont supérieurs aux potentiels effets négatifs⁷³.

Selon l'art. 23 aLAMA, l'activité du fournisseur de prestations devait être ordonnée à un but de traitement, c'est-à-dire être subordonnée à l'intérêt du seul patient, excluant donc toute mesure s'apparentant à de l'acharnement thérapeutique ou mise en place à des fins de

⁶⁵ Arrêt du 31 janvier 2018, II Cour des assurances sociales, 608 2016 112, c. 3.a.

⁶⁶ FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, p. 188.

⁶⁷ BRULHART, p. 378 ; DUPONT, p. 77 ; voir aussi DONZALLZ, p. 780.

⁶⁸ DESCHENAUX, *Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie sociale, en particulier en ce qui concerne le médecin*, p. 534 s.

⁶⁹ ATF 133 V 115, c. 3.

⁷⁰ DONZALLAZ, p. 780.

⁷¹ DONZALLAZ, p. 779 s ; GUILLOD, p. 81.

⁷² DONZALLAZ, p. 780 ; SCARTAZZINI, p. 12.

⁷³ BRULHART, p. 378 ; DONZALLAZ, p. 780 ; FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, p. 190.

recherche⁷⁴. L'art. 56 al. 1 LAMal précise que « *le fournisseur de prestations doit limiter ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement* ». Il s'agit là d'une exigence au caractère subjectif, qui sera déterminée par l'ensemble de la profession médicale dans un environnement culturel donné⁷⁵. En outre, le caractère adéquat des mesures médicales en fonction de leur effet bénéfique sur le patient ne dépend pas d'une appréciation juridique, mais il s'agit bien là d'une question relevant du domaine médical, les autorités devant alors se fonder sur les avis médicaux à leur disposition⁷⁶.

4. Le critère d'économicité

Non sans écraser les deux autres critères de l'art. 32 LAMal, l'économicité est ici le point central de cette disposition, et de la suite de cette rédaction. En effet, un traitement économique suppose qu'en présence de diverses options thérapeutiques, l'on ait opté pour la moins onéreuse⁷⁷. Celui-ci ne concerne pas uniquement le type et l'étendue des mesures diagnostiques et thérapeutiques à effectuer, mais touche également à la forme du traitement, notamment la question de savoir si une mesure doit être effectuée sous forme ambulatoire ou dans un milieu hospitalier⁷⁸. Ce critère intervient donc dans les cas où plusieurs options de traitement s'offrent au fournisseur de soins, et ceci était également valable sous l'ancienne LAMA⁷⁹. Lorsqu'il n'existe aucune alternative thérapeutique, le critère de l'économicité n'aura d'importance que sous l'angle du principe de la proportionnalité⁸⁰.

Pierre-Yves Greber expliquait que l'art. 23 aLAMA tenait compte de la situation de l'assurance-maladie sociale qui est partiellement financée par les fonds publics et permettait d'éviter que des mesures apparaissent inappropriées et superflues du point de vue médical⁸¹. Cet article n'autorisait toutefois les caisses à procéder à un examen du caractère économique qu'à l'occasion d'un cas concret de traitement, comme le relève d'ailleurs la jurisprudence fédérale⁸². Cependant, la réponse à la question de savoir si et dans quelle mesure un traitement n'est pas économique, tant au sens de l'ancienne LAMA qu'au sens de la LAMal, n'est pas aisée⁸³. En effet, les différents facteurs engendrant des frais peuvent être variés, et les avantages d'une enquête coûteuse et de la mise en œuvre de moyens considérables, moindres⁸⁴. De plus, il est vrai que le patient, à titre individuel, souhaite le plus grand panel de traitement possible, voire le meilleur, puisqu'il paie les primes, les franchises et les quotes-parts⁸⁵. Le prix devient donc secondaire en terme individuel, bien que le collectif d'assurés privilégie les coûts globaux

⁷⁴ DESCHENAUX, *Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie sociale, en particulier en ce qui concerne le médecin*, p. 535.

⁷⁵ DUBEY/DUFRESNE, p. 6, disponible sous :

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEWja8K_bmYaAAxU8UqQEHRpbAziQFnoECA0QAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.physicianprofiling.ch%2FPHYEtudeLamalLausanne2000.pdf&usq=AOvVaw01DcND8NBaPHWKiU110i-7&opi=89978449 (consulté le 7 août 2023).

⁷⁶ FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, p. 191.

⁷⁷ DUPONT, p. 77 ; DONZALLAZ, p. 781 ; DUC, *Les assurances sociales en Suisse*, p. 274 s et références citées.

⁷⁸ ATF 139 V 135, c. 4.4.3.

⁷⁹ DESCHENAUX, *Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie sociale, en particulier en ce qui concerne le médecin*, p. 536.

⁸⁰ FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, p. 196.

⁸¹ DUC, *L'art. 23 LAMA relatif aux traitements économiques*, p. 103 et références citées.

⁸² ATF 110 V 187, c. 4.

⁸³ DUC, *L'art. 23 LAMA relatif aux traitements économiques*, p. 103.

⁸⁴ DUC, *L'art. 23 LAMA relatif aux traitements économiques*, p. 105.

⁸⁵ EISENRING/HESS, p. 20.

les plus bas possibles puisque cela permet des primes moins élevées⁸⁶. En outre, vouloir traiter son patient à un niveau de qualité élevée, et vouloir recevoir un traitement de la meilleure qualité n'est pas toujours propice à l'économicité. Il faut donc des mécanismes qui garantissent une utilisation raisonnable, rationnelle et légitime du système⁸⁷. Le contrôle du respect de l'économicité intervient de deux façons, soit en amont, par un contrôle de l'assureur sur la facture reçue, soit a posteriori, par l'utilisation d'une méthode consistant à comparer les coûts moyens engendrés par la pratique du médecin à celle des coûts de la pratique d'un groupe de comparaison placé dans une situation similaire⁸⁸.

A ce titre, il n'y a pas que la LAMal qui contient des dispositions spécifiques au caractère économique des prestations. En effet, l'art. 54 LAA⁸⁹ pose une limite à ceux qui facturent aux frais de l'assurance-accidents. Nous mentionnerons également l'art. 25 LAM⁹⁰, qui reprend sur le fond les dispositions susmentionnées et repose même sous le titre « *traitement économique* ».

C. La polypragmasie

1. L'historique

C'est en abordant la jurisprudence du Tribunal fédéral datant des années 60 que l'on découvre ce que signifie juridiquement le terme de polypragmasie, développé comme étant le corollaire du principe du contrôle de l'économicité des traitements posé par la aLAMA et repris par l'art. 56 LAMal⁹¹. En allemand, le terme de polypragmasie se traduit « *Überarztung* », ce qui signifie littéralement « surmédication » ou « surtraitement », c'est-à-dire une mesure thérapeutique excessive. Comme relevé brièvement en introduction, la jurisprudence reconnaît qu'il y a polypragmasie 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 la même région et avec une clientèle semblable, alors qu'aucune circonstance particulière ne justifie la différence de coût⁹². L'art. 23 aLAMA constituait une norme protectrice et déployait ses effets entre assurés et caisses, en ce sens que les secondes pouvaient refuser d'assumer le coût de mesures thérapeutiques inutiles ou trop onéreuses⁹³.

Aujourd'hui encore pour le Tribunal fédéral, il ne s'agit pas là d'une simple faculté offerte aux caisses-maladie, mais bien plus un devoir qui leur incombe puisqu'elles sont tenues de vérifier le caractère économique des prestations fournies par les médecins pratiquant à charge de la

⁸⁶ EISENRING/HESS, p. 20 ; DONZALLAZ, p. 375.

⁸⁷ DESCHENAUX, *Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie sociale, en particulier en ce qui concerne le médecin*, p. 528.

⁸⁸ FRANCIOLI, disponible sous : <https://www.maviedemedecin.ch/articles/controle-de-l-economicite-screening-des-medecins> (consulté le 11 juillet 2023).

⁸⁹ Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA), RS 832.20.

⁹⁰ Loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992 (LAM), RS 833.1.

⁹¹ CEREGHETTI, p. 2356 et références citées, disponible sous : <https://www.revmed.ch/revue-medicale-suisse/2008/revue-medicale-suisse-177/nul-n-est-cense-ignorer-comment-faire-face-a-l-accusation-de-polypragmasie> (consulté le 3 juillet 2023).

⁹² ATF 119 V 448, c. 4.b. ; ATF 103 V 154, c. 5. ; ATF 99 V 193, c. 1.b ; DUC, PJA 2015, p. 1205.

⁹³ DUC, CGSS Hors Série N°3, p. 108.

LAMal⁹⁴. La doctrine reprend cette définition en appuyant sur le caractère du non-respect de l'injonction de se limiter à ce qui est nécessité par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement et qui reflète une pratique dispendieuse⁹⁵. Autrement dit, il existera une obligation de rembourser du médecin dès qu'il est établi que ses notes d'honoraires à charge des caisses sont sensiblement plus élevées que celles des autres médecins, et que dit médecin n'a vraisemblablement pas changé sa structure de coûts après interpellation⁹⁶.

2. Les différents organes de contrôle

Il s'agit là de déterminer qui sont les organes admis comme étant en mesure d'évaluer l'économicité des prestations. Si l'on se réfère à l'art. 14 LPG⁹⁷, les prestations peuvent être octroyées directement ou indirectement par l'assureur. Il y a octroi indirect lorsque les prestataires de soins sont rémunérés par l'assureur sur la base de conventions ou de tarifs, et ce système prévaut en ce qui concerne l'assurance-maladie obligatoire⁹⁸. Dans le cas où l'assureur se borne à rémunérer les prestations fournies par des prestataires admis à pratiquer à charge de l'assurance sociale, la question de l'économicité est centrale. Depuis de nombreuses années, les assureurs-maladie se focalisent sur l'économicité des prestations, et ce par deux moyens principaux. D'une part, ils effectuent un contrôle des factures individuelles transmises par leurs assurés ou leurs fournisseurs de soins, et d'autre part, SantéSuisse, principale organisation dans le domaine de l'assurance-maladie sociale, effectue des évaluations systématiques pour l'ensemble de la branche⁹⁹.

Santésuisse est rebaptisée comme telle en 2001, à la suite d'une réorganisation de sa structure ayant vu le jour en 1891, avec la décision des représentants des fédérations de caisses maladie de Zurich, Thurgovie, Saint-Gall et Appenzell de fonder une association de libre passage¹⁰⁰. Aujourd'hui connue comme étant l'association faîtière des assureurs-maladie, SantéSuisse ne fait pas que gérer les données pour le compte des différents assureurs. En effet, celle-ci agglomère les données relatives aux différents fournisseurs de prestations afin de permettre l'évaluation de l'économicité des prestations fournies à charge de l'assurance-maladie¹⁰¹. A ce titre, l'art. 76 OAMal octroie aux assureurs la compétence en matière d'examen du caractère économique des prestations et la possibilité de traiter de manière commune les données relatives à l'étendue des prestations ainsi qu'au rémunérations facturées pour celles-ci. C'est donc sur cette base que SantéSuisse, sur délégation, est chargée d'établir les comparaisons statistiques qui permettront de déterminer l'étendue de l'obligation de restituer d'un prestataire de soins qui aurait facturé trop à charge de l'assurance-maladie. En outre, en cas de litige quant à ce sujet, l'art. 17 des statuts SantéSuisse prévoit un mandat de représentation qui permet à l'association faîtière d'agir en tant que représentante de ses membres, ce notamment en cas de procédure selon les art. 56 et 59 LAMal.

⁹⁴ MOILLEN, p. 2287 ; JUNOD, CGSS N°40, p. 136 et références citées ; RUTZ, disponible sous : <https://www.rts.ch/info/suisse/12726880-de-plus-en-plus-de-medecins-attaques-en-justice-par-les-assurances-maladie.html> (consulté le 17 août 2023).

⁹⁵ DUC, *La polypragmasie – notion, preuve, sanctions*, p. 207 ; DUC, CGSS Hors Série N°3, p. 109 ; GIANELLA, p. 124 ; ISELIN, p. 108.

⁹⁶ CEREGHETTI, p. 2357.

⁹⁷ Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), RS 830.1.

⁹⁸ DUC, CGSS N°39, p. 63 ; CR LPGA-PERRENOUD, art. 14 LPGA N 10.

⁹⁹ KESSLER/D'ANGELO/TRITTIN, p. 208, disponible sous : <https://doi.org/10.4414/bms.2017.05391> (consulté le 10 juillet 2023).

¹⁰⁰ Disponible sur : <https://www.santesuisse.ch/fr/santesuisse/entreprise/histoire> (consulté le 10 août 2023).

¹⁰¹ JAAC 2007 n°20, p. 351.

Conformément à l'art. 89 al. 1 LAMal, les litiges entre assureurs et fournisseurs de prestations sont jugés par un Tribunal arbitral. Celui-ci sera saisi du litige lorsqu'à la suite de longues et complexes négociations, aucune solution ne peut être trouvée entre le prestataire de soins et l'assureur-maladie. Ledit Tribunal agira donc également comme organe de contrôle d'un litige portant sur des questions relatives aux honoraires ou aux tarifs, et concernant la position particulière de l'assureur ou du fournisseur de prestations dans le cadre de la LAMal¹⁰². Il ne semble pas y avoir de définition précise de ce que comprend le litige entre assureurs et fournisseurs de prestations, mais malgré son sens large il est nécessaire que soient en cause des rapports juridiques résultant de la LAMal¹⁰³. Nous reviendrons plus en détail sur ces questions procédurales dans la suite de la rédaction.

3. Les conditions d'une action en polypragmasie

a) Les bases légales

Comme mentionné précédemment, l'art. 23 aLAMA permettait de refuser la prise en charge d'un traitement non économique dans un cas isolé, mais celui-ci était également utilisé pour sanctionner la pratique régulière du fournisseur de soins qui ne respectait pas l'injonction d'économicité¹⁰⁴. Dans un arrêt du 31 décembre 1969, le Tribunal fédéral des assurances avait émis deux considérations allant dans le sens d'une obligation de restitution du médecin qui a fait payer des traitements trop coûteux à la caisse-maladie¹⁰⁵. Cette obligation de restitution dans les cas de polypragmasie sur la base de cet article a été confirmée dans des arrêts postérieurs, en évoquant le droit des caisses-maladie d'exiger la restitution d'une partie des honoraires versés à un médecin qui surfait, en moyenne, ses revenus¹⁰⁶. C'est donc la formulation large de l'art. 23 aLAMA qui a permis aux assurances de contester la pratique générale frauduleuse des prestataires de soins.

Qu'en est-il alors aujourd'hui ? Force est de constater que l'application des deux dispositions clés a été, depuis le début, matière à débat. Selon certains, les violations de l'art. 56 LAMal peuvent être sanctionnées par des mesures administratives et des sanctions pénales conformément à ce que prévoient les art. 59 et 92 al. 1 let. b LAMal¹⁰⁷. A ce sujet, le Tribunal fédéral rappelle que selon l'art. 59 LAMal, des sanctions seront prises à l'encontre des prestataires de soins qui ne respecteraient pas les exigences d'économicité posées par l'art. 56 LAMal¹⁰⁸. Force est de constater qu'il est admis que les assureurs réclament le trop-perçu pour des prestations effectuées sur plusieurs années sur la base de l'art. 56 LAMal¹⁰⁹, sans être contraints de saisir le Tribunal arbitral pour qu'il ordonne le remboursement.

¹⁰² DONZALLAZ, p. 803.

¹⁰³ FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, p. 261 ; BSK KVG-DE VITO BIERI/DANNACHER, art. 89 N 8.

¹⁰⁴ DUC, CGSS Hors Série N°3, p. 109.

¹⁰⁵ ATF 99 V 193, c. 1 et références citées.

¹⁰⁶ ATF 103 V 145 c. 3 ; ATF 98 V 158, c. 3 ; DUC, *Traitements non économiques et polypragmasie – rapports entre les articles 56 et 59 LAMal*, p. 1206.

¹⁰⁷ BSK KVG-VASELLA, art. 56 N 16 ; DUC, PJA 2009, p. 205 ; ISELIN, p. 120.

¹⁰⁸ TF, arrêt 9C_570/2015, c. 3.2 ; TF, arrêt 9C_535/2014, c. 5.1.

¹⁰⁹ Arrêt du TF, 9C_776/2016, c. 3.4.

L'introduction des art. 56 et 59 LAMal aurait cependant dû créer une rupture avec l'art. 23 aLAMA et la manière dont celui-ci permettait l'introduction de procès pour polypragmasie¹¹⁰, rien que par le fait qu'une unique disposition a été remplacée par deux nouvelles. Ce bref aperçu des bases légales en cas de polypragmasie nous permet de voir que l'application de ces deux dispositions a fait et continue de faire couler beaucoup d'encre. Cette question sera examinée plus profondément au chapitre IV de ce travail.

b) Les méthodes de contrôle

En cas de soupçon de traitements non économiques effectués par le fournisseur de soins, le Tribunal fédéral admet le recours à trois méthodes pour déterminer si une telle suspicion est fondée : la méthode analytique, la méthode statistique ou une combinaison des deux¹¹¹, étant précisé que les tribunaux arbitraux sont en principe libres du choix de la méthode applicable¹¹².

i. La méthode analytique

Cette méthode consiste en l'analyse concrète de toutes les rubriques d'une note d'honoraire en vue de déterminer si les mesures diagnostiques et thérapeutiques entreprises sont justifiées¹¹³. Il s'agit là de procéder au même examen ponctuel que pour juger si un assuré a droit ou non à une prise en charge du traitement¹¹⁴. Substantiellement, cette méthode permet de se pencher en détail sur la pratique du médecin soupçonné de polypragmasie¹¹⁵. Dans pareil cas, le Tribunal ordonnera la sélection d'un certain nombre de dossiers du médecin concerné, toutes les informations y relatives devant être communiquées afin de lui permettre d'établir les faits déterminants¹¹⁶. Le médecin ne peut alors pas faire valoir son secret professionnel pour refuser de communiquer les informations requises, tout en rappelant que la réclamation des documents doit rester dans la limite de ce qui est nécessaire à l'éclaircissement des faits¹¹⁷. Ce devoir se retrouve d'ailleurs à l'art. 89 al. 5 LAMal. En substance, l'examen portera sur la justification des prestations dans le cas concret ; on peut imaginer par exemple de devoir déterminer si telle prescription de médicament était nécessaire, si tel examen devait être répété ou si la consultation était justifiée. La conclusion portera, si tant est que les données analysées soient opportunes, sur le pourcentage de patients ayant reçu un surtraitement par le médecin sujet à la procédure.

Nous pouvons mentionner, à titre d'exemple, l'ATF du 16 juillet 2007¹¹⁸, dans lequel l'expert chargé de l'analyse des dossiers sélectionnés a pu dialoguer avec le fournisseur de soins afin que ce dernier lui démontre que les mesures thérapeutiques entreprises se justifiaient par la complexité des cas transmis. La méthode analytique semble à notre sens favoriser le dialogue, en diminuant peut-être le sentiment du fournisseur de soins d'être considéré comme un escroc. De plus, si le juge a ordonné une expertise analytique et que l'assureur est dans l'impossibilité

¹¹⁰ DUC, PJA 2007, p. 866.

¹¹¹ ATF du 2 décembre 2005, K 148/04 et références citées.

¹¹² ATF 119 V 448, c. 4d.

¹¹³ DUC, *La polypragmasie – notion, preuve, sanctions*, p. 207 ; DUC, CGSS Hors Série N°3, p. 109 ; GIANELLA, p. 124 ; ISELIN, p. 108.

¹¹⁴ DESCHENAUX, *Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie sociale, en particulier en ce qui concerne le médecin*, p. 539

¹¹⁵ JUNOD, CGSS N°40, p. 137.

¹¹⁶ JUNOD, CGSS N°40, p. 137 s.

¹¹⁷ ATF du 27 novembre 2001, K 90/01, c. 3a et 3b.

¹¹⁸ ATF du 16 juillet 1997, K 130/06 ; JUNOD, CGSS N°40, p. 138 s.

de fournir des dossiers à examiner, celui-ci devra accepter le résultat de l'expertise fondée sur les données fournies par le médecin¹¹⁹.

Sous l'empire de l'ancienne LAMA, le Tribunal fédéral des assurances avait, dans son arrêt du 5 novembre 1973¹²⁰, posé la préférence de s'en remettre à la méthode statistique, puisque la méthode analytique s'avérait coûteuse, peut-être même suffisamment pour faire hésiter une grosse caisse-maladie à se lancer dans un procès, ce qui compromettrait l'efficacité du contrôle du caractère économique des prestations. Une évaluation au cas par cas peut donc être utile si aucun groupe de comparaison ne peut être formé ou qu'aucune méthode statistique ne se prête à l'analyse¹²¹. Cette prise de position a d'ailleurs été confirmée à plusieurs reprises¹²². Cependant, il ne s'agit là que d'une préférence et l'on ne saurait admettre l'exclusion de cette méthode si un fournisseur de soins s'y remettait¹²³. En outre, le Tribunal peut uniquement constater dans une décision statuant sur un refus d'aménager une expertise analytique que l'application de la méthode statistique est suffisante pour établir la polypragmasie¹²⁴.

ii. La méthode statistique

Anciennement connue sous le nom de « méthode comparative », celle-ci ne nécessite pas l'examen individuel de dossiers, mais consiste en une comparaison du coût moyen annuel par patient du médecin concerné au coût de l'ensemble de ses collègues en situation suffisamment similaire et que dite comparaison s'étende sur une période suffisamment longue¹²⁵. Contrairement à la méthode analytique, il n'est pas nécessaire d'examiner toutes les rubriques des dossiers fournis pour l'établissement des faits, mais il suffit de comparer la statistique des frais moyens de traitements auprès du médecin en cause à celle des frais moyens d'autres fournisseurs de soins, si tant est que les éléments statistiques soient rassemblés d'une manière analogue¹²⁶. A ce sujet, le « pool de données de santésuisse » recense les coûts facturés par chaque médecin exerçant à charge de la LAMal en Suisse, afin de chiffrer le coût moyen par patient¹²⁷. Jusque dans les années 2000, la statistique des émetteurs de factures du Concordat des assureurs-maladie suisses était la base de données statistiques reconnue pour l'examen de la rentabilité, avant d'être remplacée par le pool de données¹²⁸. La plupart des caisses-maladies n'ont pas assez d'assurés pour pouvoir effectuer des comparaisons suffisamment représentatives entre les médecins, c'est pourquoi santésuisse se charge de regrouper les coûts nécessaires aux dites comparaisons¹²⁹. Selon santésuisse, le pool de données contient quasiment toutes les factures reçues par les assureurs, étant précisé que seules les factures mises à charge de l'assurance obligatoire de soins sont prises en compte¹³⁰. Il est indifférent que la facture soit finalement payée par l'assureur ou à charge de l'assuré, et les factures que l'assureur refuse de

¹¹⁹ DUC, CGSS N°39, p. 70.

¹²⁰ ATF 99 V 193, c. 3 et références citées.

¹²¹ EISENRING/HESS, p. 26.

¹²² ATF du 25 janvier 2006, K 46/04, c. 5.1 ; ATF du 26 juin 2003, K93/02, c. 5.2.

¹²³ DUC, PJA 2009, p. 212 ; ATF 119 V 448, c. 4d et références citées.

¹²⁴ DUC, CGSS N°39, p. 70.

¹²⁵ ATF du 9 octobre 2006, K 6/06 ; JUNOD, CGSS N°40 p. 139.

¹²⁶ DUC, PJA 2009, p. 212.

¹²⁷ JUNOD, CGSS N°40, p. 139.

¹²⁸ EISENRING/HESS, p. 29.

¹²⁹ EISENRING/HESS, p. 24.

¹³⁰ JUNOD, CGSS N°40, p. 142 et références citées ; CEREGETTI, p. 2358.

payer sous prétexte qu'elles ne répondent pas aux exigences de la LAMal ne sont, elles aussi, pas prises en considération¹³¹. A ce sujet, le Tribunal fédéral a reconnu de longue date la prise en compte des statistiques du Concordat, puis de santésuisse, comme moyen de preuve de l'existence d'un cas de polypragmasie¹³².

Puisque la méthode statistique repose sur un élément de comparaison, il convient de déterminer les différents critères pris en considération pour analyser la similarité entre le médecin et les autres fournisseurs de soins. Valérie Junod mentionne comme critère notamment la spécialisation FMH, association professionnelle des médecins en Suisse, le canton du cabinet médical et le seuil minimal d'activités¹³³. Cependant, certains groupes de comparaison peuvent être constitués d'un nombre réduit de praticiens, d'autres composés de médecins de formations et d'expériences différentes, ce qui peut rendre la comparaison dénuée de pertinence ou d'une représentativité peu fiable¹³⁴. Toutefois, durant ces dernières années, l'évolution de la jurisprudence a permis de renforcer les droits des médecins faisant face à des accusations de pratique dispendieuse, et en particulier en ce qui concerne le groupe de comparaison. En effet, ceux-ci sont en droit de demander l'accès à la liste des médecins qui constituent le groupe, ceci afin de pouvoir déterminer si les praticiens avec lesquels ses coûts sont comparés ont une pratique similaire à la sienne¹³⁵.

Comme il s'agit là de statistiques, le Tribunal fédéral exige d'appliquer une marge de tolérance de 20% à 30% supérieure à l'indice de 100, afin de tenir compte des particularités et différences entre cabinets médicaux et des éventuelles variations statistiques¹³⁶. Selon la jurisprudence, la marge de tolérance ne doit pas dépasser l'indice de 130, à moins que l'instance inférieure n'ait motivé son choix de manière accrue¹³⁷. Un médecin n'aura donc pas à rembourser les caisses-maladies si son coût par patient n'est pas supérieur de 20% de celui de son groupe de comparaison¹³⁸.

En 2004, santésuisse a mis en place l'outil statistique d'analyse de variance connu sous le nom d'ANOVA, permettant de tenir compte des différences liées à l'âge et au sexe des patients et d'améliorer la comparaison entre médecins¹³⁹. ANOVA fournit donc automatiquement un indice ajusté, qui, lorsqu'il dépasse 130 dans le cas considéré, entraîne une prise de contact par santésuisse avec le médecin concerné afin d'obtenir des informations sur les éventuels autres facteurs pouvant justifier l'excédent de coût¹⁴⁰. Il convient de relever que ce n'est que

¹³¹ JUNOD, CGSS N°40, p. 142.

¹³² DUC, PJA 2009, p. 212 ; ISELIN, p. 110.

¹³³ JUNOD, CGSS N°40, p. 143 s.

¹³⁴ CEREGETTI, p. 2358.

¹³⁵ FRANCIOLI, disponible sous : <https://www.maviedemedecin.ch/articles/controle-de-l-economicite-screening-des-medecins> (consulté le 11 juillet 2023).

¹³⁶ ATF du 2 décembre 2005, K 148/04, c. 3.3.1 ; ATF du 10 août 2004, K 113/03, c. 6.2 ; ATF 119 V 448, c. 4c.

¹³⁷ ATF du 2 décembre 2005, K 148/04, c. 3.3.1 et références citées, c. 5.4 ; ATF du 10 août 2004, K 113/03, c. 6.2.

¹³⁸ MOILLEN, p. 2287.

¹³⁹ JUNOD, CGSS N°40, p. 151 ; MOILLEN, p. 2287.

¹⁴⁰ JUNOD, CGSS N°40, p. 151 et références citées.

récemment que le Tribunal fédéral a admis la validité du modèle ANOVA, puisqu'anciennement celui-ci n'avait pas été accrédité¹⁴¹.

La préférence pour la méthode statistique posée par le Tribunal fédéral semble inciter les assureurs à rechercher quels fournisseurs de soins sont les moins chers, sans véritablement se soucier de la qualité de leurs prestations ou de leurs conditions de travail, tout ceci dans une optique de réduction des coûts de la santé¹⁴². Nous voyons donc bien ici le problème posé par de telles procédures, quand bien même le but premier est honorable.

iii. La combinaison des deux méthodes

Le Tribunal fédéral l'a confirmé à plusieurs reprises, la combinaison des deux méthodes susmentionnées est admise. Nous relèverons à ce sujet que la méthode analytique est généralement appliquée seulement lorsque des données fiables pour une comparaison des coûts moyens font défaut¹⁴³. Cependant, l'examen d'un certain nombre de notes d'honoraires prises au hasard dans l'échantillon statistique permettrait d'appuyer la plausibilité du résultat obtenu par la méthode statistique¹⁴⁴. La combinaison des deux méthodes serait donc de nature à renforcer les conclusions auxquelles les tribunaux aboutissent en appliquant la méthode statistique¹⁴⁵.

Plus récemment, une convention relative à la méthode de sélection dans le cadre du contrôle de l'économicité selon l'art. 56 al. 6 LAMal a été signée par la FMH, curafutura et santésuisse. Cette convention prévoit une évaluation du caractère économique en fonction de statistiques, et c'est en se basant sur cela que le Tribunal fédéral a débouté un médecin qui considérait cette méthode comme illégale, estimant qu'une évaluation au cas par cas serait plus appropriée¹⁴⁶. La Haute Cour a donc considéré que l'accord respectait le cadre tracé par la loi. Cependant, il y est stipulé que la méthode de sélection qui a pour but d'identifier les médecins avec des coûts hors norme selon la LAMal ne démontre pas si ceux-ci répondent aux critères d'économicité ou non¹⁴⁷. Selon l'avocate Patrizia Gratwohl, « *cela ne peut être déterminé que dans l'analyse individuelle consécutive* ». Ses propos orientent donc vers l'idée que la méthode de sélection sert à identifier les prestataires de soins avec des coûts statistiquement plus élevés, mais que le contrôle de l'économicité devrait s'effectuer individuellement en tenant compte de toutes les particularités et par combinaison des deux méthodes d'analyse¹⁴⁸.

En outre, l'utilisation de la méthode analytique peut s'avérer problématique lorsqu'il s'agit de chiffrer le montant à rembourser. Il semblerait que lorsque la méthode analytique établit un cas

¹⁴¹ Arrêt du Tribunal arbitral du 15 septembre 2022, TARB.2017.1, c. 3b et références citées ; JUNOD, CGSS N°40, p.151, 158 s.

¹⁴² DUC, PJA 2015, p. 1209 ; RUTZ, disponible sous : <https://www.rts.ch/info/suisse/12726880-de-plus-en-plus-de-medecins-attaques-en-justice-par-les-assurances-maladie.html> (consulté le 17 août 2023).

¹⁴³ LONGCHAMP, Newsletter 2017, p. 4.

¹⁴⁴ DESCHENAUX, *Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie sociale, en particulier en ce qui concerne le médecin*, p. 541 ; ATF 119 V 448, c. 4d.

¹⁴⁵ DUC, CGSS N°39, p. 69.

¹⁴⁶ KAHIL-WOLFF HUMMER, Jdt 2018 I 168 et références citées.

¹⁴⁷ MÜLLER/KESSLER, p. 74.

¹⁴⁸ DUC, CGSS N°39, p. 69.

de polypragmasie, c'est ensuite la méthode statistique qui est utilisée pour chiffrer le montant à payer¹⁴⁹.

Comme la méthode statistique permet un examen rapide, large et standardisé, la pratique démontre que les caisses qui saisissent les tribunaux commencent toujours par une demande fondée sur la méthode statistique, ce à quoi le médecin oppose la méthode analytique qui permet de tenir compte des particularités de sa pratique¹⁵⁰.

4. Le constat de la polypragmasie

Si l'angle sous lequel le problème était abordé relève de la méthode analytique, la polypragmasie sera admise lorsque l'expert aura déterminé, sur la base de l'échantillon de dossiers, le pourcentage de patients ayant reçu un excédent de soins¹⁵¹. C'est l'expert qui déterminera si les traitements prodigués étaient nécessaires et si les choix thérapeutiques ont été correctement effectués. Toutefois, il semble difficile d'imaginer que quelqu'un d'autre que le médecin abordant une pratique « normale » juge les examens effectués sur des patients qu'il ne soigne pas lui-même, comme le relève d'ailleurs Michel Matter¹⁵².

Si l'on aborde le problème sous l'angle de la méthode statistique, il convient de se rappeler de la marge de tolérance évoquée ci-dessus, auquel il est d'ailleurs possible d'ajouter une marge supplémentaire¹⁵³. En effet, le médecin devra justifier ses coûts auprès de SantéSuisse si ceux-ci dépassent de 30% ceux de ses collègues. S'il n'y parvient pas, la part excédant la marge de tolérance constituera la part que le prestataire de soins devra rembourser¹⁵⁴.

5. Les conséquences

La procédure d'économicité est mise en route lorsqu'il est établi qu'un médecin dépasse la marge de tolérance admise par la jurisprudence. Dans ces conditions, le médecin aura la possibilité d'opposer diverses objections à ce résultat. Il pourra faire valoir les spécificités de la pratique, par exemple qu'il traite des patients complexes ou qu'il utilise des équipements spéciaux, mais également qu'il effectue des dépenses supplémentaires pour les consultations ou les traitements¹⁵⁵. Dans le cas où le fournisseur de soins ne parvient pas à justifier ses coûts, il dispose généralement d'une année pour les abaisser en dessous de la moyenne du groupe de comparaison, à défaut de quoi les demandes de remboursements seront envisagées¹⁵⁶.

L'étendue de la restitution en cas de traitement non économique a fait débat. Sous l'angle de l'art. 56 al. 2 LAMal, il est admis par la jurisprudence que le fournisseur doit rembourser les coûts qui lui sont directement imputables, y compris les médicaments qu'il délivre¹⁵⁷. La question reste cependant controversée en ce qui concerne les coûts indirects. En effet, le

¹⁴⁹ JUNOD, CGSS N°40, p. 138.

¹⁵⁰ JUNOD, CGSS N°40, p. 140.

¹⁵¹ JUNOD, CGSS N°40, p. 138.

¹⁵² RUTZ, disponible sous : <https://www.rts.ch/info/suisse/12726880-de-plus-en-plus-de-medecins-attaques-en-justice-par-les-assurances-maladie.html> (consulté le 17 août 2023).

¹⁵³ DUC, CGSS N°39, p. 61 ; DONZALLAZ, p. 807.

¹⁵⁴ ISELIN, p. 111 ; JUNOD, CGSS N°40, p. 139.

¹⁵⁵ EISENRING/HESS, p. 28.

¹⁵⁶ ISELIN, p. 111 ; CEREGHETTI, p. 2357.

¹⁵⁷ TF, arrêt 9C_570/2015, c. 11 ; ATF 137 V 43, c. 2.5.1 ; TF, arrêt 9C_260/2010, c. 4.2.

médecin qui fournit lui-même un grand nombre de services aura des coûts directs plus élevés et inversement, ce qui entrainera des inexactitudes dans les comparaisons statistiques puisque la répartition des coûts reste compliquée¹⁵⁸. Sous le régime de l'ancienne LAMA, la Haute Cour s'était prononcée dans le sens où le principe de l'économicité des prestations s'étendait à tous les aspects du traitement, puisque le texte de l'art. 23 aLAMA englobait également les prescriptions de médicaments, de traitements et d'analyses¹⁵⁹.

La question a été abordée pour la première fois en 2004 concernant le régime de l'art. 56 LAMal, et le Tribunal fédéral avait jugé que l'on ne saurait admettre que le législateur ait voulu exclure un remboursement des coûts indirects, ce bien que l'art. 56 al. 2 LAMal se réfère uniquement aux rétributions reçues à tort par un fournisseur de soin¹⁶⁰. Toutefois, la jurisprudence datant de 2016¹⁶¹ va dans le sens d'une prise en compte unique des coûts directement liés à la pratique du médecin. L'exclusion des coûts indirects de l'obligation de restitution ne change cependant pas la pratique selon laquelle l'examen du caractère économique de l'usage médical doit se faire sur la base d'une vision globale¹⁶². Certains estiment cependant que considérer uniquement les coûts directs peut avoir des conséquences graves sur les coûts totaux de la santé. Les médecins sanctionnés ou peureux de se voir reprocher la non economicité des traitements peuvent pencher pour une modification de leur pratique, à savoir référer leur patientèle de manière plus accrue à des spécialistes afin de diminuer leurs coûts moyens par patient, ce qui augmentera les coûts totaux puisque la rémunération des spécialistes est plus élevée¹⁶³.

Dans un arrêt de 2015¹⁶⁴, le Tribunal fédéral rappelle que le remboursement des honoraires requis sur la base de l'art. 56 LAMal n'est pas constitutif de sanction ni de punition, il s'agit principalement de rétablir l'ordre légal. En conséquence, les médecins obligés à restituer sur cette base ne devraient pas être considérés comme des escrocs, bien que cela soit malheureusement souvent le cas¹⁶⁵.

6. Les éventuelles autres sanctions liées à la polypragmasie

L'art. 59 LAMal prévoit, à son alinéa premier, que le fournisseur de prestations qui ne respecte pas les exigences relatives au caractère économique des prestations fait l'objet de sanction. Le législateur a voulu consolider le système LAMal en adoptant des sanctions rendant le respect du principe d'économicité plus efficace¹⁶⁶.

L'objectif des sanctions de l'art. 59 LAMal peut être distingué en deux catégories. Les sanctions exécutoires, que l'on retrouve à l'art. 59 al. 1 let. b LAMal permettent de rétablir l'état de

¹⁵⁸ EISENRING/HESS, p. 33.

¹⁵⁹ ISELIN, p. 115 et références citées.

¹⁶⁰ ATF 130 V 377, c. 7.

¹⁶¹ Arrêt du TF, 9C_570/2015, c. 3.5.

¹⁶² DONZALLAZ, p. 810 et références citées ; AEBI MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, p. 586 s.

¹⁶³ DUBEY/DUFRESNE, p. 12.

¹⁶⁴ TF, arrêt 9C_535/2014, c. 8.4.

¹⁶⁵ DUC, PJA 2015, p. 1209 ; DUC, PJA 2009, p. 203 ; DONZALLAZ, p. 809 ; ATF 99 V 193.

¹⁶⁶ DUC, PJA 2015, p. 1208 ; BSK KVG-HÄNER, art. 59 N 1 ; KILCHENMANN, disponible sous : <https://www.letemps.ch/economie/deux-risques-particuliers-menacent-medecins> (consulté le 11 juillet 2023).

droit¹⁶⁷. Les sanctions répressives permettent quant à elles de punir et de prévenir les futurs manquements de manière plus forte afin d'assurer le respect des obligations légales découlant de la LAMal¹⁶⁸. Nous les retrouvons à l'art. 59 al. 1 let. a, c, d LAMal. Contrairement à l'exécution directe des obligations découlant de l'art. 56 LAMal, les sanctions de l'art. 59 LAMal ne devraient être prononcées que dans les cas d'une certaine gravité, et ce conformément au principe de proportionnalité¹⁶⁹. Nous voyons bien ici que les enjeux ne concernent pas uniquement des aspects économiques, mais peuvent toucher la pratique médicale en elle-même selon le degré de gravité atteint.

Nous allons maintenant procéder à une analyse plus détaillée des différentes sanctions qu'il est possible de prononcer à l'encontre d'un prestataire de soins.

a) L'avertissement (art. 59 al. 1 let. a LAMal)

L'avertissement, forme de sanction la plus légère du catalogue, est une sanction type de droit disciplinaire et peut avoir un impact aggravant en cas de récidive¹⁷⁰. Puisque l'art. 59 al. 2 LAMal prévoit que le prononcé de la sanction revient au Tribunal arbitral, c'est sur demande de la caisse que celui-ci interviendra et cas échéant prononcera un avertissement à l'encontre du médecin. Conformément au mandat de représentation en faveur de santéuisse, celle-ci peut également elle-même saisir le Tribunal d'une telle demande¹⁷¹. Puisqu'il s'agit d'une mesure ayant pour but de prévenir les éventuelles futures violations de la loi, il y a lieu de présumer la faute du prestataire de soins lorsqu'un avertissement lui est donné¹⁷².

b) La restitution (art. 59 al. 1 let. b LAMal)

Selon l'art. 59 al. 1 let. b LAMal, le fournisseur de soins qui ne respecte pas les exigences relatives au caractère économique des prestations peut être tenu à la restitution de tout ou partie des honoraires touchés pour des prestations fournies de manière inappropriée. Il s'agit ici de la confiscation des prestations obtenues illégalement et du remboursement des frais supplémentaires non économiques¹⁷³. L'aspect répressif, ayant pour objectif de prévenir de futures fautes, passe ici au second plan, c'est pourquoi la notion de faute n'est pas pertinente dans ce cas-là, comme le soulève d'ailleurs le Tribunal fédéral¹⁷⁴.

Cette disposition ressemble grandement à l'art. 56 al. 2 LAMal, à tout le moins dans son contenu. Malgré cela, une partie de la doctrine va dans le sens d'une différenciation entre ces deux articles de loi. En effet, d'aucuns estiment que le caractère punitif de l'art. 59 LAMal engendre que son application devrait avoir lieu dans les cas où des circonstances aggravantes sont admises, afin de réprimer une pratique généralement dispendieuse¹⁷⁵. En outre, le Prof. Duc expose que l'art. 56 LAMal devrait s'appliquer dans le cas où les assureurs ou assurés

¹⁶⁷ TF, arrêt 9C_535/2014, c. 8.4

¹⁶⁸ BSK KVG-HÄNER, art. 59 N 2.

¹⁶⁹ BSK KVG-HÄNER, art. 59 N 14 ; DUC, PJA 2009, p. 205.

¹⁷⁰ BSK KVG-HÄNER, art. 59 N 27.

¹⁷¹ Article 17 des statuts santéuisse, JUNOD, CGSS N°40, p. 170.

¹⁷² BSK KVG-HÄNER, art. 59 N 26.

¹⁷³ BSK KVG-HÄNER, art. 59 N 29.

¹⁷⁴ Arrêt du TF, 9C_535/2014 du 15 janvier 2015.

¹⁷⁵ ISELIN, p. 120 ; DUC, PJA 2009, p. 204 ss ; JUNOD, CGSS N°40, p. 160 ; DUC, PJA 2015, p. 1208.

demandent la restitution dans un cas précis, or que l'art. 59 LAMal viserait le cas où les assureurs saisissent le Tribunal arbitral afin que celui-ci prononce une sanction pour une pratique trop onéreuse¹⁷⁶. La teneur de ces deux dispositions permettrait de marquer une différence entre l'art. 56 al. 2 LAMal, qui viserait un cas concret dans lequel un refus ou un remboursement de prestations non économiques serait applicable et cela sans saisir le Tribunal arbitral, et l'art. 59 al. 1 let. b LAMal qui concernerait une sanction prononcée par ledit Tribunal en cas de polypragmasie. En résumé, dans le cadre de l'art. 59 LAMal, le Tribunal aurait pour tâche d'infliger des sanctions, notamment en ordonnant la restitution d'honoraires excessifs.

Nous le voyons bien ici, ces deux dispositions soulèvent des questions, que nous développerons plus profondément lors de l'examen de la pratique relative à ces deux articles.

c) L'amende (art. 59 al. 1 let. c LAMal)

Celle-ci doit être considérée comme une amende disciplinaire et donc qualifiée de sanction répressive visant à éviter de futures fautes¹⁷⁷. Elle peut être ordonnée en complément du remboursement selon l'art. 59 al. 1 let. b LAMal, mais n'a aucune fonction de compensation et ne peut servir de demande de dommages et intérêts de la part de l'assureur¹⁷⁸. Puisqu'il s'agit d'une sanction, celle-ci ne peut être prononcée que par le Tribunal arbitral compétent (art. 59 al. 2 LAMal) qui en fixera le montant de manière à ce que le prestataire de soins subisse une perte correspondant à sa faute et que celui-ci respecte à l'avenir les exigences de la LAMal¹⁷⁹. De manière plutôt évidente, l'amende dépend donc de la faute du prestataire de soins et sa gravité devra être prise en compte lors de la fixation du montant de cette dernière¹⁸⁰. Au regard du principe de proportionnalité, il nous apparaît légitime qu'une amende soit précédée d'un avertissement, afin de laisser la possibilité au fournisseur de soins de se justifier, cas échéant de réadapter sa pratique. Afin de ne pas perdre son caractère disciplinaire, l'amende doit être d'importance mineure, au risque que sa sévérité la fasse basculer dans le registre des amendes à caractère pénal, régies notamment par l'art. 92 LAMal¹⁸¹.

d) L'exclusion (art. 59 al. 1 let. d LAMal)

L'exclusion temporaire ou définitive de pratiquer à charge de la LAMal constitue la dernière des sanctions répressives de l'art. 59. Celle-ci dépend également de la faute du prestataire de soins et doit être utilisée en dernier recours, si aucune autre mesure ne permet de protéger efficacement le système de l'assurance-maladie¹⁸². A titre d'exemple, nous mentionnerons un arrêt de 2017 dans lequel la sanction d'exclusion temporaire a été prononcée à l'encontre d'une Doctoresse qui ne semblait avoir pris aucune disposition afin de respecter le principe d'économicité, et ce malgré une première condamnation en 2013¹⁸³. Le Tribunal fédéral relève également au considérant 3.4 dudit arrêt qu'une telle mesure disciplinaire, infligée à un membre d'une profession libérale, a principalement pour but d'assurer le bon fonctionnement de la profession, de maintenir la confiance des citoyens et de protéger le public de

¹⁷⁶ DUC, PJA 2009, p. 204 s ; DUC, PJA 2015, p. 1206.

¹⁷⁷ BSK KVG-HÄNER, art. 59 N 31.

¹⁷⁸ EUGSTER, Jusletter 2012, p. 17 ; TF, arrêt 9C_535/2014, c. 8.4.

¹⁷⁹ EUGSTER, Jusletter 2012, p. 18.

¹⁸⁰ BSK KVG-HÄNER, art. 59 N 32.

¹⁸¹ BSK KVG-HÄNER, art. 59 N 33.

¹⁸² BSK KVG-HÄNER, art. 59 N 34.

¹⁸³ TF, arrêt 9C_776/2016, c. 3.2.

dysfonctionnements éventuels. En outre, les mesures disciplinaires ne viseraient pas à punir le prestataire de soins, mais à le remettre sur la voie de la conformité aux règles de dite profession¹⁸⁴.

Sous l'égide de la aLAMA, l'art. 24 aLAMA permettait déjà de priver le médecin de son droit de pratiquer à charge de l'assurance-maladie. C'est en 1955 que l'exclusion de la pratique des caisses fût pour la première fois confirmée par le TFA¹⁸⁵, qui a perpétué la pratique en arguant que l'exclusion consacre la rupture du lien de confiance entre les caisses et le médecin¹⁸⁶. Cette rupture du lien de confiance est reprise à l'art. 59 al. 1 let. d LAMal, en ce sens que le médecin visé doit avoir récidivé, et être donc conscient que des sanctions éventuellement plus fortes peuvent être prononcées à son égard.

Quant à savoir si l'exclusion sera temporaire ou définitive, il convient de s'en remettre au principe de proportionnalité, comme le font les tribunaux¹⁸⁷. Sous cet angle, il sied de prendre en considération que l'exclusion de pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire est une mesure très incisive pour l'avenir économique du médecin et qu'elle n'est en général prononcée que pour quelques années¹⁸⁸, ou si des faits très graves peuvent lui être reproché.

En définitive, l'exclusion est une *ultima ratio* au comportement répréhensible d'un fournisseur de soins qui s'obstine à ne pas respecter les principes posés par la LAMal.

e) Les sanctions pénales (art. 92 al. 1 let. b LAMal ; art. 146 CP¹⁸⁹)

Le prestataire de soins qui abuserait des services de l'assurance-maladie s'expose également à des sanctions pénales. Il convient de souligner qu'à la teneur de l'art. 92 LAMal, les dispositions pénales de la présente loi ne s'appliquent que s'il n'y a pas de crime ou de délit au sens du Code pénal passibles d'une peine plus lourde. L'art. 92 LAMal répond donc au principe de subsidiarité. Au sens de l'art. 92 al. 1 let. b LAMal, constitue une infraction pénale le fait pour un professionnel de la santé de facturer à la caisse-maladie des prestations non fournies ou réclamées sur la base d'indications fausses ou incomplètes. A titre de sanction, le fraudeur s'expose à une peine pouvant aller jusqu'à 180 jours-amende.

Dans les cas les plus extrêmes, le prestataire de soins ayant usé d'astuce afin de se procurer un enrichissement illégitime au détriment de la caisse-maladie, processus plus communément connu sous le nom d'escroquerie à l'assurance, risque les peines prévues par l'art. 146 CP, pouvant aller jusqu'à cinq ans de peine-privative de liberté.

Pour faire écho à ce qui a été relevé dans le sous-chapitre relatif à l'exclusion, nous mentionnerons ici le caractère pénal que pourrait avoir une exclusion définitive. L'interdiction professionnelle est une mesure extrêmement incisive, puisqu'elle touche à l'avenir économique

¹⁸⁴ TF, arrêt 9C_776/2016, c. 3.4. ; LONGCHAMP, Newsletter 2017, p. 5.

¹⁸⁵ ATF 106 V 40, c. 5.bb) et références citées.

¹⁸⁶ ATF 106 V 40, c. 5 ; JUNOD, CGSS N°40, p. 172 et références citées.

¹⁸⁷ TF, arrêt 9C_776/2016, c. 3.4 ; ATF 120 V 481, c. 4 ; pour le non-respect de la proportionnalité, TF, arrêt 9C_622/2021, c. 5.2.3.

¹⁸⁸ TF, arrêt 9C_622/2021, c. 5.2.3 et références citées.

¹⁸⁹ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0.

et professionnel de la personne concernée. Selon certains, il s'agirait là d'une sanction si grave que les garanties pénales doivent être pleinement appliquées, ce qui n'est pas le cas devant les tribunaux arbitraux¹⁹⁰. Il n'en reste que, fort heureusement, ce type de sanctions pénales ne sont pas les plus fréquemment appliquées à l'encontre des prestataires de soins.

III. Les aspects procéduraux

A. Les juridictions cantonales compétentes

Sous le régime de la aLAMA, une procédure de conciliation était rendue obligatoire dans de tels litiges¹⁹¹, ce que ne prévoit plus expressément la LAMal. La procédure de conciliation obligatoire se déroulait devant une commission paritaire, ce qui offrait la garantie que les litiges commençaient par être traités par des professionnels de l'assurance-maladie et des représentants de la profession médicale¹⁹².

Malgré la teneur de l'art. 89 LAMal, la jurisprudence a considéré qu'il était toujours admissible que le droit de procédure cantonal prévoie une telle procédure avant que le Tribunal arbitral ne se saisisse du dossier¹⁹³. Si la procédure de conciliation n'aboutit pas, l'affaire sera portée devant le Tribunal arbitral compétent en la matière au sens de l'art. 89 al. 1 et al. 2 LAMal. En principe, le contentieux en matière d'assurances sociales relève de la compétence des tribunaux cantonaux des assurances, ce à quoi déroge l'art. 89 LAMal, et plus anciennement l'art. 25 aLAMA, pour ce qui est des litiges entre assureurs et fournisseurs de soins¹⁹⁴. Comme cela a été précisé plus haut¹⁹⁵, les litiges entre assureurs et prestataires doivent relever de la LAMal, si bien que la compétence matérielle du Tribunal arbitral désigné s'étend à tous les litiges dans la mesure où ceux-ci concernent des relations juridiques découlant de la LAMal ou conclue sur la base de la LAMal. La demande en justice permet la saisine du Tribunal arbitral, ce qui signifie que les assureurs n'ont pas la compétence de rendre des décisions relevant du pouvoir de celui-ci¹⁹⁶. Le for sera déterminé par le canton dans lequel le fournisseur de prestations est installé à titre permanent au regard de l'art. 89 al. 2 LAMal. Il convient de préciser que la notion de Tribunal arbitral au sens strict n'est pas applicable au cas de l'art. 89 LAMal, puisque celui-ci ne peut être désigné que sur la base d'un accord privé¹⁹⁷, en ce sens que la compétence du Tribunal arbitral repose sur la loi et non pas sur une convention d'arbitrage¹⁹⁸. En outre, l'art. 89 LAMal représente une *lex specialis* par rapport aux juridictions civiles si l'objet du litige concerne la situation des prestataires de soins ou des assureurs¹⁹⁹. En vertu de l'art. 89 al. 4 LAMal, le Tribunal arbitral doit être composé paritairement, avec un président neutre à sa tête.

¹⁹⁰ BSK KVG-HÄNER, art. 59 N 36.

¹⁹¹ DESCHENAUX, *Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie sociale, en particulier en ce qui concerne le médecin*, p. 543.

¹⁹² Idem.

¹⁹³ ATF du 30 avril 2004, K 143/03, c. 7.1.

¹⁹⁴ BALDE, CGSS N°40, p. 58.

¹⁹⁵ FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLFF/PERRENOUD, p. 261 ; BSK KVG-DE VITO BIERI/DANNACHER, art. 89 N 8 ; BALDE, CGSS N°40, p. 58 et références citées.

¹⁹⁶ BALDE, CGSS N°40, p. 60.

¹⁹⁷ BSK KVG-DE VITO BIERI/DANNACHER, art. 89 N 2.

¹⁹⁸ Idem.

¹⁹⁹ BSK KVG-DE VITO BIERI/DANNACHER, art. 89 N 9.

Toutes les décisions doivent être rendues avec respect de cette exigence de parité, même lorsque le Tribunal déclare la demande irrecevable²⁰⁰. Il est également du ressort du canton de fixer la procédure, simple et rapide, les faits déterminants devant être établis par ledit Tribunal, qui administre les preuves et les apprécie librement (art. 89 al. 5 LAMal). Les faits sont établis avec la coopération des parties, tenues de délivrer tous les documents utiles à la procédure.

Au regard de l'art. 17 de la Convention-cadre TARMED, une commission paritaire de confiance peut être mise sur pied pour arbitrer les litiges entre médecins et assureurs, vérifier les factures contestées ainsi que le bienfondé des prestations au regard des critères d'efficacité, d'adéquation et d'économicité et prescrire des sanctions à l'égard des médecins ou des assureurs en cas de violation de la LAMal.

B. Les parties à la procédure

La compétence du Tribunal arbitral est déterminée par les parties au litige au sens de l'art. 89 al. 1 LAMal. Avant de procéder à l'analyse des problématiques soulevées par ce chapitre, il convient de revenir brièvement sur une des bases du système d'assurance, prévue à l'art. 42 LAMal : le système du tiers garant et du tiers payant. Dans le système du tiers garant, l'assuré est le débiteur de la facture de soins, il en assume le paiement, à charge pour l'assureur-maladie de le rembourser, sous réserve de la franchise et de la quote-part²⁰¹. En revanche, dans le système du tiers payant, c'est l'assureur-maladie directement qui sera débiteur de la facture qui lui sera soit adressée par le fournisseur de soins, soit remise par l'intermédiaire de son assuré²⁰².

Cette différence de système engendre beaucoup de controverses au niveau des procédures de polypragmasie, notamment quant à savoir qui peut agir contre le fournisseur de soins qui violerait les exigences de la LAMal. Certains assureurs estiment que l'art. 56 al. 1 LAMal correspond à l'énoncé de l'art. 23 aLAMA, qui leur permettrait d'introduire des procès en polypragmasie, ce malgré la teneur de l'art. 89 al. 3 LAMal²⁰³. En 2001, le Tribunal fédéral avait jugé, au regard de la jurisprudence précédente, que l'art. 56 LAMal fondait un droit propre des caisses-maladie d'exiger la restitution des sommes perçues indument par un prestataire de soins, même lorsque celles-ci ont été versées par l'assuré et non la caisse²⁰⁴. S'il est tenu compte de l'analyse littérale de ces articles, selon un avis exprimé dans la doctrine²⁰⁵, l'art. 56 al. 2 LAMal prévoit qu'ont « *qualité pour demander la restitution : a) l'assuré ou, conformément à l'art. 89 al. 3 LAMal, l'assureur dans le système du tiers garant ; b) l'assureur dans le système du tiers payant* ». A teneur de cette disposition, le système du tiers garant ne permettrait pas à l'assureur d'agir en dehors d'un cas d'espèce, puisque celui-ci est chargé de la représentation de son assuré individuellement. Cette nécessité de représenter l'assuré est appuyée par l'art. 89 al. 3 LAMal, qui ne l'autorise pas à plaider devant le Tribunal arbitral. Selon ce même auteur, cette façon de penser est confortée par la teneur de l'art. 59 LAMal qui fait de la violation de l'art. 56 LAMal une cause possible d'exclusion du fournisseur de prestations²⁰⁶. En effet, la

²⁰⁰ BALDE, CGSS N°40, p. 61 et références citées.

²⁰¹ GREBER Pierre-Yves/KAHIL-WOLFF Bettina, CGSS N°37, p. 110.

²⁰² GREBER Pierre-Yves/KAHIL-WOLFF Bettina, CGSS N°37, p. 111.

²⁰³ DUC, CGSS Hors Série N°3, p. 112 ; DUC, CGSS Hors Série N°3, p. 116 ; DUC, PJA 2007, p. 866.

²⁰⁴ ATF 127 V 281, c. 5c et références citées.

²⁰⁵ DUC, CGSS Hors Série N°3, p. 111 ss ; DUC, CGSS Hors Série N°3, p. 116 ; DUC, PJA 2002, p. 79.

²⁰⁶ DUC, PJA 2007, p. 866.

formulation de l'art. 59 LAMal semble s'inscrire dans un régime où il n'est plus possible d'introduire des procès comme ceux tenus sous l'angle de l'art. 23 aLAMA.

En définitive, les caisses-maladies ont le droit d'agir conjointement contre le prestataire de soins à qui elles réclament le trop-perçu, la représentation par santésuisse étant cependant souvent la règle, bien que celle-ci ne puisse agir en son propre nom²⁰⁷. Par ailleurs, sont considérés comme prestataires de soins toutes les personnes ou institutions qui fournissent des prestations auxquelles la personne assurée a droit et qui réclament pour cela une indemnité à l'assureur²⁰⁸. Force est de constater qu'en pratique, c'est très souvent face à un ou plusieurs assureurs, très souvent représentés par l'association faitière, que le fournisseur de soins devra justifier de sa pratique et répondre d'actes jugés irrespectueux du principe d'économicité.

C. Les moyens de preuve

Le niveau de la preuve décrit le degré de certitude avec lequel le demandeur doit prouver les faits permettant de déclencher les conséquences juridiques des normes invoquées²⁰⁹. Dans les actions fondées sur la LAMal, le degré de la preuve est celui de la vraisemblance prépondérante²¹⁰. Celle-ci permet au juge, dans le domaine des assurances sociales, de fonder sa décision sur des faits qui apparaissent comme les plus vraisemblables, faute d'être établis de manière irréfutable²¹¹.

La maxime inquisitoire étant celle régissant la procédure devant le Tribunal arbitral des assurances, c'est au Tribunal d'établir les faits déterminants et d'administrer les preuves y relatives, notamment au regard de l'art. 89 al. 5 LAMal²¹². C'est donc aux assureurs souhaitant l'utilisation de la méthode dite statistique qu'il revient d'apporter la preuve d'un dépassement de l'indice au-delà de 130. Ceux-ci doivent fournir les statistiques par rapport au médecin concerné, le groupe de comparaison ainsi que tous les éléments sur lesquels ils fondent leur suspicion²¹³. Il convient de rappeler ici que le Tribunal fédéral a reconnu de longue date les statistiques de santésuisse comme un moyen de preuve de l'existence d'un cas de polypragmasie (voir à ce sujet le chapitre sur la méthode statistique). Ces chiffres sont certes suffisants pour en établir l'existence, mais le médecin peut démontrer en quoi sa pratique justifie un dépassement des coûts et soumettre ses propres statistiques pour expliquer son dépassement²¹⁴. A titre d'exemple, celui-ci peut amener la preuve que ses patients nécessitent des traitements médicaux plus intenses, un suivi plus appuyé ou encore que la moyenne d'âge de la patientèle est plus élevée. Pour se faire, le prestataire de soins peut requérir de santésuisse qu'elle lui transmette les données le concernant, afin que celui-ci puisse vérifier les similarités entre sa clientèle et celle de ses confrères et permettre le respect du droit d'être entendu, plus particulièrement du droit de s'exprimer sur les éléments pertinents du dossier²¹⁵. Au regard de ce qui précède, le médecin a donc accès non seulement aux éléments résultant de sa propre

²⁰⁷ ATF du 1^{er} mars 2006, K 142/05, c. 3 ; ATF 110 V 347, c. 1.

²⁰⁸ BSK KVG-DE VITO BIERI/DANNACHER, art. 89 N 12.

²⁰⁹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, p. 284.

²¹⁰ JUNOD, CGSS N°40, p. 162 et références citées ; HAEFELI, p. 1749.

²¹¹ ATF 125 V 193, c. 2.

²¹² TF, arrêt 9C_180/2021, c. 4.

²¹³ JUNOD, CGSS N°40, p. 162 ; DUC, PJA 2009, p. 215.

²¹⁴ JUNOD, CGSS N°40, p. 162.

²¹⁵ ATF 136 V 415, c. 6.3.1 ; JUNOD, CGSS N°40, p. 169.

pratique, mais également à ses propres données traitées par santésuisse et celles afférentes à son groupe de comparaison. Toutefois, les prestataires de soins peuvent trouver un intérêt à ne pas accepter les cas complexes et coûteux et préférer les renvoyer auprès de spécialistes, notamment afin de ne pas faire augmenter leurs coûts moyens, et de ce fait ne pas risquer un comportement polypragmasique. Une telle manière d’agir est du reste compréhensible au regard de la difficulté de justifier le dépassement de l’indice, mais ne fait qu’augmenter la facture finale de santé, puisque spécialistes et hôpitaux sont globalement plus chers qu’un traitement chez le médecin de famille, par exemple²¹⁶.

Pour procéder à l’appréciation des preuves, le Tribunal effectue une mise en balance des différentes preuves recueillies, afin de déterminer si l’affirmation formulée par une partie correspond à la réalité des faits²¹⁷. Le Tribunal ne peut se contenter d’admettre les allégués non contestés par une partie, celui-ci doit procéder à quelques vérifications, cas échéant au moyen de pièces qu’il invite à produire²¹⁸.

La problématique que nous pouvons soulever dans ce chapitre sur les moyens de preuve serait celle du poids donné à la méthode statistique. En effet, le Tribunal se doit d’administrer les preuves, quelle que soit la partie qui les fournit, et puisque les statistiques sont une preuve de l’existence de polypragmasie, et qu’en apporter la preuve inverse reste, nous ne pouvons le nier, fastidieux et complexe, il semblerait que le poids dans la balance pèse plus lourd d’un côté que de l’autre²¹⁹. L’examen de la fiabilité et de l’utilisation correcte des statistiques fournies par les assureurs serait un moyen de rééquilibrer la balance, comme le préconisait d’ailleurs Jean-Louis Duc dans l’une de ses publications²²⁰. De même, un examen sous l’angle de la méthode analytique serait également un moyen de contrer la plupart de ces inégalités en matière de preuves, qui, comme le démontre la pratique, amènent les médecins à changer leur mode de traitement, ceci possiblement au détriment des patients.

D. Le recours fédéral

Les jugements rendus par le Tribunal arbitral peuvent faire l’objet d’un recours en matière de droit public devant la troisième Cour de droit public du Tribunal fédéral selon l’art. 91 LAMal et 82 ss LTF²²¹. Le Tribunal fédéral des assurances ayant été intégré en 2007 au Tribunal fédéral suite à une réforme judiciaire pour moderniser les structures, c’est bien le Tribunal fédéral qui statuera en dernière instance sur les recours en matière d’assurance sociale²²².

A ce propos, la Haute Cour ne possède qu’un pouvoir d’examen réduit. Celle-ci n’examinera que si l’instance inférieure a violé le droit fédéral, la détermination des faits ne sera revue que si elle s’avère être manifestement incorrecte ou fondée sur une violation du droit au sens de l’art. 95 LTF²²³.

²¹⁶ JUNOD, CGSS N°40, p. 156.

²¹⁷ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHER/TAG, p. 288.

²¹⁸ JUNOD, CGSS N°40, p. 162 s ; ATAS/776/2016, c. 7.

²¹⁹ JUNOD, *Polypragmasie, enfin une bonne nouvelle*, p. 336.

²²⁰ DUC, PJA 2009, p. 215.

²²¹ Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF), RS 173.110.

²²² Voir <https://www.bger.ch/fr/index/federal/federal-inherit-template/federal-status/federal-geschichte.htm> (consulté le 10 septembre 2023).

²²³ TF, arrêt 9C_180/2021, c. 2 ; TF, arrêt 9C_570/2015, c. 1 ; TF, arrêt 9C_535/2014, c. 1.

En règle générale, les frais sont mis à charge de la partie qui succombe, et ce en vertu de l'art. 66 al. 1 LTF. Cependant, si les circonstances le justifient, le Tribunal fédéral peut les répartir autrement, comme dans un arrêt de 2022 dans lequel les frais ont été répartis par moitié entre les parties, ceci du fait de l'issue du litige et de l'admission partielle du recours²²⁴.

En sus, il a été jugé inéquitable que les caisses intimées doivent assumer les frais d'un mandataire indépendant auquel elles ont confié la défense de leurs intérêts devant l'instance fédérale²²⁵, ce qui a conduit à admettre que les caisses représentées par un avocat indépendant et obtenant gain de cause devant le Tribunal fédéral pour un litige en matière de polypragmasie ont droit, en principe, à une indemnité de dépens²²⁶.

IV. Examen de la pratique relative aux cas de polypragmasie

Dans le présent chapitre, nous allons examiner comment, de manière concrète, la procédure de polypragmasie est mise en œuvre et sur quelle base. Nous tâcherons ensuite de commenter les arrêts analysés en se fondant sur la doctrine et la jurisprudence, et exposerons également notre avis personnel en lien avec cette analyse.

A. L'application par les tribunaux – arrêts fédéraux

1. Arrêt du TFA, K 139/00 du 9 juillet 2001

a) Résumé de l'arrêt

i. En fait

Le 16 juillet 1998, 32 caisses-maladie réclament au Docteur P la restitution d'une somme de 122'000 francs au titre d'honoraires reçus à tort.

Par jugement du 4 novembre 1999, le Tribunal arbitral déclare la demande irrecevable. Les demanderesses interjettent recours de droit administratif contre ce jugement auprès du Tribunal fédéral des assurances en l'invitant à déclarer leur demande recevable. Le Docteur P conclut au rejet du recours.

ii. En droit

Le Tribunal arbitral du canton de Vaud avait considéré qu'au regard de l'art. 56 LAMal, la démarche des demandeurs n'était plus possible, contrairement à la pratique en vigueur sous l'ancienne LAMA. Il en a conclu que la demande était irrecevable, car l'art. 56 LAMal prévoyait que c'était à l'assuré, représenté par son assureur dans le système du tiers garant, et à l'assureur conformément au système du tiers payant qu'il incombait d'interpeller le fournisseur de soins dont la pratique serait contraire au principe d'économicité.

²²⁴ TF, arrêt 9C_622/2021, c. 6.

²²⁵ ATF 119 V 448, c. 6b.

²²⁶ TF, arrêt 9C_622/2021, c. 6 et références citées ; TF, arrêt 9C_535/2014, c. 11.

Les recourantes contestent ce point de vue et appuient qu'en édictant l'art. 56 al. 2 LAMal, le législateur n'entendait pas modifier le régime fondé sur l'art. 23 aLAMA et qu'il s'agit d'un droit dont le fondement repose sur une cession légale de la créance de l'assuré à l'assureur. A ce titre, le TFA cite un passage du rapport de la commission d'experts du 2 novembre 1990, repris pour l'essentiel dans le message du Conseil fédéral à l'appui de l'art. 48 du projet de loi, sur lequel se fonde, presque sans changement, l'art. 56 al. 2 let. a LAMal²²⁷. Celui-ci se présente ainsi :

« Comme actuellement (art. 23 LAMA) dans chaque cas particulier, on se fondera sur l'intérêt de l'assuré et le but du traitement pour déterminer dans quelle mesure une prestation doit être prise en charge par l'assurance obligatoire des soins. Les fournisseurs de prestations doivent s'en tenir à cette limite (...). Si, pour des prestations qui dépassent la limite, des rémunérations ont déjà été payées, leur restitution peut être demandée. A le droit de demander la restitution, dans le système du tiers payant, l'assureur et, dans celui du tiers garant, l'assuré ou l'assureur. En cas de litige avec le fournisseur de prestations, l'assureur, dans le système du tiers garant, doit, à ses frais, représenter l'assuré ».

Le TFA s'appuie également sur un arrêt fondamental du 31 décembre 1969 qui fonde un droit propre des caisses-maladies à exiger la restitution de sommes perçues indûment, même lorsque celles-ci ont été versées par l'assuré, fût-ce contre la volonté de celui-ci. Il en déduit des travaux préparatoires de la LAMal mentionnés ci-dessus que l'art. 56 al. 2 let. a LAMal codifie cette pratique et qu'il n'instaure nullement un nouveau principe.

Le TFA conclut à l'annulation du jugement du Tribunal arbitral du canton de Vaud et renvoie la cause au dit Tribunal.

b) Commentaire de l'arrêt

Dans son arrêt, le TFA a donc considéré que les procès pour polypragmasie étaient toujours possibles sous la LAMal, ceci aux mêmes conditions que sous l'ancienne LAMA. Pour cela, il s'appuie sur les travaux préparatoires en relevant que l'art. 56 al. 2 LAMal reprend pratiquement sans changement l'art. 48 al. 2 let. a du projet du Conseil fédéral.

Les arguments du TFA sont donc entièrement fondés sur la jurisprudence relative à l'art. 23 aLAMA et sur les travaux préparatoires auxquels il confère une clarté indéniable.

Cependant, lors de l'entrée en scène de l'art. 56 LAMal, la question était de savoir dans quel cas de figure celui-ci trouverait application. Aucune mesure ne semblait avoir été prise pour déterminer des critères plus précis, c'est pourquoi bon nombre d'auteurs s'accordaient à dire que la jurisprudence rendue sur la base de l'art. 23 aLAMA continuerait de s'appliquer dans le cadre de l'art. 56 LAMal²²⁸. Selon un avis exprimé dans la doctrine, il ne semble toutefois pas avoir été tenu compte du fait que l'art. 56 al. 2 LAMal, par son renvoi à l'art. 89 LAMal, rompt totalement avec l'ancien système, puisqu'il démontre que l'assureur doit agir et représenter son assuré, alors que l'art. 23 aLAMA permettait aux assureurs d'introduire des procès dans les deux systèmes, à savoir tiers payant et tiers garant²²⁹. La rédaction de l'art. 56 al. 2 let. a LAMal

²²⁷ FF 1992 I 171.

²²⁸ CATTANEO, p. 418 ss et références citées.

²²⁹ DUC, CGSS Hors Série N° 3, p. 111, p. 116 ss.

laisse clairement sous-entendre que c'est à l'assuré, représenté par son assureur, de demander la restitution dans le système du tiers garant. La représentation de l'assureur permet notamment d'ouvrir action devant le Tribunal arbitral, puisque l'assuré n'est pas admis à plaider devant lui, selon l'art. 89 al. 3 LAMal. En effet, si l'on s'en remet au message du Conseil fédéral cité ci-dessus, nous pouvons constater qu'il est clairement fait mention du droit de l'assuré ou de l'assureur de réclamer la restitution dans le système du tiers garant. Cependant, cette possibilité explicite sous l'ancienne LAMA ne se retrouve pas dans le texte de l'art. 56 al. 2 let. a LAMal, puisque celui-ci octroie ce droit à l'assuré, ou à l'assureur conformément au texte de l'art. 89 al. 3 LAMal. Cette disposition énonce de manière claire que si l'assuré est le débiteur de la rémunération litigieuse, c'est sous la représentation de son assureur, qui agira dans son intérêt, qu'il pourra saisir le Tribunal arbitral. L'interprétation littérale du texte de loi permet donc selon nous de conclure que le régime LAMal diffère de son prédécesseur.

Pour ce qu'il en est de la restitution des prestations indues dans le système du tiers garant, une autre problématique est à soulever. Si le fournisseur de soins rembourse à l'assureur les prestations touchées indûment, il n'en reste que celles-ci ont été payées en premier lieu par les assurés eux-même. C'est eux qui devraient bénéficier de la protection de l'économicité, c'est donc à eux que les sommes versées à tort devraient être reversées. Il en va plus simplement en ce qui concerne la restitution dans le cadre du système du tiers payant selon l'art. 56 al. 2 let. b LAMal puisque c'est l'assureur qui aura payé des sommes qui doivent être restituées. Il semble donc logique que ce soit en faveur de celui-ci que le versement ait lieu.

Le Tribunal fédéral des assurances a donc donné la possibilité aux assureurs de poursuivre un prestataire de soins pour polypragmasie selon la LAMal, indépendamment d'une éventuelle réclamation de l'assuré.

2. Arrêt du TF, 9C_535/2014 du 15 janvier 2015

a) Résumé de l'arrêt

i. En fait

Le 15 juillet 2008, 47 assureurs maladie ouvrent action en justice contre le Docteur A avec la demande que celui-ci soit contraint de leur rembourser un montant à partir du chiffre d'affaires de l'année 2006.

Par décision du 28 mai 2014, le Tribunal arbitral prononce le remboursement aux caisses-maladie d'un montant de 520'423.60 francs. Le Docteur A recours et conclut à l'annulation de la présente décision.

ii. En droit

Le plaignant objecte que le Tribunal inférieur n'aurait pas expliqué pourquoi il décide du remboursement sur la base de la méthode statistique. Le Tribunal fédéral relève que bien que les raisons du choix de cette méthode ne soient pas énumérées dans la décision attaquée, celle-ci expose cependant pourquoi la méthode analytique n'a pas été retenue. En outre, le Tribunal fédéral relève que conformément à l'art. 56 LAMal, toute rémunération versée indûment au prestataire de soins pourra être récupérée. Il rajoute que l'art. 59 LAMal permet d'infliger des sanctions aux prestataires de soins ne respectant pas les exigences d'économicité décrites dans la présente loi.

Dans l'un de ses considérants, le Tribunal fédéral rappelle que le choix de la méthode à utiliser pour analyser les coûts litigieux revient au Tribunal arbitral, bien qu'il y ait un privilège qu'il convient de donner à la méthode statistique par rapport à l'analytique. Il rajoute que la méthode analytique ne devrait être utilisée que lorsque manquent des informations fiables pour une comparaison des coûts moyens.

La Haute Cour rappelle également dans cet arrêt que suite à un changement de jurisprudence, seuls les frais directs du médecin sont couverts par l'obligation de remboursement, malgré que tous les frais encourus continuent d'être pris en compte pour l'évaluation globale de la pratique litigieuse.

Il est notamment reproché au Docteur A d'avoir, ceci de manière constante, effectué une distinction entre « cabinet médical » et « clinique » afin de faire facturer par la clinique des prestations chirurgicales onéreuses.

Concernant le groupe de comparaison pris en compte, les six cabinets d'ophtalmologistes enregistrés dans le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures ne constituaient pas un groupe suffisamment grand, c'est pourquoi il a été procédé à une comparaison avec le collectif de médecins de différents cantons. D'éventuels écarts constatés entre les prestataires comparés ne s'opposent donc pas à la comparabilité, mais constitueraient plutôt un signe de traitements non économiques. En outre, l'argumentaire du plaignant quant à la différence entre ses patients et ceux des ophtalmologues du groupe de comparaison n'a pas été retenu par le Tribunal, qui estime que postuler un « groupe de patients différent » ne suffit pas. De plus, le plaignant ne semble pas avoir remis en question l'adéquation de la constitution du groupe de comparaison, ce qui signifierait que le Tribunal arbitral a supposé, à juste titre, que la méthode statistique était applicable. L'argument du Docteur A selon lequel la mauvaise méthode avait été utilisée pour analyser la viabilité économique n'est donc pas fondé.

Le Tribunal arbitral a conclu que l'indice du plaignant s'élevait à 172 en 2006, indice largement supérieur à la marge de 130 admise par la jurisprudence. En voulant déterminer si les coûts directs dépassaient également la marge de tolérance, le Tribunal a retenu que la moyenne d'âge des patients du plaignant était sensiblement plus élevée que celle du groupe de comparaison, ce qui a réduit l'indice à 161, puisqu'il s'agissait d'une particularité de la pratique à prendre en considération.

Concernant les bases légales applicables, le Tribunal fédéral relève que la première instance a considéré l'art. 56 al. 2 LAMal comme pertinent pour le cas d'espèce, sans tenir compte du rapport avec l'art. 59 al.1 let. b LAMal qui est, selon la doctrine majoritaire citée dans ce considérant, seul applicable pour les demandes de remboursement. La Haute Cour rappelle à ce sujet que diverses méthodes d'interprétations sont pertinentes et doivent être prises en compte sans hiérarchisation. Il relève que le but de cet apport était de renforcer le système de sanction des prestataires non économiques et qu'il ne se justifiait donc pas, au regard du message du Conseil fédéral et des débats parlementaires, d'inclure la faute dans la demande en restitution fondée sur l'art. 59 al. 1 let. b LAMal. Il rajoute à cela que la jurisprudence relative à l'art. 56 al. 2 LAMal reste applicable.

Il en conclut que la décision contestée selon laquelle le plaignant doit rembourser la somme de 520'423.60 francs est conforme au droit fédéral au regard de tous les éléments susmentionnés.

b) Commentaire de l'arrêt

Il est admis que l'obligation de restitution suite à un traitement non économique n'est pas une peine ou une sanction, en ce sens que la procédure n'a pas pour but d'établir une faute de la part du prestataire de soins²³⁰, ceci pour l'art. 56 al. 2 LAMal tout comme pour l'art. 59 al. 1 let. b LAMal. Il faut donc se méfier des associations éventuelles entre demande de remboursement et polypragmasie, puisque la première n'est pas systématiquement liée à la deuxième. Dans l'arrêt analysé, le Tribunal fédéral relève bien qu'il ne se justifie pas de rendre l'application de l'art. 59 al. 1 let. b LAMal plus compliquée que celle de l'art. 56 al. 2 LAMal en rajoutant la faute, et par conséquent l'établissement de celle-ci à consolider.

Comme nous l'avons relevé au chapitre sur les autres éventuelles sanctions en lien avec la polypragmasie, l'art. 59 al. 1 let. b LAMal est le seul paragraphe à ne pas dépendre de l'existence d'une faute du prestataire de soins. Toutes les autres sanctions relatives à la violation du caractère économique des prestations recourent avec la notion de faute, imputable à celui-ci.

Malheureusement, bien qu'elle ne soit pas l'objet principal d'une procédure de restitution, bon nombre de fournisseurs de soins se sentent considérés comme des malhonnêtes et voient leur manière de pratiquer appréciée comme défectueuse²³¹. Quand bien même le TFA avait considéré qu'une condamnation pour polypragmasie ne devait pas emporter jugement sur la valeur du médecin concerné²³², la doctrine relève que les prestataires de soins la ressentent comme stigmatisante et ceci est appuyé par le comportement blâmant des assureurs²³³.

En ce qui concerne le choix de la méthode, le Tribunal fédéral a confirmé l'utilisation de la méthode statistique dans le cas d'espèce. Après un calcul de la valeur individuelle par cas et de la comparaison avec la valeur du groupe déterminé, le Tribunal arbitral a dû en arriver à la conclusion que la limite du groupe était dépassée puisqu'il a condamné le Docteur A. Avant cela, la seconde étape eut été de déterminer s'il existait diverses objections à la comparaison, notamment concernant les particularités du cabinet, les dépenses supplémentaires ou la différence de pratique. L'argument avancé par le Tribunal fédéral en ce qui concerne le groupe de patients différents nous semble un peu fort. Certes, une différence au niveau du groupe de patients n'est pas suffisante pour justifier d'un tel écart que celui constaté pour le Docteur A, mais il ne s'agit pas là d'un argument non négligeable, puisque des traitements relativement différents peuvent être nécessaires sur certains patients. En somme, il n'est pas suffisant d'invoquer uniquement cet argument, mais celui-ci mérite toutefois d'être pris en considération, d'autant qu'une analyse statistique admissible repose sur cette notion de similitude dans les éléments comparés.

Le Docteur A a le droit de demander l'accès à la liste des médecins qui constituent le groupe, ce afin de pouvoir déterminer si les praticiens avec lesquels ses coûts sont comparés ont une pratique similaire à la sienne. En effet, les statistiques de Santé Suisse ne peuvent répondre à toutes les divergences, par exemple les régions urbaines ou rurales d'un même canton sont

²³⁰ ISELIN, p. 110 ; LONGCHAMP, Newsletter 2017, p. 4, ATF 141 V 25, c. 8.4.

²³¹ KILCHENMANN ; CEREGHETTI, p. 2356 ; KESSLER/D'ANGLEO/TRITTIN, p. 209.

²³² ATF 99 V 193, c. 3.

²³³ DUC, CGSS N° 39, p. 60 ; DUC, PJA 2015, p. 1209 ; DUC, PJA 2009, p. 203 ; JUNOD, CGSS N° 40, p. 159.

parfois tellement différentes en termes de patientèle qu'elles ne se prêtent pas à la comparaison, tout comme le manque de prise en compte des critères de qualité qui peut aussi être un obstacle. A cet égard, il a déjà été reproché à cette méthode de ne s'attacher qu'aux coûts en négligeant la qualité des prestations médicales offertes²³⁴, ce qui pose problème puisque c'est quand même la qualité des prestations qui est, et on ne peut le nier, supposée être au centre des préoccupations. Cette méthode comporte donc des lacunes, et une mise en œuvre minutieuse est essentielle pour ne pas arriver à des résultats aberrants ou des démarches infondées. Ces déficits sont toutefois pris en compte d'une certaine façon, notamment par le biais de la marge de tolérance et des diverses objections avancées par les personnes visées par de telles procédures, bien que la preuve contraire des extraits statistiques soit généralement admise à contrecœur par les caisses-maladie²³⁵.

Dans le cas présent, le Tribunal a procédé à une comparaison avec différents ophtalmologues d'autres cantons pour que le groupe soit suffisamment grand, ce qui est rendu possible notamment grâce à l'entrée en vigueur du TARMED. En effet, avant cela, il aurait été compliqué de procéder à une comparaison correcte en raison des différents tarifs cantonaux.

Admettre que la pratique demeure inchangée serait ne pas tenir compte de l'art. 59 LAMal, qui mentionne comme cause possible d'exclusion la violation de l'art. 56 LAMal et des principes par elle posés. La formulation de l'art. 59 LAMal semblerait s'inscrire dans une logique où les procès pour polypragmasie ne peuvent justement plus être possibles comme sous l'ancienne LAMA. Pourquoi ? A titre de rappel, c'est sur la base de la formulation large et de la jurisprudence relative à l'art. 23 aLAMA que les procès pour polypragmasie étaient ouverts, faute de n'avoir aucune disposition correspondant à l'actuel art. 59 LAMal. Celui-ci vise les cas d'une certaine gravité, et permet aux assureurs de demander à un Tribunal arbitral de statuer sur la restitution de tout ou partie des honoraires touchés pour des prestations fournies de manière inappropriée. Cela marquerait une différence avec l'art. 56 LAMal qui viserait la restitution ou le refus de prestations, dans des cas isolés²³⁶, sans que le Tribunal n'ait à examiner son bienfondé en dehors d'une éventuelle contestation du fournisseur de soins. Malheureusement, la pratique démontre que c'est sur la base de l'art. 56 LAMal que la restitution de prestations indues sur plusieurs années est demandée²³⁷. Puisque constater la violation continue des principes d'économicité selon l'art. 59 LAMal se traduit par des sanctions prononcées par un Tribunal arbitral, il semblerait juste de dire que c'est sur cette base que des actions pour polypragmasie devraient être menées, et non pas sur la base de l'art. 56 LAMal.

B. L'application par les tribunaux – un arrêt cantonal

1. Tribunal arbitral des assurances, arrêt ATAS/776/2016 du 16 septembre 2016

a) Résumé de l'arrêt

i. En fait

Par courrier du 2 mai 2011, 17 assurances maladie, toutes représentées par santésuisse, réclament à A, exerçant la profession d'infirmière indépendante, le remboursement de la

²³⁴ EISENRING/HESS, p. 31 ss ; ISELIN, p. 114.

²³⁵ SCHWEIZER/TRÜMPLER/WERDER, p. 383.

²³⁶ Voir ndbp n° 173 ss.

²³⁷ Arrêt du TF, 9C_776/2016, c. 3.4.

somme de 356'152 francs correspondant à la différence entre le revenu annuel maximum qu'elles ont pris en considération et les montants effectivement remboursés pour les années 2009 et 2010. La défenderesse avait déjà été avertie en 2004 et 2007 que ses revenus étaient notablement plus élevés que la moyenne de ceux des autres infirmières du canton de Genève.

Une entrevue entre les demanderesses et la défenderesse s'était déroulée le 15 juin 2011 durant laquelle il a été convenu que la seconde recontacte les demanderesses pour leur faire une proposition de remboursement, qui a alors fait l'objet d'un rappel.

Le 11 juin 2014, les demanderesses ont procédé au même calcul pour les années 2011 à 2013 et déposent auprès du Tribunal de céans une demande visant à ce que la défenderesse soit condamnée à leur verser la somme de 581'254 francs et frappée d'une exclusion définitive de toute activité à charge de l'assurance obligatoire des soins en cas de récidive.

ii. En droit

Selon l'art. 56 al. 2 let. b LAMal, les assureurs qui ont effectivement pris en charge les factures ont la qualité pour demander la restitution des sommes perçues à tort dans le système du tiers payant. Les assureurs-maladie peuvent introduire une action collective à l'encontre d'un fournisseur de prestations sans spécifier pour chacun d'eux les montants remboursés et se partager, à l'issue de la procédure, le montant obtenu. Il serait dès lors sans importance que certains assureurs n'aient remboursés aucun montant pendant une période déterminée.

Il y est rappelé l'admissibilité du recours à la méthode statistique comme moyen de preuve permettant d'établir le caractère économique ou non des traitements prodigués par un médecin donné, et que bien que la méthode n'ait jamais été valablement remise en cause, il ne s'agit pas d'une preuve irréfragable de polypragmasie.

Le Tribunal relève également que dans la mesure où la méthode statistique consiste en une comparaison des coûts moyens, qui repose sur des données accessibles seulement aux assureurs maladie et à leur organisation faîtière, le médecin recherché en restitution doit avoir la possibilité de prendre connaissance des données mentionnées pour être à même de justifier les spécificités de sa pratique par rapport à celle des médecins auxquels il est comparé, faute de quoi son droit d'être entendu serait violé. Les droits du prestataire de soins sont donc renforcés par ce biais. Cependant, c'est au fournisseur de prestations qu'il revient d'apporter la preuve de ses allégations contraires, et il ne lui suffit pas pour cela d'inviter le Tribunal à mandater un expert ; il doit au contraire lui-même démontrer les particularités de sa pratique.

La défenderesse invoque la péremption des prétentions des demanderesses et fait valoir que les statistiques de santé suisse ont été publiées au plus tard le 26 août 2010 pour l'année 2009, le 26 août 2011 pour l'année 2010, le 5 mai 2012 pour l'année 2011, le 25 mai 2013 pour l'année 2012 et le 18 avril 2014 pour l'année 2013, de sorte que les demanderesses en ont eu connaissance à ces dates-là et que par conséquent, le délai est échu.

Les demanderesses ont non seulement conclu à la restitution des prestations indues, mais également à l'exclusion définitive de toute activité à charge de l'assurance obligatoire des soins en cas de récidive sur la base de l'art. 59 LAMal. Le Tribunal rappelle à cet égard que la sanction

de l'exclusion se veut sanction ultime, malgré qu'un avertissement formel ne soit pas nécessaire. Il conclut qu'une exclusion définitive ne saurait s'envisager en l'état.

b) Commentaire de l'arrêt

Même si le Tribunal arbitral rappelle que la méthode statistique et les résultats qui en sont issus ne sont pas une preuve irréfragable d'un comportement polypragmasique, la pratique démontre parfois que le poids qui leur est donné s'avère considérable. En effet, malgré le fait que selon SantéSuisse, la plupart des factures émises à charge de l'assurance-maladie sont recensées dans le pool de données, la fiabilité de celles-ci a déjà sérieusement été mise en doute²³⁸. Ce doute est d'autant plus problématique qu'après une analyse de la jurisprudence, on constate que ce sont souvent des montants à six chiffres qui sont réclamés aux prestataires, sur la base de celles-ci. Puisque les procès en polypragmasie sont introduits sur la base de statistiques émanant des assureurs, il serait peut-être bon d'en examiner minutieusement et systématiquement la fiabilité et l'utilisation correcte. Comme le Tribunal le relève ici, ces données sont accessibles seulement aux assureurs maladies, et quand bien même le prestataire de soins est en droit de les requérir, l'obligation stricte qui lui est faite de se disculper rend la chose d'autant plus complexe. Il n'est donc guère possible de nier la disproportion des moyens de preuve à disposition des plaideurs, notamment par le fait que les documents fournis par les assureurs sont souvent longs, détaillés et comportent des informations dont la compréhension exacte n'est pas à la portée du fournisseur de soins.

En ce qui concerne la péremption des prétentions des demanderesse, le Tribunal arbitral relève que le délai, conformément à l'art. 25 al. 2 LPGA, est d'un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance d'un fait, et au plus tard cinq ans après le versement des prestations. Face à un éventuel cas de polypragmasie, le délai d'une année commence à courir à compter du jour où la statistique de SantéSuisse indiquant le coût moyen annuel du médecin est mise à disposition des caisses. Il en résulte que la demande déposée le 18 juin 2014 portant sur les années 2009 à 2012 ne respecte pas le délai d'une année. Cependant, les demanderesse relèvent qu'elles ont fait notifier à la défenderesse un commandement de payer le 30 septembre 2011 s'agissant des années 2009 et 2010, et font également état de leur lettre adressée à la défenderesse sous pli recommandé le 2 mai 2011 aux termes de laquelle elles demandent la restitution des sommes indues pour ces mêmes années. Selon le Tribunal arbitral, le délai de péremption est alors valablement sauvegardé pour les années 2009, 2010 et 2013, mais pas pour les années 2011 et 2012. Le Tribunal fédéral a toutefois réformé partiellement ce jugement, en ce sens qu'il s'agit d'un délai de péremption et qu'il ne peut dès lors être interrompu. Pour préserver ce délai, il suffisait d'introduire une demande devant l'autorité de conciliation prévue.

Ce délai de péremption devrait permettre à éviter, selon nous, que des prestataires de soins ne se retrouve confrontés à des demandes de restitutions fondées sur plusieurs années antérieures, et que des montants exorbitants leur soient réclamés des années après.

Reste à préciser ici que nous maintenons nos propos relatifs aux art. 56 et 59 LAMal développés dans l'analyse de l'arrêt du TF 9C_535/2014 du 15 janvier 2015, en ce sens que la demande de restitution de montants en lien avec diverses prestations fournies sur plusieurs années aurait dû se faire sur la base de l'art. 59 al. 1 let. b LAMal, puisque c'est la pratique générale qui a été remise en cause et non pas les prestations fournies dans un cas isolé.

²³⁸ DUC, PJA 2009, p. 211 ; ISELIN, p. 113.

V. Conclusion

Au terme de la rédaction de ce travail, nous avons pu constater l'ampleur des difficultés posées par une procédure qui se veut, à titre initial, d'utilité publique. Les divergences sont nombreuses, et les intérêts varient considérablement entre les différents acteurs du système de santé.

La procédure mise en place en présence de surtraitements a une valeur non négligeable pour l'ensemble de la communauté médicale. En effet, les prestataires de soins condamnés par le biais des diverses sanctions applicables sont un signal d'alarme à destination de leurs confrères et consœurs. Malheureusement, le médecin convaincu d'avoir exercé son métier dans le respect des règles de l'art et en plaçant son patient au centre du traitement voit sa réputation et ses qualifications professionnelles entachées, ce qui engendrera de nombreuses problématiques personnelles. Force est de constater que les sanctions, pouvant aller jusqu'à l'exclusion du droit de pratiquer à charge de l'assurance-maladie, sont d'une ampleur dont nous avons de la peine à saisir les conséquences tant que nous ne nous retrouvons pas au centre de ladite procédure.

Comme nous avons pu le relever au fil de la rédaction, le but premier de cette procédure n'est pas de pointer du doigt le médecin concerné par celle-ci, mais bien plutôt de réorienter sa ligne de conduite en ce qui concerne l'économicité des prestations. Le médecin mis en cause ne devrait pas se voir retirer la confiance des assureurs, sous réserve de violations crasses de la LAMal, ce qui n'est fâcheusement souvent pas le cas. Le climat de peur instauré par le pouvoir de ces démarches risque fortement d'entacher les relations entre prestataires de soins et patients, puisque, à raison, les premiers auront tendance à vouloir se protéger, quitte à réduire la qualité des prestations fournies aux seconds. Le rôle préventif que joue le contrôle effectué par les assureurs ne saurait induire une crainte ou des pressions excessives vis-à-vis des prestataires de soins. La prise de conscience par le médecin qui dépasserait sensiblement la moyenne des coûts de ses confrères et consœurs est essentielle, mais ne doit pas être effectuée sous la pression de se voir infliger des sanctions drastiques.

Il nous reste à conclure que les méthodes utilisées pour vérifier l'économicité des prestations méritent d'être approfondies et les contours doivent en être rigoureusement plus définis. Puisque la fiabilité des statistiques utilisées a été remise en doute à plusieurs reprises, et que moult critères doivent être pris en compte, on ne saurait négliger l'erreur éventuelle issue de leur utilisation. Il ne saurait être accepté que l'avenir économique des prestataires de soins dépende de procédures dont les contours ne sont pas suffisamment clairs aux yeux de tous, car n'oublions pas que ceux-ci sont essentiels au fonctionnement du système de santé suisse.