

# FR\_GERICHTE ARB 2019 5 vom 7. November 2022

FR Kantonsgericht, 2022-11-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_ARB\\_2019\\_5](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_ARB_2019_5)

FR: FR\_GERICHTE ARB 2019 5 du 7 novembre 2022

IT: FR\_GERICHTE ARB 2019 5 del 7 novembre 2022

## Regeste

Arrêt du Tribunal arbitral LAMal/LAA | LAA Schiedsgericht KVG/UVG

## Erwägungen

### E. 29

novembre 2019. De manière générale, elle persiste à contester la validité du groupe auquel elle est comparée, jusqu'à remettre en cause la méthode en tant que telle. Elle relève que certains médecins de ce groupe ont une patientèle d'âge moyen de plus de 18 ans (5 en 2014, 5 en 2015 et 4 pour l'année 2016). En raison de la différence d'âge moyen des patients, ainsi que du nombre variable de ces derniers, une comparaison de sa pratique avec celle des autres médecins de son

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 8 de 38 groupe n'est pas possible. Elle prétend aussi qu'elle s'occupe de nombre de cas lourds et urgents, explicitant 14 d'entre eux. S'agissant de la psychothérapie déléguée qu'elle érige en particularité, elle estime qu'elle modifie la structure des coûts, impliquant des tâches inhérentes aux échanges avec les réseaux transdisciplinaires et les familles ainsi qu'en raison de l'obligation accrue de surveillance de la part du médecin déléguant. La méthode statistique ne tient pas compte du diagnostic du patient, du degré d'atteinte de son état psychique, des modalités de son traitement, de la fréquence des consultations y relatives ainsi que de la qualité et de l'adéquation des prestations du médecin. Au vu de ces éléments et des particularités de sa patientèle, la défenderesse est d'avis que c'est la méthode analytique qui doit s'appliquer. Par ailleurs, elle semble revendiquer la nouvelle méthode ANOVA dite de variance. De plus, elle maintient que la procédure du contrôle de l'économicité n'a pas été respectée, violant ainsi son droit d'être entendue, et rappelle que le principe de la bonne foi exige que le médecin soit informé de "l'inefficacité" de sa pratique avant de faire valoir une demande de remboursement devant un tribunal. En outre, elle conteste devoir restituer les montants demandés par les demandresses, dans la mesure où celles-ci admettent que les pratiques 2014 et 2015 ne pouvaient plus être modifiées. Concernant sa pratique 2016, elle maintient qu'il était impossible de la corriger, du fait que les traitements étaient déjà planifiés et engagés. Finalement, elle répète une nouvelle fois que les prestations faites en l'absence du patient ne peuvent être prises en compte dans la limitation des 100 heures hebdomadaires de psychothérapie déléguée. Elle rappelle que l'intérêt du patient prévaut, intérêt pris en compte dans l'application de l'art. 56 al. 1 LAMal, et affirme aussi avoir toujours exercé sa profession dans le respect de la loi et du TARMED, avec pour seul but de protéger l'intérêt de ses patients. Elle précise toutefois que les chiffres établis par Ctésias SA, démontrant le nombre d'heures de psychothérapie déléguée facturées, ne peuvent être produits en justice, une clause de confidentialité rendant impossible la transmission de ces données. G. Par courrier du 4 août 2021, la Présidente du Tribunal arbitral a réouvert la procédure probatoire

et, se référant à l'art. 3b de l'ordonnance du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS; RS 832.112.31), a instruit le nombre de consultations allant au-delà de 40 séances par patient, pour chacune des années considérées, tant auprès de la défenderesse que des demanderesses. Le 21 octobre 2021, la défenderesse a produit la liste de ses patients dont le traitement dépasse 40 séances annuelles, ainsi que certains courriers des assureurs garantissant une prise en charge des coûts au-delà de 40 séances. Elle précise que la liste produite ne fait mention que des séances effectuées en présence des patients, et non de celles qui ont été faites en leur absence. A la demande de la Présidente, la défenderesse a déposé, le 24 janvier 2022, une nouvelle liste des patients avec plus de 40 consultations pour chacune des années considérées, incluant les prestations en l'absence des patients. Le 21 février 2022, à la demande de la Présidente, les demanderesses ont fourni, sur la base de la liste des patients déposée par la défenderesse, un tableau répertoriant ceux pour lesquels elles ont autorisé une thérapie au-delà de 40 séances, respectivement pour lesquels aucune garantie n'a été donnée. Pour les années litigieuses, sur les 58 patients annoncés qui ont été suivis sur plus de 40 séances, seules 15 garanties de prise en charge ont été délivrées. Parmi ces patients, ceux ayant reçu une garantie de prise en charge par l'assurance-invalidité ne doivent pas être pris en

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 9 de 38 considération, puisque les coûts y relatifs ne sont pas englobés dans les statistiques RSS. En outre, elles soulignent la différence des coûts selon qu'une séance a été faite par la psychiatre (CHF 195.69/heure) ou par les psychothérapeutes délégués (CHF 136.06/heure). Si les séances ont été exclusivement réalisées par la défenderesse elle-même, les coûts pour les 15 patients dont la garantie de prise en charge a été donnée s'élèvent à CHF 140'503.-, alors que si elles ont été exclusivement faites par des psychothérapeutes délégués, les coûts s'élèvent à CHF 97'693.-. La défenderesse n'ayant pas indiqué la proportion entre les personnes ayant effectué ces séances, les demanderesses ont déterminé le montant correspondant en appliquant la même proportion que celle existante entre les prestations de psychiatrie (13 %) et celles de psychothérapie déléguée (87 %) facturées durant les années considérées. Par détermination spontanée du 11 mars 2022, la défenderesse fait valoir que le nombre des patients retenu par les demanderesses est erroné, dès lors qu'elle prétend avoir eu, durant les trois années considérées, 928 patients et non pas 933. Elle relève également que la pratique des différents assureurs-maladie n'est pas identique quant à la procédure visant à obtenir la garantie de prise en charge au-delà de 40 séances. En raison de ces pratiques disparates, la psychiatre attendait de recevoir une demande des assureurs avant de produire un rapport justifiant la poursuite du traitement. Elle est ainsi partie du principe que, lorsqu'un assureur octroyait des prestations pour un traitement allant au-delà de 40 séances, il en avait reconnu la nécessité et l'adéquation médicale. Partant, l'absence de garantie ne devrait pas conduire à un remboursement des prestations de sa part. Une demande de garantie de prise en charge doit par ailleurs pouvoir être déposée à son sens a posteriori; la médecin propose dès lors de remédier à l'absence de garantie en fournissant un rapport circonstancié pour justifier la poursuite du traitement. Enfin, la défenderesse souligne les spécificités de sa pratique afin de justifier le dépassement de ses prestations au-delà de 40 séances. Le 26 avril 2022, les demanderesses ont été invitées à se prononcer sur la liste des prestations effectuées en l'absence du patient produite par la défenderesse le 24 janvier 2022, dont elles n'ont pas tenu compte dans leur tableau répertoriant les patients pour lesquels elles ont autorisé une thérapie au-delà de 40 séances. Par courrier du 5 mai 2022, les demanderesses rappellent

tout d'abord que la plupart des patients figurant sur la liste produite par la défenderesse le 24 janvier 2022 n'a pas obtenu de garantie de prise en charge de leur part. Ensuite, elles affirment ne pas être en mesure de chiffrer les prestations en l'absence du patient pour les traitements qui ont été approuvés au-delà de 40 séances, la liste de Ctésias SA produite par la défenderesse n'indiquant pas si les prestations en cause ont été effectuées antérieurement ou postérieurement à l'octroi de la garantie. Elles-mêmes n'étant pas en possession de ces informations, seul un examen de plusieurs centaines de factures, patient par patient, permettrait de dire si une prestation en l'absence du patient a été réalisée avant ou après l'octroi de la garantie. Or, il s'agit d'un travail disproportionné. Les demanderesses constatent en outre que les positions relatives aux prestations effectuées en l'absence du patient ont dépassé de manière excessive le nombre de positions autorisé par TARMED pour les patients pour lesquels aucune garantie n'a été octroyée, en regard des mêmes séances en l'absence du patient réalisées pour ceux d'entre eux pour lesquels le traitement a été approuvé au-delà de 40 séances. Enfin, elles prétendent nouvellement que, sur les 718 séances autorisées, seuls les coûts de 43 séances devraient être déduits des montants à restituer: selon elles, il faudrait en effet soustraire des 718 séances autorisées les 675 séances au-delà de 40 qui ne sont pas au bénéfice d'une garantie de prise en charge.

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 10 de 38 Par courrier du 19 mai 2022, la défenderesse réitère sa proposition tendant à justifier, a posteriori, la nécessité de la poursuite du traitement pour les patients qui ont été suivis sur plus de 40 séances et pour lesquels aucune demande de garantie n'a été déposée. Facturant ses prestations de manière électronique, la défenderesse explique que les limitations quantitatives des positions TARMED 02.0260 "Prestation en l'absence du patient, par le psychologue ou psychothérapeute délégué, par période de 5 min" et 02.0070 "Prestation médicale en l'absence du patient (y compris l'étude du dossier), par le spécialiste en psychiatrie, par période de 5 min" ne lui sont pas applicables. De plus, la médecin fait à nouveau valoir les particularités de sa pratique, notamment sa participation ainsi que celle de ses psychothérapeutes à des réseaux interdisciplinaires. Concernant les prestations effectuées en l'absence du patient, elle est d'avis que le fardeau de la preuve appartient aux demanderesses, lesquelles doivent établir et prouver les montants réclamés à titre de pratique non économique. Par ailleurs, elle prétend que les séances au-delà de 40 sont au nombre de 684, et non de 1393, comme le retiennent les demanderesses. Enfin, la défenderesse propose d'exclure les séances au bénéfice d'une garantie de prise en charge et de recalculer son indice. Aucun autre échange d'écritures n'a été ordonné entre les parties. Il sera fait état des arguments, développés par celles-ci à l'appui de leurs conclusions, dans les considérants en droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la résolution du litige. en droit 1. 1.1. Conformément à l'art. 1 al. 2 let. e LAMal, les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1) ne s'appliquent pas à la procédure auprès du tribunal arbitral cantonal. Selon l'art. 89 LAMal, les litiges entre assureurs et fournisseurs de prestations sont jugés par un tribunal arbitral (al. 1). Est compétent le tribunal arbitral du canton dont le tarif est appliqué ou du canton dans lequel le fournisseur de prestations est installé à titre permanent (al. 2). Les cantons fixent la procédure qui doit être simple et rapide (al. 5). L'art. 28 de la loi d'application fribourgeoise du 24 novembre 1995 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LALAMal; RSF 842.1.1) prévoit que le tribunal arbitral est saisi par la voie de l'action de droit administratif. La procédure est régie, sous réserve de dispositions particulières, par le code cantonal du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative (CPJA; RSF 150.1). 1.2. En l'espèce, la qualité de

fournisseur de prestations de la défenderesse au sens des art. 35 ss LAMal et 38 ss de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal; RS 832.102) n'est pas contestée. Quant aux demanderesse, elles entrent dans la catégorie des assureurs au sens de la LAMal. La compétence du Tribunal arbitral du canton de Fribourg est également donnée, *ratione loci*, dans la mesure où le cabinet de la principale intéressée y est installé à titre permanent.

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 11 de 38 2. 2.1. Aux termes de l'art. 32 LALAMal, si la conciliation n'a pas été tentée auprès d'un organisme de conciliation prévu par une convention, le président assigne les parties à son audience pour y tenter la conciliation. Par ailleurs, dans son action, le demandeur est tenu de préciser si une conciliation préalable a été tentée (cf. art. 29 al. 3 LALAMal). Selon l'art. 31 LALAMal, si l'organisme de conciliation prévu à l'article 29 al. 3 ne s'est pas prononcé dans le délai de nonante jours dès le dépôt de la demande de conciliation, chacune des parties peut saisir le tribunal arbitral. Le président du tribunal arbitral fixe un délai péremptoire de trente jours à l'organisme de conciliation pour rendre sa décision. Si l'organisme de conciliation ne s'est pas prononcé dans ce délai, il est d'office dessaisi de la cause, et le tribunal arbitral procède conformément aux articles suivants. Les frais de la tentative de conciliation sont mis solidairement à la charge des membres de l'organisme de conciliation. Il résulte de ce qui précède que, dans les litiges opposant assureurs et fournisseurs de prestations, la conciliation est obligatoire. Celle-ci est de la compétence d'un éventuel organisme de conciliation prévu par une convention et, à défaut, par le Président du Tribunal. 2.2. L'art. 17 de la convention-cadre TARMED du 5 juin 2002 prévoit la mise sur pied d'une commission paritaire cantonale de confiance (al. 1) afin que celle-ci puisse notamment arbitrer les litiges entre médecins et assureurs et les concilier (al. 2 let. c et al. 3). En vertu de l'art. 18 al. 6 de la convention cantonale du 19 décembre 2003 d'adhésion à la convention-cadre TARMED, état au 7 mars 2007 (ci-après: convention cantonale), les parties à la convention et leurs membres, ainsi que les médecins et assureurs ayant déclaré leur adhésion à titre individuel, sont tenus de se soumettre à la procédure devant la Commission paritaire de confiance. 2.3. En l'espèce, selon des renseignements pris d'office, la défenderesse a adhéré individuellement à la convention-cadre TARMED ainsi qu'à la convention tarifaire TARMED, quand bien même elle n'est pas membre de MFÄF, et s'est acquittée de ses cotisations pour les années en cause. Partant, la conciliation est obligatoire pour les litiges opposant la psychiatre aux assureurs, et la CPC est compétente pour ce faire. Les demanderesse ont précisément saisi la CPC avant d'introduire leur action pour chacune des années litigieuses. La conciliation a été tentée mais elle a échoué. Partant, la compétence du Tribunal de céans ne saurait ainsi être contestée de ce point de vue non plus. 3. 3.1. Selon l'art. 1 de ses statuts du 11 décembre 2015, santésuisse est une association au sens de l'art. 60 CC. S'il est constant qu'elle n'a pas qualité pour agir en son nom propre en tant que demanderesse (cf. arrêt TF 9C\_167/2010 du 14 janvier 2011 consid. 2.2), il est notoire qu'elle représente diverses caisses-maladie autorisées à pratiquer à charge de l'assurance-maladie sociale (cf. arrêt TF 9C\_260/2010 et 9C\_285/2010 du 27 décembre 2011 consid. 5.3.1). A teneur de l'art. 17 de ses statuts du 11 décembre 2015, lors de litiges devant les tribunaux, et pour ceux relevant du Tribunal administratif concernant des désaccords en matière de convention ou de tarif, santésuisse agit en tant que représentante des membres et est investie des mandats nécessaires lors de procès et de procédures administratives. Ce mandat vaut spécialement en cas de procédures selon les

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 12 de 38 art. 53, 56, 59, 89, 90a al. 2 et 91 LAMal. Des membres de l'association peuvent, à titre individuel, renoncer à la représentation au cas par cas. Partant, santésuisse a qualité pour agir pour ses membres, dont la liste peut être consultée sur le site Internet suivant:

[www.santesuisse.ch/fr/santesuisse/membres/repertoire-des-membres](http://www.santesuisse.ch/fr/santesuisse/membres/repertoire-des-membres) (consulté le 27 octobre 2022). S'agissant des assureurs-maladie non-membres de santésuisse, ils ont donné procuration à cette dernière de les représenter dans le cadre notamment de demandes de remboursement au sens de l'art. 56 LAMal. Ainsi, il convient de constater que KPT Krankenkasse AG, le groupe Helsana (Helsana Versicherungen AG, Progrès Versicherungen AG, Avanex Versicherungen AG, sansan Versicherungen AG, indivio Versicherungen AG), le groupe CSS (CSS Kranken-Versicherungen AG, INTRAS Assurance-maladie SA, Arcosona AG, Sanagate AG) ainsi que le groupe Sanitas (Sanitas Krankenversicherung, Compact Grundversicherungen AG) sont également valablement représentés par santésuisse (cf. pièce 3 du bordereau produit par les demanderesses le 12 août 2019). A relever que Helsana Versicherungen AG a fusionné avec avanex Versicherungen AG en 2017 et que Progrès Versicherungen AG a fusionné la même année avec sansan Versicherungen AG ([www.helsana.ch/fr/prives/services/communications/avanex-sansan-progres.html](http://www.helsana.ch/fr/prives/services/communications/avanex-sansan-progres.html), consulté le 27 octobre 2022). De même, en 2021, Groupe Mutuel Assurances GMA SA a fusionné avec Mutuel Assurances SA ([www.groupemutuel.ch/fr/entreprises/Service-Clients/Questions-frequentes/Fusion-Masa-Gma.html](http://www.groupemutuel.ch/fr/entreprises/Service-Clients/Questions-frequentes/Fusion-Masa-Gma.html), consulté le 27 octobre 2022). Partant, santésuisse a qualité pour représenter les demanderesses figurant dans le rubrum, soit en application de l'art. 17 de ses statuts, soit par le biais d'une procuration expresse. 3.2. Les demanderesses pour les années statistiques 2014 à 2016, dûment représentées par santésuisse, ont en outre la légitimation active, selon l'art. 56 al. 2 let. b LAMal. Le Tribunal de céans constate en effet qu'elles ont produit des documents intitulés "Datenpool Jahresdaten Geschäftsjahr", décomposant les montants pris en charge par chaque assureur, pour les années en cause, tant pour les coûts directs que pour les coûts indirects. Cela permet ainsi d'identifier les assureurs qui ont pris en charge des prestations pour chacune des années déterminantes et, partant de confirmer leur légitimation active (cf. arrêt TF 9C\_260/2010 et 9C\_285/2010 du 27 décembre 2011 consid. 4.7). Comme évoqué ci-avant, le Tribunal de céans constate toutefois que avanex Versicherungen AG et sansan Versicherungen AG, qui figurent dans le Datenpool, ont été reprises au 1er janvier 2017 par Helsana Versicherungen AG pour la première et Progrès Versicherungen AG pour la seconde (cf.

[www.helsana.ch/fr/prives/services/communications/avanex-sansan-progres.html](http://www.helsana.ch/fr/prives/services/communications/avanex-sansan-progres.html), consulté le 27 octobre 2022), lesquelles figurent parmi les demanderesses pour les années en cause. De même, Mutuel Assurances SA, qui figure dans le Datenpool, a été reprise au 1er janvier 2021 par Groupe Mutuel Assurances GMA SA, laquelle figure parmi les demanderesses pour les années en cause

([www.groupemutuel.ch/fr/entreprises/Service-Clients/Questions-frequentes/Fusion-Masa-Gma.html](http://www.groupemutuel.ch/fr/entreprises/Service-Clients/Questions-frequentes/Fusion-Masa-Gma.html), consulté le 27 octobre 2022). Partant, ces dernières bénéficient des droits et obligations qui découlent de leur fusion et, cas échéant, du présent arrêt (cf. arrêts TFA K 124/03 du 16 juin 2004 consid. 2; K 116/03 du 23 novembre 2004 consid. 2.4).

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 13 de 38 4. 4.1. Aux termes de l'art. 56 LAMal, le fournisseur de prestations doit limiter ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement (al. 1). La rémunération des prestations qui dépasse cette

limite peut être refusée et le fournisseur de prestations peut être tenu de restituer les sommes reçues à tort au sens de la présente loi (al. 2). Ont qualité pour demander la restitution: l'assuré ou, conformément à l'art. 89, al. 3, l'assureur dans le système du tiers garant (art. 42, al. 1) (al. 2 let. a) ou l'assureur dans le système du tiers payant (art. 42, al. 2) (al. 2 let. b). Les fournisseurs de prestations et les assureurs conviennent d'une méthode visant à contrôler le caractère économique des prestations (al. 6). Un cas de polypragmasie est réalisé aussi lorsque le fournisseur de prestations facture des montants qui excèdent ceux des traitements plus économiques qu'il aurait pu dispenser, ou que des positions tarifaires sont elles-mêmes cumulées de façon prohibée, car les prestations ne sont ainsi plus limitées à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement (arrêt TF 9C\_21/2016 du 17 novembre 2016 consid. 6.2).

4.2. A teneur de l'art. 25 LPGA, applicable par analogie aux prétentions en restitution fondées sur l'art. 56 al. 2 LAMal, nonobstant le prescrit de l'art. 1 al. 2 let. e LAMal, les prestations indûment touchées doivent être restituées. La restitution ne peut être exigée lorsque l'intéressé était de bonne foi et qu'elle le mettrait dans une situation difficile (al. 1). Le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant (al. 2) (cf., sur l'application par analogie de l'art. 25 LPGA, arrêts TF 9C\_525/2018 du 21 novembre 2018 consid. 3; 9C\_21/2016 du 17 novembre 2016 consid. 4; 9C\_821/2012 du 12 avril 2013 consid. 4.2; ATF 133 V 579 consid. 3 et 4; PÉTREMAND, in Commentaire romand, Loi sur la partie générale du droit des assurances sociales, art. 25 n. 20). Malgré la terminologie légale, il s'agit de délais (relatif ou absolu) de péremption et non de prescription (ATF 142 V 20 consid. 3.2.2; 133 V 579 consid. 4.1; arrêt TF 9C\_778/2016 du 17 décembre 2017 consid. 5.1). Ces délais ne peuvent par conséquent pas être interrompus. Pour préserver le délai, il suffit de déposer une demande devant l'autorité de conciliation prévue par le droit cantonal ou les conventions tarifaires ou devant le tribunal arbitral cantonal au sens de l'art. 89 al. 1 LAMal. Là où il n'existe pas de procédure de conciliation obligatoire et où, par conséquent, une demande doit être déposée directement devant un tribunal, le délai de péremption est sauvegardé par un acte préalable par lequel l'assureur-maladie fait valoir de manière appropriée sa créance en restitution des prestations contre le fournisseur de prestations. Si l'acte conservateur a été accompli, le délai se trouve sauvegardé, cela une fois pour toutes (arrêt TF 9C\_778/2016 du 17 décembre 2017 consid. 5.1 et les références). En vertu de l'art. 29 al. 1 LALAMal, la demande accompagnée des pièces nécessaires est remise en deux exemplaires au greffe du Tribunal cantonal. Selon l'art. 29 al. 3 LALAMal, le demandeur indique si une conciliation préalable a été tentée par un organisme de conciliation prévu par une convention. Or, d'après l'art. 18 al. 6 de la convention cantonale, santésuisse et MFÄF ont créé un organisme de conciliation, dont la saisine est obligatoire. La CPC est tenue de rendre une "décision soumise à

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 14 de 38 acceptation" (cf. art. 18 al. 9 de la convention cantonale) que l'on retrouve, en l'occurrence, au travers du procès-verbal de la séance de la CPC du 9 avril 2019.

4.3. 4.3.1. D'après l'art. 28 al. 1 LALAMal, le tribunal arbitral est saisi par la voie de l'action de droit administratif. Or, selon l'art. 101 CPJA, la procédure de l'action devant le Tribunal cantonal est régie par l'application analogique du code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC; RS 272), sous réserve des articles 1 à 44, 66 à 75, 102, 105 à 109, 121 à 124 et 127 à 148 du CPJA. Aux termes de l'art. 84 CPC, le demandeur intente une action condamnatoire pour obtenir que le défendeur fasse,

s'abstienne de faire ou tolère quelque chose. L'action tendant au paiement d'une somme d'argent doit être chiffrée. A teneur de l'art. 85 al. 1 et 2 CPC, si le demandeur est dans l'impossibilité d'articuler d'entrée de cause le montant de sa prétention ou si cette indication ne peut être exigée d'emblée, il peut intenter une action non chiffrée. Il doit cependant indiquer une valeur minimale comme valeur litigieuse provisoire. Une fois les preuves administrées ou les informations requises fournies par le défendeur, le demandeur doit chiffrer sa demande dès qu'il est en état de le faire. La compétence du tribunal saisi est maintenue, même si la valeur litigieuse dépasse sa compétence. 4.3.2. Selon la jurisprudence, le droit procédural a pour but de garantir l'application du droit fédéral matériel. En tant que le premier doit servir le second, l'application du droit de procédure doit donc être interprétée dans le sens du droit fédéral matériel (cf. ATF 116 II 215 / JdT 1991 I 34 consid. 3). Or, la réalisation du droit privé fédéral ne permet pas d'exiger qu'une demande soit chiffrée alors que le demandeur n'est pas en mesure d'indiquer exactement le montant de sa prétention, ou lorsque cette indication ne peut être exigée de lui. Tel est en particulier le cas lorsque les éléments nécessaires pour chiffrer la créance ne pourront être connus que par la procédure probatoire; on doit alors permettre au demandeur de ne préciser ses conclusions qu'à la clôture de celle-ci. En revanche, exiger du demandeur qu'il ouvre par exemple d'abord une action en reddition de comptes afin de connaître le montant de sa prétention principale, pour n'ouvrir qu'ensuite une seconde action (en paiement), est contraire à l'économie de procédure et au principe de proportionnalité (cf. ATF 116 II 215 / JdT 1991 I 34 consid. 4a). Cette jurisprudence, rendue certes en application de l'ancien droit de procédure civile cantonal, demeure ainsi valable sous l'égide du nouveau droit de procédure fédéral (cf. BASTONS BULLETTI, in CPC Online, art. 85 CPC). Dans un arrêt rendu le 24 avril 2003, le Tribunal fédéral, se fondant sur cette jurisprudence, a estimé qu'une demande en paiement devait en principe être quantifiée mais que tel n'était pas le cas lorsque seule la procédure probatoire permet de chiffrer la créance, précisant expressément qu'il en allait ainsi dans la procédure de recouvrement pour traitement non économique au titre de l'art. 23 de l'ancienne loi sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents (LAMA), soit l'actuel art. 56 LAMal, lorsque les statistiques pertinentes montraient des indices de coûts excessifs pour le médecin contrôlé, en moyenne plus élevés pour une période donnée que les frais de traitement et de médicament du groupe de comparaison. Quand bien même il y avait ainsi présomption de surfacturation, la question de savoir si le reproche de traitement non économique était effectivement justifié et, dans l'affirmative, dans quelle mesure le remboursement des prestations fournies pouvait être exigé, était l'objet de la procédure probatoire menée devant le Tribunal arbitral. Celle-ci doit, entre autres, clarifier la méthode qui doit être utilisée, si le groupe de comparaison doit cas échéant

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 15 de 38 être modifié ou si une particularité dans la pratique du médecin requiert certains correctifs (cf. arrêt TFA K 9/00 du 24 avril 2003 consid. 2.2 in RAMA 2003 p. 216 ss). Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a ainsi admis la recevabilité des demandes formulées, alors que les conclusions des parties n'avaient pas été chiffrées, ni au moment du dépôt de la requête en conciliation, ni dans le cadre de l'action au fond. Dans cette jurisprudence, les demanderessees avaient en effet requis du Tribunal arbitral qu'il condamne le défendeur à rembourser un "montant à déterminer par le tribunal, compte tenu des statistiques". Cela a été considéré comme suffisant et conforme au droit de procédure applicable (cf. arrêt TFA K 9/00 du 24 avril 2003 consid. 2.3.1 et 2.3.2 in RAMA 2003 p. 216 ss). Le Tribunal fédéral a précisé qu'il suffisait, pour la sauvegarde des délais de péremption, que la demande ait été déposée en temps utile et qu'elle respecte les

prescriptions cantonales, tout en exigeant néanmoins que la présomption de polypragmasie résulte sans autre de sa motivation (cf. arrêt TFA K 9/00 du 24 avril 2003 consid. 2.2.2 in RAMA 2003 p. 216 ss). Depuis lors, cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises. Le Tribunal fédéral a notamment eu l'occasion de redire que l'art. 89 al. 5 LAMal n'empêche pas que certaines demandes - par exemple en matière de polypragmasie - ne soient pas nécessairement chiffrées (cf. arrêt TFA K 142/05 du 1er mars 2006 consid. 6) ou que la procédure de recouvrement fondée sur l'art. 23 aLAMA, respectivement l'art. 56 LAMal, se caractérise par le fait que seule la procédure probatoire permet de quantifier les montants soumis à restitution (cf. arrêt TFA K 83/05 du 4 décembre 2006 consid. 3.3). En particulier, il a souligné que la procédure probatoire avait pour but de clarifier la présomption de surfacturation et de déterminer si les indices n'étaient pas justifiés par des particularités de la pratique du médecin (cf. arrêt TF 9C\_110/2012 du 5 juillet 2012 consid. 1.1). Très récemment encore, le Tribunal fédéral a confirmé ce qui précède dans une affaire fribourgeoise (arrêt TF 9C\_593/2021 du 6 septembre 2022 consid. 3). 4.3.3. Ainsi, en l'espèce, sur le vu de ce qui précède, les requêtes en conciliation, dont notamment celles relatives aux années 2014 et 2015, telles que formulées par les demanderesses avec référence tant aux indices RSS qu'à une surfacturation, dans le cadre d'un litige en polypragmasie dont il faut admettre que seule la procédure probatoire est à même de déterminer s'il y a matière à restitution, et, cas échéant, à combien elle se monte, sont, sur le principe, de nature à sauvegarder les délais de péremption de l'art. 25 LPGA. 4.4. 4.4.1. Le délai annal de l'art. 25 LPGA commence à courir au moment où la statistique des facteurs RSS de santésuisse est portée à la connaissance des assureurs-maladie (ATF 103 V 145 consid. 4; arrêts TF 9C\_21/2016 du 17 novembre 2016 consid. 4; 9C\_821/2012 du 12 avril 2013 consid. 4.2; voir également arrêts TFA K 9/00 du 24 avril 2003 consid. 2.2 in RAMA 2003 p. 216 ss et K 144/97 du 16 février 2000 consid. 3 in SVR 2001 KV n. 19 p. 51). Le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était pas arbitraire de se fonder sur la date figurant sur les feuilles de statistiques, dans la mesure où aucune des pièces du dossier ne permettait d'envisager la publication antérieure desdites statistiques - et par conséquent la péremption du droit de demander la restitution à la date à laquelle la requête a été formulée -, dans un cas où le praticien n'avait jamais rien allégué de tel dans ses écritures et où les arguments développés ne consistaient qu'en des suppositions ou hypothèses, sans fondement, ne démontrant pas que tel aurait été le cas (arrêt TF 9C\_205/2008 du 19 décembre 2008 consid. 2.2).

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 16 de 38 4.4.2. En l'espèce, il ressort du dossier de la cause que les statistiques de santésuisse pour l'année 2014 ont été communiquées le 15 juillet 2015. Partant, dans la mesure où c'est au plus tôt à ce moment-là que les demanderesses ont pu les consulter, leur première requête de conciliation, déposée devant la CPC le 13 juillet 2016, respecte le délai de péremption d'un an. Aucune des pièces du dossier ne permet d'envisager la publication antérieure desdites statistiques et par conséquent la péremption du droit de demander la restitution à la date à laquelle la requête a été formulée pour l'année 2014 (cf. arrêt TF 9C\_93/2021 du 6 septembre 2022 consid. 3.3.3). Concernant les années 2015 et 2016, les statistiques de santésuisse ont été portées à la connaissance des assureurs au plus tôt le 15 juillet 2016 et le 17 juillet 2017 et les requêtes de conciliation déposées le 19 janvier 2017 et le 17 janvier 2018. Là également, aucune pièce au dossier ne vient contredire ce qui précède, de sorte qu'il y a lieu d'admettre que le délai de péremption est respecté pour ces années-là également. 5. 5.1. Pour établir l'existence d'une polypragmasie (Überarztung), le Tribunal fédéral admet le recours à trois

méthodes: la méthode statistique, la méthode analytique ou une combinaison des deux méthodes. Si les tribunaux arbitraux restent en principe libres de choisir la méthode d'examen, la préférence doit néanmoins être donnée à la méthode statistique par rapport à la méthode analytique qui est en règle générale appliquée seulement lorsque des données fiables pour une comparaison des coûts moyens font défaut (arrêts TF 9C\_570/2015 du 6 juin 2016 consid. 3.3; 9C\_260/2010 du 27 décembre 2011 consid. 4.2 et les références). La méthode statistique permet un examen anonyme, standardisé, large, rapide et continu de l'économicité par rapport à une méthode analytique qui a les défauts d'être coûteuse, difficile à réaliser à large échelle et mal adaptée lorsqu'il s'agit de déterminer l'ampleur de la polypragmasie et le montant à mettre à la charge du médecin concerné (ATF 136 V 415 consid. 6.2 et les références; arrêt TF 9C\_570/2015 du 6 juin 2016 consid. 3.3). Plus récemment, en lien avec le nouvel art. 56 al. 6 LAMal en vigueur depuis le 1er janvier 2013, le Tribunal fédéral a encore admis la validité du modèle d'analyse de variance, dite aussi méthode ANOVA, fondée sur la même base de données que les statistiques de l'émetteur de factures (RSS) (cf. ATF 144 V 79 consid. 5). Le groupe de comparaison se compose des médecins d'un groupe de spécialistes (selon la classification FMH) en Suisse. Contrairement à la comparaison des coûts moyens, les coûts des différents prestataires de services sont standardisés en fonction des caractéristiques statistiquement significatives, c'est-à-dire non aléatoires, de l'âge et du sexe des patients et du canton où l'activité médicale externe est pratiquée. Les coûts sont ainsi présentés comme si le médecin concerné avait la même répartition par âge et par sexe que l'ensemble du groupe de pairs et comme si tous les prestataires de services travaillaient dans le même canton. La méthode ANOVA produit des indices concernant les coûts directs (à l'exclusion des médicaments), les coûts des médicaments (directs et induits) ainsi que les coûts totaux (cf. arrêt TF 9C\_517/2017 du 8 novembre 2018 consid. 5.3 et les références). Selon la jurisprudence, cette méthode n'est toutefois reconnue qu'à partir de l'année statistique 2017 (cf. arrêts TF 9C\_67/2018 du 20 décembre 2018 consid. 10; 9C\_558/2018 et 9C\_559/2018 du 12 avril 2019 consid. 7). Concernant les années statistiques antérieures, l'ancienne méthode ANOVA développée par santésuisse n'avait en revanche pas été validée par la jurisprudence (JUNOD, La polypragmasie: analyse d'une procédure controversée in Cahiers genevois et romands de la sécurité sociale 2008 no 40, n. 2.10.6; arrêt TC GE ATAS/733/2012 du 11 mai 2012 consid. 17a).

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 17 de 38 Partant, les conclusions principales prises par les demanderessees fondées sur les indices ANOVA doivent en tout état de cause être rejetées, les années litigieuses étant antérieures à 2017. C'est le lieu encore de relever que les demanderessees ont pris en outre des conclusions subsubsidiaires relatives à la surfacturation qu'elles reprochent à la défenderesse. Or, en cas de cumul subsidiaire, les prétentions s'excluent, dès lors qu'elles ne peuvent pas être allouées simultanément, le bien-fondé de l'une excluant l'autre (cf. TAPPY, in Commentaire romand, Code de procédure civile, 2e éd., 2019, art. 93 n. 8; HEINZMANN/GROBÉTY, in Petit commentaire CPC, 2021, art. 93 n. 9). Il en va ici en particulier ainsi, dans la mesure où les montants réclamés au titre de la surfacturation sont englobés dans les calculs des indices de la défenderesse. Partant, l'examen qui sera fait ci-dessous ne portera que sur les montants réclamés dans les conclusions subsidiaires des assureurs fondées sur les indices RSS. La question de savoir s'il y a surfacturation de la part de la médecin peut dès lors souffrir de rester indécise. 5.2. 5.2.1. La méthode statistique ou de comparaison des coûts moyens consiste à comparer les coûts moyens causés par la pratique du médecin concerné avec ceux

causés par la pratique d'autres médecins travaillant dans des conditions semblables. Pour que cette méthode puisse être appliquée, il faut que les bases de comparaison soient sensiblement identiques afin de réduire plus ou moins les éventuelles différences qui peuvent se présenter. Selon la jurisprudence, cette méthode est concluante et peut servir comme moyen de preuve, si les caractéristiques essentielles des pratiques comparées sont similaires, si le groupe de comparaison compte au moins dix médecins, si la comparaison s'étend sur une période suffisamment longue et s'il est pris en compte un nombre assez important de cas traités par la personne contrôlée (arrêts TF 9C\_778/2016 du 12 décembre 2017 consid. 7.1; TC GE ATAS/733/2012 du 11 mai 2012 consid. 10b et les références). Il convient de parler de polypragmasie lorsque les notes d'honoraires communiquées par un médecin à une caisse-maladie sont, en moyenne, sensiblement plus élevées que celles d'autres médecins relevant de la même spécialité, exerçant dans la même région et disposant d'une clientèle similaire, sans que des circonstances particulières ne puissent justifier cette différence. On ne saurait toutefois inférer d'un dépassement de la valeur statistique de référence (indice de 100) l'existence d'une pratique médicale non économique. Il convient d'accorder au médecin une marge de tolérance ainsi que, le cas échéant, un supplément sur cette marge de tolérance permettant d'intégrer les spécificités d'une pratique médicale. La marge de tolérance sert à tenir compte des particularités et des différences entre cabinets médicaux ainsi que des imperfections de la méthode statistique en neutralisant certaines variations statistiques (ATF 137 V 43 consid. 2.2 et les références; arrêt TC GE ATAS/733/2012 du 11 mai 2012 consid. 10b et les références). Selon la jurisprudence, cette marge de tolérance doit se situer entre un indice de 120 et de 130 (soit plus de 30 %) (ATF 137 V 43 consid. 2.2 et les références, cité in arrêt TF 9C\_570/2015 du 6 juin 2016 consid. 3.4; arrêt TF 9C\_535/2014 du 15 janvier 2015 consid. 5.3; STAUFFER/CARDINAUX, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2018, art. 56 n. 19). 5.2.2. Les résultats fournis par la méthode statistique ne constituent toutefois pas une présomption irréfutable, dans la mesure où le médecin concerné a toujours la possibilité de justifier une pratique plus onéreuse que celle de ses confrères appartenant à son groupe de comparaison (ATF 136 V 415 consid. 6.2 et les références; arrêt TF 9C\_570/2015 du 6 juin 2016 consid. 3.4).

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 18 de 38 Selon la jurisprudence, les particularités suivantes liées à la pratique médicale du médecin peuvent justifier un coût moyen plus élevé: une clientèle composée d'un nombre plus élevé que la moyenne de patients nécessitant souvent des soins médicaux intensifs (arrêt TFA K 654 du 5 septembre 1985 in RAMA 1986 p. 4 consid. 4c; arrêt TFA non publié K 45/95 du 14 décembre 1995), un nombre plus élevé que la moyenne de visites à domicile et une très grande région couverte par le cabinet (SVR 1995 KV no 40 p. 125 consid. 4b), un pourcentage très élevé de patients étrangers (arrêt TFA K 654 du 5 septembre 1985 in RAMA 1986 p. 4 consid. 4c), une clientèle composée d'un nombre plus élevé de patients âgés consultant le praticien depuis de nombreuses années (arrêt TFA non publié K 152/98 du 18 octobre 1999) ou le fait que le médecin s'est installé depuis peu de temps à titre indépendant (cf. arrêt TFA K 150/03 du 18 mai 2004 consid. 6.3 non publié in ATF 133 V 370). En présence de telles particularités, deux méthodes de calcul ont été admises (arrêt TFA K 50/00 du 30 juillet 2001 résumé in PJA 2005 p. 1099). D'une part, une marge supplémentaire peut être ajoutée à la marge de tolérance déterminée au préalable (SVR 2001 KV no 19 p. 52 [K 144/97] consid. 4b; 1995 KV no 40 p. 125 consid. 4; arrêt TFA K 113/03 du 10 août 2004 consid. 7.1). D'autre part, il est permis de quantifier les particularités en question au moyen de données concrètes recueillies à cette fin, puis de soustraire le montant correspondant des

coûts totaux découlant des statistiques du Concordat des assureurs-maladie suisses [CAMS] (cf. arrêts TFA K 148/04 du 2 décembre 2005 consid. 3.3.2 et la référence; K 108/01 et K 118/01 du 15 juillet 2003 consid. 10.2). Autrement dit, dans ce cas, on exclut complètement du coût moyen ceux afférant aux patients qui affichent les particularités reconnues (JUNOD, n. 2.8.2 let. i). 5.2.3. D'après la jurisprudence, dans la mesure où la méthode statistique consiste en une comparaison des coûts moyens, dont le second terme 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 praticiens auxquels il est comparé, faute de quoi son droit d'être entendu – particulièrement son droit de s'exprimer sur les éléments pertinents du dossier avant qu'une décision le touchant ne soit prise (cf. ATF 127 III 576 consid. 2c; 126 I 7 consid. 2b; 127 V 431 consid. 3a; 124 II 132 consid. 2b et les références) – serait violé. L'accès aux données des deux termes de la comparaison permet également aux autorités arbitrales et judiciaires amenées à se prononcer d'exercer leur contrôle (ATF 136 V 415 consid. 6.3.1). Ainsi, en plus des informations dont il a la maîtrise dans la mesure où elles résultent de sa propre pratique, le médecin considéré a accès à ses propres données traitées par santésuisse ainsi qu'à certaines données afférentes aux membres du groupe de comparaison. Ses propres données produites par santésuisse sont les coûts directs (coût de traitements prodigués et de médicaments fournis; nombre de visites à domicile et de consultations; âge moyen et nombre de malades; totaux et indices déduits de ce qui précède et comparés à la valeur analogue du groupe de référence), les coûts indirects (coût des médicaments, analyses et séances de physiothérapie prescrits; totaux et indices déduits de ce qui précède et comparés à la valeur analogue du groupe de référence) et les coûts totaux (directs et indirects également comparés à la valeur analogue du groupe de référence). Les données concernant les membres du groupe de comparaison sont seulement le nombre de médecins pris en considération et l'âge moyen des patients traités par ceux-ci en plus du fait que le coût moyen de l'ensemble de leurs frais correspond à un indice de 100 (ATF 136 V 415 consid. 6.3.2).

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 19 de 38 Si le premier terme de la comparaison est suffisamment transparent, dès lors que le praticien en cause peut évaluer les chiffres produits par santésuisse à la lumière de ses propres chiffres, tel n'est pas entièrement le cas du second terme. Une critique pertinente et un contrôle efficace de la fiabilité des statistiques concrètement présentées nécessitent un accès plus étendu aux données sur lesquelles repose le second terme de la comparaison. D'une part, seule la connaissance du nom des médecins composant le groupe de référence permet effectivement de vérifier si des praticiens particuliers figurent dans la liste alors qu'ils appartiennent à un autre groupe ou si d'autres praticiens ne figurent pas dans la liste alors qu'ils devraient s'y trouver. D'autre part, seule la connaissance, sous forme anonymisée, de la répartition des coûts pour chaque médecin du groupe de comparaison, à savoir la connaissance des mêmes données anonymisées que celles produites par santésuisse le concernant pour chacun des médecins du groupe mentionné ("données du pool de données santésuisse"), permet au praticien contrôlé de se situer concrètement par rapport à ses confrères et d'être mieux à même de produire une défense ciblée et pertinente (ATF 136 V 415 consid. 6.3.3). 5.3. L'obligation de restitution fondée sur l'art. 56 al. 2 LAMal ne peut englober que les coûts directement liés à la pratique du médecin (y compris les médicaments délivrés par lui) (cf. ATF 137 V 43 consid. 2.5). Cela étant, l'exclusion des coûts indirects de l'obligation de restitution ne

modifie en rien la pratique selon laquelle l'examen du caractère économique de la pratique médicale doit se faire sur la base d'une vision d'ensemble. En effet, dans un arrêt du 9 octobre 2006, publié aux ATF 133 V 37, le Tribunal fédéral des assurances a modifié sa jurisprudence concernant le recours à la méthode statistique (ou méthode de comparaison des coûts moyens) lors de l'examen de l'économicité du traitement médical, en ce sens que c'est l'indice de l'ensemble des coûts qui est en principe déterminant, les domaines des frais médicaux (coûts directs) et des frais de médicaments (coûts indirects) ne devant plus être examinés séparément, dans la mesure où une part plus importante que la moyenne de prestations directement délivrées par le médecin par rapport aux prestations déléguées peut s'expliquer par une pratique médicale spécifique pouvant justifier des surcoûts (ATF 137 V 43 consid. 2.5.6). Ne constitue pas, par exemple, une pratique médicale contraire au principe de l'économicité, la pratique qui, tout en étant à l'origine d'importants coûts directs, engendre des coûts indirects limités et des coûts globaux (directs et indirects) dans la moyenne, voire inférieurs à celle-ci parce que le médecin concerné conduit personnellement de nombreux traitements qu'un autre médecin aurait délégué en principe à des tiers (arrêts TF 9C\_570/2015 du 6 juin 2016 consid. 3.5; 9C\_821/2012 du 12 avril 2003 consid. 5.2.4; ATF 137 V 43 consid. 2.5.6). Autrement dit, si l'indice des coûts globaux (directs et indirects) se situe dans la marge de tolérance, le principe d'économicité n'est pas violé. Dans le cas contraire, il convient d'examiner – dans un second temps – si les coûts directs dépassent la marge de tolérance. Si tel n'est pas le cas, il n'existe aucune obligation de restitution malgré l'existence d'une pratique médicale non économique (ATF 137 V 43 consid. 3.1). Des sanctions au sens de l'art. 59 al. 1 let. a, c ou d LAMal peuvent néanmoins s'imposer (arrêt TF 9C\_570/2015 du 6 juin 2016 consid. 3.5; ATF 137 V 43 consid. 2.5.4). 6. A titre liminaire, il y a lieu d'examiner si c'est à juste titre que la défenderesse se plaint de n'avoir reçu aucun avertissement avant que l'action en restitution n'ait été introduite devant le tribunal arbitral.

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 20 de 38 6.1. Les demandes fondées sur l'art. 56 al. 2 LAMal ne sont pas seulement un droit des assurances-maladie, mais également un devoir (ATF 127 V 281) quand bien même la formulation de la disposition peut laisser penser autre chose. Il serait ainsi fait échec à ce droit et devoir si les assureurs-maladie devaient par exemple systématiquement saisir le Tribunal arbitral d'une demande de prononcé d'un avertissement préalable avant toute demande de restitution (cf. arrêt TC GE ATAS/733/2012 du 11 mai 2012 consid. 16). Dite disposition prescrit expressément que le fournisseur de prestations est tenu de restituer les sommes reçues à tort au sens de la loi, sans aucune réserve et sans prescrire un délai d'attente (cf. arrêt TC GE ATAS/209/2018 du 9 mars 2018 consid. 21). Cela étant, le principe de la bonne foi (au sens de la protection de la confiance valable en droit public en cas d'informations inexactes des autorités; ATF 127 I 31 consid. 3a; 121 V 65 consid. 2a et 2b) peut exiger qu'un médecin soit rendu attentif au caractère non économique de ses traitements avant qu'une demande de restitution pour polypragmasie ne soit déposée (arrêt TF 9C\_67/2018 du 20 décembre 2018 consid. 9 et la référence à l'arrêt TFA non publié K 57/95 du 5 juillet 1996 consid. 4c). 6.2. Dans le cas d'espèce, la défenderesse pratique la psychothérapie déléguée depuis 2014 et c'est depuis lors que ses indices dépassent de loin ceux de son groupe de comparaison. Elle a été invitée à s'expliquer par la CPC à ce sujet notamment au début 2016 pour l'année 2014 et s'est opposée aux reproches formulés à son encontre. C'est en juillet de la même année que les demanderesses ont saisi la CPC d'une demande de conciliation. Dès lors que les statistiques pour l'année 2014 sont sorties à l'été 2015, on ne peut pas reprocher à la CPC d'avoir tardé

avant de rendre attentive la psychiatre, début 2016, à ses indices nettement plus élevés que ceux de son groupe de comparaison. De même, les assureurs n'ont pas attendu outre mesure avant de saisir formellement la commission d'une requête en conciliation. D'ailleurs, comme déjà évoqué, ils ont respecté le délai d'une année, dès la connaissance de ces informations, pour agir auprès de l'autorité compétente. Surtout, l'année 2014 étant la première année qui a vu ses indices dépasser ceux de son groupe de comparaison au-delà de la marge de tolérance, la défenderesse ne pouvait pas en être avertie plus rapidement. Elle ne peut dès lors pas invoquer le principe de la bonne foi ou de la confiance. Par ailleurs, par la force des choses, ce n'est qu'après la fin d'une année civile que des prestations réalisées, facturées et remboursées peuvent s'avérer pour partie non économiques, justifiant précisément la restitution des sommes versées en trop. Il est ainsi inhérent au système que le médecin ne puisse pas changer sa pratique passée. Toutefois, chaque médecin sait également qu'il lui appartient de délivrer des prestations efficaces, appropriées et économiques et qu'elles sont réexaminées périodiquement (cf. art. 32 LAMal). Pour leur part, les assureurs ont le devoir de s'assurer de l'économicité des traitements et n'ont ainsi en soi pas le choix de renoncer ou non à poursuivre un médecin qui aurait bafoué ce principe. Enfin, l'on ne peut pas passer sous silence le fait que les coûts de la psychiatre pour les années 2017 et 2018 sont également trop élevés (cf. pièce 44 du bordereau produit par les demanderesses le 17 avril 2020), alors que la défenderesse avait été dûment informée de la problématique non seulement pour l'année 2014 mais également par la suite pour les années 2015 et 2016. 6.3. Enfin, soulignons que l'intéressée a eu accès à l'ensemble des documents prescrits par la jurisprudence (cf. consid. 5.2.3), notamment à la liste nominative des médecins figurant dans son groupe de comparaison ainsi qu'aux données du pool de données de santé suisse. L'on peut en revanche regretter que les demanderesses ne transmettent pas spontanément les données en question au médecin recherché et que celui-ci doive les réclamer. En l'espèce, la psychiatre a finalement en particulier eu connaissance des médecins de son groupe de comparaison dans le

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 21 de 38 cadre de la présente procédure et la violation de son droit d'être entendue doit dès lors être considérée comme ayant été réparée. 7. En l'espèce, la défenderesse avance plusieurs arguments pour démontrer que sa pratique ne peut être comparée au groupe de comparaison dans lequel elle a été intégrée. 7.1. A. \_\_\_\_\_ figure dans le groupe composé des médecins titulaires du titre FMH psychiatrie et psychothérapie d'enfants et d'adolescents. 7.1.1. En application de la méthode statistique, le médecin, dont la pratique fait l'objet d'un examen pour polypragmasie, doit être comparé avec un groupe de contrôle présentant des caractéristiques similaires. Seule la spécialité acquise au terme d'une formation post-graduée reconnue par la FMH est admise. Il n'est pas tenu compte de la formation continue que peut avoir suivie le médecin. Il n'est pas davantage tenu compte du niveau d'expertise du médecin, de son éventuelle pratique opératoire ou des langues dans lesquelles il s'exprime (JUNOD, n. 2.5 et 2.5.1). Selon EUGSTER, les formations de groupes qui s'écartent des règles professionnelles de la profession médicale doivent en principe être refusées. Selon la pratique des tribunaux et du Tribunal fédéral des assurances, de telles demandes ou celles tendant à la formation de sous-groupes au sein d'un groupe formé de médecins spécialistes selon la FMH ont été régulièrement rejetées. Les médecins contestent souvent le groupe de comparaison auquel ils sont comparés au motif qu'ils disposent d'une formation sensiblement meilleure que les autres médecins du groupe. Cet argument ne peut être entendu si le médecin a été comparé au groupe correspondant à son titre professionnel

(EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden: juristische Untersuchungen zum Durchschnittskostenvergleich im Rahmen von Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung vom 18.3.1994, 2003, n. 401 et 403). 7.1.2. En l'espèce, la psychiatre relève que l'âge moyen des patients des médecins de son groupe est parfois supérieur à 18 ans et reproche par ailleurs aux demanderesse de l'avoir incluse dans un groupe dans lequel des médecins ont plusieurs titres FMH. Il est vrai que quelques médecins de son groupe de comparaison possèdent, en plus de la spécialisation en psychiatrie et psychothérapie d'enfants et d'adolescents, le titre FMH en psychiatrie et psychothérapie (pour adultes). Toutefois, s'ils ont été inclus dans son groupe, c'est que leur pratique est orientée principalement vers les enfants et les jeunes. Cela n'empêche pas qu'ils traitent, pour l'essentiel d'entre eux, quelques patients adultes dans une moindre mesure, à l'instar d'ailleurs de la défenderesse qui, elle, n'a pourtant pas le titre y relatif. Relevons que cinq psychiatres pour les années 2014 et 2015 et quatre pour l'année 2016 ont des patients dont l'âge moyen est de plus de 18 ans. Même s'ils devaient avoir été intégrés par erreur dans le groupe de comparaison de A. \_\_\_\_\_, celui-ci demeurerait suffisant pour examiner sa pratique, comme on va le voir ci-dessous (cf. consid. 7.2). Cette dernière prétend aussi qu'il ne suffit pas que la pratique des médecins composant son groupe de comparaison soit similaire et insiste sur le fait qu'elle doit être semblable. Comme mentionné ci-dessus (cf. consid. 5.2.1 et 7.1.1), pour faire partie d'un groupe de comparaison, il suffit que les médecins soient titulaires du même titre FMH et que les caractéristiques essentielles de leurs pratiques soient similaires. La défenderesse ne démontre ni en quoi les pratiques des médecins de son groupe de comparaison n'ont pas des caractéristiques similaires à la sienne, ni en quoi elle-

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 22 de 38 même pourrait invoquer des particularités de sa pratique (cf. consid. 8 ci-dessous). Partant, force est dès lors d'admettre, malgré ses véhémentes et répétées contestations, que le groupe de comparaison auquel sa pratique a été comparée est correct. 7.2. Cela étant, même si les quelques médecins titulaires de plusieurs titres FMH étaient retirés du groupe de comparaison, le nombre de médecins le composant resterait suffisant, étant rappelé qu'un tel groupe est valablement composé à partir de dix médecins. Au demeurant, l'impact resterait aussi sans influence déterminante sur les indices et serait compensé par la marge de tolérance de

### **E. 30**

novembre 2014, suite au rapport de la défenderesse du 14 novembre 2013 (cf. pièce 3 du bordereau produit par la défenderesse à l'appui de sa détermination du 21 octobre 2021). Partant, on doit admettre que l'intégralité des 75 séances suivies durant l'année litigieuse 2014 a été approuvée par l'assureur. Le tableau est modifié en ce sens; - Pour le patient no 3, un accord express a été donné par Concordia par courrier du 24 février 2014 pour la poursuite du traitement suite au rapport de la défenderesse du 4 février 2014 (cf. pièce 2.6 du bordereau produit par les demanderesse à l'appui de leur détermination du 21 février 2022). Partant, on doit admettre ici aussi que l'intégralité des 52 séances suivies durant l'année litigieuse 2014 a été approuvée par l'assureur. Le tableau est modifié en ce sens; - Pour la patiente no 56, un accord express a été donné par le Groupe Mutuel par courrier du 5 novembre 2013 pour la poursuite du traitement durant trois ans suite au rapport de la défenderesse du 30 septembre 2013 (cf. pièce 2 du bordereau produit par la défenderesse à l'appui de sa détermination du 21 octobre 2021). Partant, on doit admettre que l'intégralité des 48 séances suivies durant l'année litigieuse 2014 a été approuvée par l'assureur. Le

tableau est modifié en ce sens; - Pour le patient no 57, un accord express a été donné par Sanitas par courrier du 11 février 2014 pour la poursuite du traitement durant une année (cf. pièce 8 du bordereau produit par la défenderesse à l'appui de sa détermination du 21 octobre 2021). Partant, on doit admettre que l'intégralité des 42 séances suivies durant l'année litigieuse 2014 a été approuvée par l'assureur. Le tableau est modifié en ce sens. Au total, les assureurs ont dès lors donné leur approbation à 774 séances, à raison de 302 pour 2014, de 213 pour 2015 et de 259 pour 2016, conformément à ce qui précède. Partant, il convient de déduire du montant à restituer ces 774 séances au bénéfice d'une garantie de prise en charge. En revanche, s'agissant des séances non approuvées par les demanderesses au-delà de 40, elles n'ont manifestement pas à être portées en déduction des 774, dès lors que ces prestations non approuvées participent aux indices de la défenderesse et, partant, sont incluses dans les montants soumis à restitution. Ainsi, dans la mesure où, en très grande partie, les séances facturées aux demanderesses n'ont pas été jugées économiques par ces dernières, à défaut de nécessité d'une approbation de leur part (jusqu'à 40 séances par patient) pour les unes, ou à défaut de preuve d'une telle démarche, quand cela était nécessaire, pour les autres, force est d'admettre que le recours à la méthode statistique n'est pas remis en cause pour examiner la pratique de la défenderesse. Sur ses 933 patients au total pour les trois années considérées, seule une toute petite partie d'entre eux (58 patients distincts) a été en effet concernée par la problématique de l'art. 3b OPAS, étant relevé par ailleurs que les séances de ces patients dépassant la limite de 40 n'ont pas toutes été approuvées formellement par les assureurs.

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 35 de 38 A ce propos, la défenderesse conteste le nombre de patients retenu par les demanderesses, prétendant qu'elle a eu, pour les années considérées, 928 et non 933 patients. Conformément à la pratique, les statistiques RSS de santésuisse ont en principe valeur de preuve. La tentative d'un médecin d'apporter ses propres statistiques est en général dénuée de toute chance de succès; il en va de même des statistiques Ctésias, qui ne reposent au demeurant pas sur les mêmes bases de données que celles de santésuisse (cf. arrêts TFA K 150/03 du 18 mai 2004 consid. 6.4.1 non publié in ATF 130 V 377; TF 9C\_205/2008 consid. 4.4.1 s. et 4.5.2; STAUFFER/CARDINAUX, art. 56 n. 12). Il n'y a dès lors pas lieu de revenir sur le nombre de patients retenus par les demanderesses. Quoiqu'il en soit, et cela est seul déterminant, cette différence minime ne change rien au fait que seule une toute petite partie des patients de la défenderesse est concernée par la problématique de l'art. 3b OPAS. 10.2.3. En l'occurrence, pour calculer les montants relatifs aux séances économiques au-delà de 40, les demanderesses se sont basées sur la position tarifaire TARMED 02.0010, intitulée "diagnostic et thérapie psychiatriques, thérapie individuelle, première séance, par période de 5 min", laquelle comptabilise 17.92 points TARMED par tranche de 5 minutes (cf. [www.tarmed-browser.ch/fr/prestations/02.0010-diagnostic-et-therapie-psychiatriques-therapie-individuelle-premiere-seance-par-p periode-de-5-min](http://www.tarmed-browser.ch/fr/prestations/02.0010-diagnostic-et-therapie-psychiatriques-therapie-individuelle-premiere-seance-par-p periode-de-5-min), consulté le 27 octobre 2022) ainsi que sur la position tarifaire TARMED 02.0210, intitulée "psychothérapie déléguée dans le cadre du cabinet médical, séance individuelle, par période de 5 min", laquelle comptabilise 12.46 points TARMED par tranche de 5 minutes (cf.

[www.tarmed-browser.ch/fr/prestations/02.0210-psychotherapie-deleguee-dans-le-cadre-du-cabinet-medical-seance-individuelle-par-p periode-de-5-min](http://www.tarmed-browser.ch/fr/prestations/02.0210-psychotherapie-deleguee-dans-le-cadre-du-cabinet-medical-seance-individuelle-par-p periode-de-5-min), consulté le 27 octobre 2022).

Les demanderesses se sont fondées sur deux différentes positions tarifaires car certaines prestations ont été réalisées par la psychiatre elle-même alors que d'autres ont été exécutées par les psychothérapeutes. A défaut de pouvoir déterminer les séances menées par la

psychiatre et celles menées par ses psychologues selon les documents fournis par la défenderesse, les demanderesses les ont réparties dans les deux catégories précitées selon la proportion résultant de l'ensemble des prestations de psychiatrie et de psychothérapie déléguée comptabilisées durant les années 2014 à 2016, à savoir 13 % pour les prestations effectuées par la psychiatre et 87 % pour les prestations réalisées par les psychothérapeutes. En outre, pour l'ensemble des années litigieuses, les assureurs se sont fondés sur une valeur du point TARMED de 0.91, de sorte qu'une séance d'une heure représente un montant de CHF 195.69 ( $17.92 \times 12 \times 0.91$ ), lorsque les prestations ont été effectuées par la psychiatre, et qu'une séance d'une heure représente un montant de CHF 136.06 ( $12.46 \times 12 \times 0.91$ ), lorsque les prestations ont été réalisées par un psychothérapeute. Force est de constater que ce calcul - non contesté du reste par la défenderesse - ne prête pas le flanc à la critique. Il se base sur les tarifs TARMED applicables en matière de psychiatrie et de psychothérapie déléguée et retient notamment la valeur du point TARMED à 0.91, correspondant à celle valable dans le canton de Fribourg depuis janvier 2010, sans changement (cf. <https://eligo.ch/Tarmed-Taxpunktwerte.html>, consulté le 27 octobre 2022; pour 2014: cf. [www.newindex.ch/wp-content/uploads/2021/01/TPW-FR-2021-2013.pdf](http://www.newindex.ch/wp-content/uploads/2021/01/TPW-FR-2021-2013.pdf), consulté le 27 octobre 2022). En outre, la répartition entre les prestations effectuées par la psychiatre et par ses psychothérapeutes opérée par les demanderesses peut être suivie, à défaut de pouvoir quantifier précisément le nombre de séances effectuées par l'un ou l'autre de ces praticiens.

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 36 de 38 Sur la base de ce qui précède, il convient de porter en déduction des sommes à restituer retenues ci-avant au consid. 9 les montants suivants: - Pour l'année 2014: CHF 43'431.20 ( $13 \% \times [302 \times 195.69] + 87 \% \times [302 \times 136.06]$ ); - Pour l'année 2015: CHF 30'631.95 ( $13 \% \times [213 \times 195.69] + 87 \% \times [213 \times 136.06]$ ); - Pour l'année 2016: CHF 37'247.30 ( $13 \% \times [259 \times 195.69] + 87 \% \times [259 \times 136.06]$ ). 10.3. Ainsi, pour l'année 2014, la Dre A. \_\_\_\_\_ est astreinte à restituer un montant de CHF 280'652.05 ( $324'083.25 - 43'431.20$ ). Pour les années 2015 et 2016, le remboursement s'élève à CHF 242'967.15 ( $273'599.10 - 30'631.95$ ), respectivement à CHF 234'545.65 ( $271'792.95 - 37'247.30$ ). Partant, A. \_\_\_\_\_ doit aux demanderesses la somme totale de CHF 758'164.85 ( $869'475.30 - 111'310.45$ ). Sur le vu de ce qui précède, la demande est dès lors admise en grande partie. 11. En matière de procédure devant le Tribunal arbitral cantonal prévu à l'art. 89 LAMal, il n'existe aucune réglementation de droit fédéral sur les frais et les dépens (arrêt TFA K 66/01 du 19 octobre 2001 consid. 5 non publié in ATF 127 V 439). Le Tribunal étant saisi par la voie de l'action de droit administratif (cf. art. 28 LALAMal), il a lieu de se référer à l'art. 101 CPJA, lequel réserve l'application des art. 1 à 44, 66 à 75, 102, 105 à 109, 121 à 124 et 127 à 145 CPJA. 11.1. Ainsi, à teneur de l'art. 131 al. 1 CPJA, applicable par le renvoi des art. 28 LALAMal et 101 CPJA, en cas de recours ou d'action, la partie qui succombe supporte les frais de procédure. Conformément à l'art. 1 du tarif cantonal du 17 décembre 1991 des frais de procédure et des indemnités en matière de juridiction administrative (Tarif JA; RSF 150.12), l'émolument de juridiction administrative est compris entre CHF 50.- et 50'000.- (al. 1). Dans les affaires d'une ampleur et complexité particulière, le maximum de l'émolument est de CHF 100'000.- (al. 2). Selon l'art. 2 Tarif JA, le montant de l'émolument est fixé compte tenu du temps et du travail requis, de l'importance de l'affaire ainsi que, dans les affaires de nature pécuniaire, de la valeur litigieuse en cause. L'art. 3 al. 1 Tarif JA prescrit que les frais de procédure comprennent également les débours, soit les frais occasionnés à l'autorité pour instruire et statuer sur une affaire. Ceux-ci englobent donc les indemnités des membres du

Tribunal arbitral fixées conformément à l'art. 79b du règlement cantonal du 30 novembre 2011 sur la justice (RJ; RSF 130.11). En l'occurrence, la valeur litigieuse est déterminée par les conclusions principales des demanderesse, les plus élevées (cf. consid. 11.2 ci-dessous), qui se montent à CHF 1'349'790.-. Les demanderesse obtiennent ainsi gain de cause à hauteur de 56 % ( $758'164.85 \times 100 / 1'349'790.-$ ) et la défenderesse à hauteur de 44 %. Il appartient dès lors aux parties de supporter les frais de justice selon ces proportions. Ceux-ci, fixés à CHF 32'000.-, sont dès lors mis à la charge de la défenderesse à raison de CHF 17'920.- et pour CHF 14'080.- solidairement à la charge des demanderesse.

Indépendamment de leur attribution, ils seront compensés par l'avance de frais de Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 37 de 38 CHF 32'000.-, celles-ci ayant droit au remboursement de la somme de CHF 17'920.- de la part de la défenderesse. 11.2. Selon l'art. 137 al. 1 CPJA, en cas d'action notamment, l'autorité de la juridiction administrative alloue, sur requête, à la partie qui obtient gain de cause une indemnité pour les frais nécessaires qu'elle a engagés pour la défense de ses intérêts. D'après l'art. 138 al. 2 CPJA, lorsqu'une partie n'obtient que partiellement gain de cause, l'indemnité est réduite en proportion. En vertu de l'art. 8 al. 2 Tarif JA, en cas d'action, les honoraires sont fixés conformément aux art. 66 et 67 RJ. Selon l'art. 66 al. 2 RJ, dans les causes de nature pécuniaire, les honoraires fixés conformément à l'art. 65 [soit CHF 250.-/heure] sont majorés de 176,10 % pour une valeur litigieuse située entre CHF 1'300'000.- et CHF 1'400'000.-. L'al. 3 de cette disposition prévoit que la valeur déterminante au sens de l'al. 2 est la valeur litigieuse calculée conformément aux art. 91 et suivants du code de procédure civile. D'après l'art. 91 al. 1 CPC, la valeur du litige est déterminée par les conclusions. Les intérêts et les frais de la procédure en cours ou d'une éventuelle publication de la décision et, le cas échéant, la valeur résultant des conclusions subsidiaires ne sont pas pris en compte. Dans sa jurisprudence relative à l'art. 51 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), le Tribunal fédéral a jugé que, lorsque la demande contient des conclusions principales et des conclusions subsidiaires, il convient de retenir comme valeur litigieuse la plus élevée des deux valeurs (arrêt TF 4A\_46/2016 du 20 juin 2016 consid. 1.3). Sans trancher ici la question de savoir s'il y a lieu d'en faire application, s'agissant du CPC (cf. à cet égard TAPPY, in CR CPC, art. 91, n. 38a; HEINZMANN/GROBÉTY, in CPC, Petit commentaire, art. 91 n. 19), quand bien même le Tribunal fédéral a expressément réservé le fait qu'il puisse en aller différemment pour l'art. 91 CPC, ce sont bien les conclusions principales sur lesquelles il y a lieu de se fonder pour calculer les dépens, dès lors qu'elles sont en l'occurrence de toute manière plus élevées que les conclusions subsidiaires. Me Valentin Schumacher a déposé sa liste de frais pour les demanderesse le 18 octobre 2022, comptabilisant 97,83 heures à indemniser à raison de CHF 250.-/heure, majorés du taux de 176,10 %, pour un montant horaire de CHF 690.25. Partant, les honoraires se montent à un total de CHF 67'527.15, dont 56 % seront octroyés aux demanderesse à titre de dépens, soit CHF 37'815.20. Il y a lieu de se départir des débours, calculés à raison de 5 % de la valeur litigieuse selon les règles valables en droit civil, alors qu'en droit administratif, les débours sont indemnisés au prix coûtant (cf. art. 9 al. 1 Tarif JA); une somme de CHF 600.- sera retenue à ce titre. Sur la somme totale ainsi obtenue de CHF 38'415.20 (37'815.20 + 600.-) s'ajoute la TVA à 7,7 %, par CHF 2'958.-, pour une indemnité totale de CHF 41'373.20, à la charge de la défenderesse. Me Kilchenmann a également produit sa liste de frais pour cette dernière le 19 octobre 2022, laquelle comptabilise pour sa part 121,09 heures, à indemniser au tarif horaire de CHF 250.- non majoré toutefois, à défaut de conclusion dans ce sens, pour une somme totale de CHF

30'272.50, débours compris; en fonction du gain de cause partiel, seul le 44 % de ce montant est dû à titre de dépens, soit CHF 13'319.90, auxquels s'ajoute la TVA par CHF 1'025.65, pour un total de CHF 14'345.55, solidairement à la charge des demanderesse.

Tribunal arbitral LAMal/LAA Page 38 de 38 la Cour arrête : I. La demande est partiellement admise. Partant, A. \_\_\_\_\_ est condamnée à restituer aux demanderesse du groupe I un montant de CHF 280'652.05 pour l'année statistique 2014. Pour l'année 2015, A. \_\_\_\_\_ est condamnée à restituer aux demanderesse du groupe II un montant de CHF 242'967.15. Pour l'année 2016, A. \_\_\_\_\_ est condamnée à restituer aux demanderesse du groupe III un montant de CHF 234'545.65. II. Les frais de procédure, par CHF 32'000.-, sont mis à raison de CHF 17'920.- à la charge de la défenderesse et à raison de CHF 14'080.- solidairement à la charge des demanderesse. Indépendamment de leur attribution, ils seront compensés par l'avance de frais de CHF 32'000.- versée par les demanderesse, celles-ci ayant droit au remboursement de la somme de CHF 17'920.- de la part de la défenderesse. III. Il est alloué aux demanderesse une indemnité de partie de CHF 41'373.20, dont CHF 2'958.- au titre de la TVA, à la charge de la défenderesse. IV. Il est alloué à la défenderesse une indemnité de partie de CHF 14'345.55, dont CHF 1'025.65 au titre de la TVA, solidairement à la charge des demanderesse. V. Notification. Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite. Fribourg, le 7 novembre 2022/ape/mab La Présidente : La Greffière :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.