

GE_GERICHTE ATAS/16/2025 vom 14. Januar 2025

GE Cour de justice, 2025-01-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_16_2025

FR: GE_GERICHTE ATAS/16/2025 du 14 janvier 2025

IT: GE_GERICHTE ATAS/16/2025 del 14 gennaio 2025

Erwägungen

E. 1

Préliminairement, vu l'identité des parties et l'étroite connexité des cas, il convient, par économie de procédure, de prononcer la jonction des causes A/2603/2019 et A/190/2020 requise par les demandresses (art. 70 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). Le tribunal ne rendra ainsi qu'un seul arrêt dans ces deux procédures sous le numéro de cause A/2603/2019.

E. 2.1

Selon l'art. 89 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10), les litiges entre assureurs et fournisseurs sont jugés par le Tribunal arbitral. Est compétent le Tribunal arbitral du canton dont le tarif est appliqué ou dans lequel le fournisseur de prestations est installé à titre permanent (art. 89 al. 2 LAMal). Le Tribunal arbitral est aussi compétent si le débiteur de la rémunération est l'assuré (système du tiers garant, art. 42 al. 1 LAMal) ; en pareil

A/2603/2019 - 33/74 - cas, l'assureur représente, à ses frais, l'assuré au procès (art. 89 al. 3 LAMal). La procédure est régie par le droit cantonal (art. 89 al. 5 LAMal). Le Tribunal établit les faits d'office et apprécie librement les preuves (art. 19 et 20 LPA ; art. 45 al. 3 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 29 mai 1997 (LaLAMal - J 3 05)).

E. 2.2

En l'espèce, la qualité de fournisseur de prestations au sens des art. 35 ss LAMal et 38 ss de l'ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995 (OAMal - RS 832.102) de la défenderesse n'est pas contestée. Quant aux demandresses, elles entrent dans la catégorie des assureurs au sens de la LAMal. Par ailleurs, le cabinet de la défenderesse est installé à titre permanent à Genève. La compétence du Tribunal arbitral du canton de Genève est dès lors acquise *ratione materiae et loci*.

E. 2.3

La défenderesse a conclu à l'irrecevabilité *ratione temporis* des demandes, motif pris, autant qu'on la comprenne, de l'absence d'une conciliation préalable des parties. Elle fait en substance valoir que, faute d'avoir obtenu des informations complètes sur la méthode de régression, elle ne disposait pas d'informations suffisantes « lui permettant d'aborder la conciliation de façon très constructive et précise ». Indépendamment de son bien-fondé, pareil argument doit être écarté, déjà parce que la loi ne pose aucune condition particulière concernant les modalités de la conciliation. Elle exige uniquement que le cas ait été soumis à tentative de conciliation sous l'égide du président du tribunal arbitral (art. 41 et 45 al. 2 aLaLAMal), étant précisé que pour les procédures pendantes au moment de l'entrée en

vigueur des modifications du 1er mars 2024, le Tribunal arbitral siège dans la composition prévue à l'art. 42 dans sa teneur jusqu'au 11 mai 2024 (art. 51 al. 13 LaLAMal). Tel a bien été le cas en l'espèce. Certes, l'un des objectifs de l'art. 56 al. 6 LAMal – selon lequel les fournisseurs de prestations et les assureurs prévoient dans les conventions tarifaires des mesures destinées à garantir le caractère économique des prestations – est de rendre le calcul du caractère économique des prestations transparent et compréhensible notamment pour les médecins (ATF 144 V 79 consid 5.3.1). Toutefois, un éventuel défaut des informations requises dans ce contexte pourrait entraîner, tout au plus, l'échec d'une procédure de conciliation et ne saurait être sanctionné par une décision d'irrecevabilité ratione temporis de la demande au fond. Au demeurant, on peut sérieusement douter de la volonté de concilier de la défenderesse qui s'est déclaré d'emblée victime d'une « tentative de chantage et d'extorsion de la part de SANTÉSUISSE », accusée de vouloir lui « faire signer un accord confidentiel de plusieurs centaines de milliers de francs ». Mal fondé, le moyen tiré d'une absence de tentative préalable de conciliation doit être rejeté. Partant, le tribunal de céans est également compétent ratione temporis.

A/2603/2019 - 34/74 -

E. 3

Respectant les conditions de forme prescrites par les art. 64 al. 1 et 65 LPA, applicable par renvoi de l'art. 45 al. 3 LaLAMal, les demandes sont recevables.

E. 4

Le litige porte sur la question de savoir si la pratique de la défenderesse pendant les années statistiques 2017 et 2018 est ou non contraire au principe de l'économicité, et dans l'affirmative, si et dans quelle mesure, les demanderesses sont habilitées à lui réclamer le trop-perçu.

E. 4.1

La demande de remboursement se fonde sur l'art. 59 al. 1 let. b LAMal (ATF 141 V 25 consid. 8.3). Le droit à la restitution selon l'art. 59 al. 1 let. b LAMal est soumis à un délai de péremption relatif d'un an, mais au plus tard cinq ans après le versement des prestations, selon l'art. 25 al. 2, 1ère phr. de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1), dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020 (ATF 144 V 210 consid. 4.3.1), applicable en l'espèce. Selon le Tribunal fédéral, il n'est pas arbitraire, faute d'éléments établissant le contraire, de retenir comme point de départ du délai de péremption, la date figurant sur les documents intitulés « préparation des données » et correspondant à la prise de connaissance par les caisses-maladie des statistiques légitimant leurs réclamations (ATF 150 V 129 consid. 2.2).

E. 4.2

Les statistiques de SASIS SA pour les années 2017 et 2018 ont été préparées respectivement le 17 juillet 2018 et le 17 juillet 2019. Les demanderesses devraient donc en avoir pris connaissance, au plus tôt, le même jour. Le droit au remboursement qui en découle n'était donc pas encore périmé au moment de l'introduction des demandes en paiement déposées devant le tribunal de céans, respectivement les 8 juillet 2019 et 14 janvier 2020. À juste titre, la défenderesse ne le conteste pas.

E. 5

Les prestations facturées à la charge de l'assurance obligatoire des soins doivent être efficaces, appropriées et économiques (art. 32 al. 1 LAMal). Le fournisseur de prestations doit limiter ses prestations à ce qui est dans l'intérêt des assurés et nécessaire au but du traitement (art. 56 al. 1 LAMal). Des sanctions sont prises à l'encontre des fournisseurs de prestations qui ne respectent pas les exigences d'économicité et de qualité prévues par la loi. Il s'agit notamment du remboursement total ou partiel des honoraires perçus pour des prestations inappropriées (art. 59 al. 1 let. b, et al. 3 let. a LAMal).

E. 6

Il y a polypragmasie lorsqu'un médecin, en comparaison avec d'autres médecins dans le même bassin de population et avec à peu près le même type de malades, facture en moyenne nettement plus, sans pouvoir faire valoir des particularités qui influencent la moyenne (ATF 137 V 43 consid. 2.2 ; 136 V 415 consid. 6.2). La condition préalable à l'évaluation du caractère économique selon la méthode statistique est tout d'abord que le groupe de référence soit composé de manière suffisamment similaire (ATF 137 V 43 consid. 2.2). Selon la jurisprudence en vigueur avant l'introduction de la méthode de screening (applicable à partir de

A/2603/2019 - 35/74 - l'année 2017), pour présumer l'existence d'une polypragmasie, il ne suffit pas que la valeur moyenne statistique (indice de 100, exprimé généralement en pour cent) soit dépassée. Il faut systématiquement tenir compte d'une marge de tolérance (ATF 119 V 448 consid. 4c in fine) et, le cas échéant, d'une marge supplémentaire à l'indice-limite de tolérance (arrêt du Tribunal fédéral 9C_570/2015 du 16 juin 2016 consid. 3.4). La marge de tolérance ne doit pas dépasser l'indice de 130 afin de ne pas vider la méthode statistique de son sens et doit se situer entre les indices de 120 et de 130 (arrêt du Tribunal fédéral 9C_821/2012 du 12 avril 2013 consid. 5.2.3). Cette marge 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 (arrêt du Tribunal fédéral 9C_260/2010 du 27 décembre 2011, consid. 4.3). En outre, selon la pratique actuelle, il convient de tenir compte d'une moyenne plus élevée des coûts par cas en raison d'effets de coûts spécifiques au cabinet médical par un supplément (à la valeur de tolérance), pour autant que les particularités du cabinet médical en question ne soient pas déjà prises en compte dans le cadre de la méthode applicable (ATF 137 V 43 consid. 2.2). Un supplément se justifie donc par des caractéristiques telles qu'un très grand nombre de patients de longue date et/ou âgés, un nombre de visites à domicile supérieur à la moyenne, une très forte proportion de patients étrangers ou le fait qu'aucun patient n'est traité en urgence (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_129/2023 du 4 mars 2024 consid. 4.1). Un effet de cabinet doit être démontré – dans la mesure du possible – à l'aide de données de cabinet et de valeurs statistiques comparatives ; les particularités dont l'efficacité en termes de coûts ne peut pas être chiffrée par voie statistique peuvent également être évaluées par voie analytique (à l'aide de dossiers de patients ou de factures sélectionnés) (ATF 150 V 129 consid. 5.2.4).

E. 7

La question de savoir si l'on est en présence d'une activité médicale ambulatoire non économique et – le cas échéant – la demande de remboursement s'apprécie selon des conditions différentes. Pour l'économicité, une considération globale de tous les coûts qui dépendent du comportement du médecin est déterminante. L'indice des coûts totaux

comprend les coûts directs et induits par malade, donc également ceux des médicaments prescrits, des prestations de laboratoire, des moyens et appareils ainsi que de la physiothérapie. Si l'indice global des coûts se situe en dehors de la plage de tolérance, le principe d'économicité n'est pas respecté. Dans ce cas, l'obligation de remboursement doit être examinée. Une demande de remboursement est justifiée dans la mesure où l'indice des coûts directs (totaux) par malade dépasse également la valeur de tolérance. En conséquence, seuls les coûts directs liés à la pratique du médecin (y compris les médicaments remis par le médecin concerné) sont récupérables (ATF 137 V 43 consid. 2.5). Le calcul du montant à rembourser doit se baser sur l'indice des coûts directs, puisque l'obligation de remboursement ne se rapporte qu'à ces derniers (ATF 133 V 43 consid. 2.5.1-2.5.5 ; arrêt du Tribunal 9C_535/2014 du 15 janvier 2015 consid. 5.2 in fine).

A/2603/2019 - 36/74 -

E. 7.1

La jurisprudence part du principe – sur la base de la situation antérieure à l'introduction du modèle de screening – que le caractère économique peut être vérifié aussi bien par la méthode statistique (comparaison des coûts moyens) que par la méthode analytique (examen au cas par cas) – ou par une combinaison des deux méthodes. La méthode statistique repose sur des statistiques que les assureurs établissent sur la base des remboursements facturés (art. 76 let. b OAMal) ; les différentes prestations facturées sont alors attribuées au titulaire du numéro de registre des codes-créanciers mentionné sur le décompte concerné (ATF 135 V 237 consid. 4.6.1).

E. 7.2

Conformément au mandat légal de l'art. 56 al. 6 LAMal, la Fédération des médecins suisses (FMH : Foederatio Medicorum Helveticorum) et les associations d'assureurs-maladie (SANTÉSUISSE et CURAFUTURA) se sont mises d'accord, dans un accord conclu les 27 décembre 2013/16 janvier 2014, sur la méthode de calcul des coûts, le contrat s'est d'abord basé sur l'analyse de la variance (« Analysis of Variance », ANOVA) comme méthode statistique de contrôle de l'économicité. Le 20 mars 2018, les partenaires tarifaires se sont mis d'accord sur la méthode de screening. La convention 2018 s'applique à toutes les procédures de contrôle de l'économicité à partir de l'année statistique 2017. Il s'agit d'un développement de la méthode ANOVA. La méthode de screening consiste en une analyse de régression en deux étapes. Au premier niveau, les facteurs de morbidité actuels « âge » et « sexe » – concernant les patients – sont complétés par les indicateurs « groupes de coûts pharmaceutiques », « franchises » et « séjour à l'hôpital ou en EMS au cours de l'année précédente ». Les indicateurs de second niveau concernant le fournisseur de prestations (groupe de spécialistes et canton d'implantation) restent inchangés. La convention renvoie à la description de la méthode de screening ou de l'analyse de régression à deux niveaux dans le rapport final de POLYNOMICS SA de septembre 2017 précité. Les partenaires tarifaires considèrent que la méthode de dépistage convenue n'est qu'une « première étape » ; elle doit être appliquée pour « la détection des médecins dont les coûts sont anormaux selon la LAMal ». Pour être complet, il convient de mentionner une version actualisée de la convention sur la méthode de dépistage du 1er février 2023 (en vigueur depuis le 1er janvier 2023) (ci-après : convention 2023 : <https://www.fmh.ch/files/pdf29/vertrag-art- v1.pdf>), postérieure à la période litigieuse. Cette dernière convention perfectionne la méthode de sélection en y ajoutant des variables de morbidité

(<https://www.fmh.ch/fr/prestations/tarifs-ambulatoires/infolettre-tarifs-ambulatoires/09072024-controle-economie.cfm>). Celle-ci explique en outre le modèle : pour les fournisseurs de prestations présentant des valeurs d'indice élevées, une première analyse interne de cas individuels est effectuée par SANTÉSUISSE et/ou l'assureur, entre autres sur la base du rapport de régression (ch. 2, al. 4). Le fournisseur de prestations a l'occasion d'exposer son point de vue, c'est-à-dire de montrer de manière objective et compréhensible « les éventuelles particularités du cabinet non prises en compte dans le cadre de la

A/2603/2019 - 37/74 - méthode de screening, qui distinguent considérablement son cabinet des fournisseurs de prestations de son collectif de comparaison et qui entraînent donc une valeur d'indice de régression élevée ». Les faits en question doivent être examinés par SANTÉSUISSE et/ou l'assureur et, s'ils sont pertinents, être pris en compte. Si le fournisseur de prestations fait valoir des particularités de pratique, il est « tenu d'en apporter la preuve » (ch. 2, al. 5). Il est en tout temps libre de « mandater des représentants juridiques ou d'autres experts et de les associer aux négociations ou à la procédure » (al. 6). La convention actualisée ne limite pas « la compétence des assureurs à faire valoir et à imposer d'éventuelles autres prétentions qui s'appuient sur une autre base que la présente convention de screening (p. ex. contrôles de cas individuels, méthode analytique, controlling tarifaire, contrôles des factures, respectivement contrôles rétrospectifs systématiques des factures, comparaisons des coûts moyens) » (ch. 7 al. 1) (cf. ATF 150 V 129 consid. 4.3).

E. 7.3

La méthode de screening en tant que telle est de nature statistique. La méthode ANOVA et, par conséquent, la méthode de screening, constituent un développement de la comparaison des coûts moyens. La valeur individuelle du cas (c'est-à-dire les coûts de l'assureur-maladie générés en moyenne par patient par le fournisseur de prestations contrôlé pendant une période donnée par des prestations propres ou de tiers) est comparée à la valeur du cas d'un groupe de référence approprié (valeur du cas de groupe) (GEBHARD EUGSTER, *Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden*, 2003, ch. 498). Une comparaison des coûts moyens indique une surmédicalisation lorsqu'un nombre important de factures du même médecin adressées à une caisse-maladie est en moyenne nettement plus élevé que le nombre de factures de médecins exerçant dans le même domaine d'activité géographique et ayant à peu près le même type de malades, sans que des particularités influençant la moyenne puissent être invoquées (ATF 137 V 43 consid. 2.2). Le calcul des indices se fait sur la base des données des assureurs (pool de données et de tarifs de SASIS SA, une entreprise du groupe SANTÉSUISSE). L'objectif d'établir une comparabilité via la définition du groupe de référence est poursuivi au moyen d'une analyse dite de régression. Dans le langage statistique, le terme « régression » désigne l'influence d'une variable (indépendante) (ici, par exemple, la morbidité du collectif de patients) sur une variable cible (qui en dépend) (ici, les coûts du cabinet médical ; cf. DARIO PICECCHI, *Das Wirtschaftlichkeitsgebot im Krankenversicherungsrecht*, 2022, n° 566). À l'aide de paramètres ou de coefficients de régression pondérés, on détermine dans quelle mesure la morbidité, par exemple, a une incidence sur les coûts dans un cas concret. Cela permet de standardiser les effets reconnus spécifiques au cabinet médical, c'est-à-dire de normaliser les écarts concernés à la valeur moyenne du groupe de comparaison concerné. Une telle neutralisation de facteurs indépendants du comportement et ayant une incidence sur les coûts permet en fin de compte d'isoler

A/2603/2019 - 38/74 - l'effet sur les coûts d'un traitement non économique. À l'aide de paramètres ou de coefficients de régression pondérés, on détermine dans quelle mesure la morbidité, par exemple, a une incidence sur les coûts dans un cas concret. Les écarts par rapport aux coûts moyens du groupe de spécialistes concerné, qui sont dus à des maladies chroniques coûteuses dont la fréquence est supérieure à la moyenne dans le collectif de patients, sont saisis et distingués des anomalies dues à un traitement inefficace (ATF 150 V 129 consid. 4.4.1). À la différence de la comparaison initiale des coûts moyens, l'analyse de variance (méthode ANOVA) a d'abord permis de standardiser les coûts des différents fournisseurs de prestations par rapport aux caractéristiques statistiquement significatives que sont l'âge et le sexe des patients ainsi que le canton dans lequel l'activité médicale ambulatoire est exercée : Les coûts sont présentés comme si la répartition par âge et par sexe était la même dans le cabinet examiné que dans le groupe de comparaison dans son ensemble ; de même, on simule que tous les fournisseurs de prestations exercent dans le même canton (arrêt du Tribunal fédéral 9C_558/2018 du 12 avril 2019 consid. 7.1). Cette dernière solution permet de profiter de l'avantage d'un groupe de comparaison aussi grand que possible – à l'échelle nationale – (cf. ATF 144 V 79 consid. 6.1) tout en tenant compte des différents niveaux de coûts cantonaux (différences cantonales concernant les valeurs du point TARMED, différents coûts d'infrastructure et de personnel, etc.) (PICECCHI, op. cit., ch. 555) (ATF 150 V 129 consid. 4.4.1). La méthode de screening applicable à partir de l'année statistique 2017 complète les facteurs de morbidité « âge » et « sexe » contenus dans le modèle ANOVA par les indicateurs « PCG », « franchises » et « séjour à l'hôpital ou en EMS l'année précédente ». Cette extension à des facteurs de morbidité supplémentaires a pour but de saisir les écarts par rapport aux coûts moyens du groupe de spécialistes concerné, qui sont dus à des maladies chroniques coûteuses dont la fréquence est supérieure à la moyenne dans le collectif de patients, et de les distinguer des anomalies dues à un mode de traitement inefficace (ATF 150 V 129 consid. 4.4.1).

E. 8

La différence entre la valeur moyenne des coûts du fournisseur de prestations évalué – modifiée à l'aide de la méthode de screening, c'est-à-dire de l'analyse de régression à deux niveaux – et la valeur de référence (fixée à 100 points) du groupe de comparaison correspondant (plus la marge de tolérance) indique tout d'abord uniquement s'il existe une anomalie ; elle fonde un soupçon correspondant. La valeur d'indice « anormale » déterminée dans le cadre de la procédure de dépistage correspond pour ainsi dire à un « red flag », un signal d'alarme concernant un traitement éventuellement non économique. L'examen au cas par cas indiqué dans ce cas, c'est-à-dire l'examen des éventuelles particularités du cabinet, permet ensuite de déterminer si le caractère économique de la fourniture de prestations, remis en question auparavant, est effectivement violé au sens de l'art. 59 LAMal. Seule cette constatation complète peut servir de base à une action en remboursement auprès du Tribunal arbitral cantonal (cf. art. 59 al. 2 LAMal) (ATF 150 V 129)

A/2603/2019 - 39/74 - consid. 5.3.1). Une anomalie constatée lors du screening déclenche une procédure de constatation correspondante ; il s'agit de la « deuxième étape » de l'examen de l'économicité, qui ne doit d'ailleurs pas être confondue avec la « double étape » de l'analyse de régression (cf. ci-dessus consid. 7.2).

E. 8.1

Le pendant de la méthode de comparaison statistique est la méthode analytique d'examen au cas par cas, également appelée méthode systématique. Elle consiste en une évaluation concrète de l'économicité des différentes factures d'un fournisseur de prestations. Il s'agit de déterminer si les dépenses diagnostiques et thérapeutiques étaient justifiées compte tenu du tableau clinique et du succès de guérison visé (ATF 150 V 129 consid. 4.4).

E. 8.2

En fonction de la situation, il faudra bien sûr continuer à recourir à des dossiers de patients sélectionnés ; il n'est ainsi pas exclu que des particularités de cabinet dont l'efficacité en termes de coûts n'est pas chiffrable par la voie statistique soient analysées avec le concours d'un médecin-conseil sur la base de l'évaluation par échantillonnage d'un nombre représentatif de factures concrètes. À noter que le pouvoir discrétionnaire de sélection méthodologique ne va pas jusqu'à autoriser le recours à un autre type d'examen, pour ainsi dire sans condition, en lieu et place de la méthode de screening et de l'éventuelle évaluation au cas par cas qui s'ensuit (cf. contrat relatif à la méthode de screening dans sa version du 1er février 2023, ch. 7, al. 1). Un tel arbitraire méthodologique porterait atteinte aux garanties d'un contrôle uniforme et approprié du caractère économique, auquel le législateur a contraint les acteurs concernés par l'art. 56 al. 6 LAMal (ATF 150 V 129 consid. 5.2).

E. 8.3

Le fait qu'un facteur ayant un impact sur les coûts soit intégré dans le modèle de screening n'exclut pas d'emblée un examen plus approfondi de son effet en tant que particularité du cabinet. Autrement dit, il peut être tenu compte des particularités du cabinet médical, qui se rapportent aux propriétés du collectif de patients, sur la base des dossiers des patients ou de statistiques pour autant que ces particularités n'aient pas déjà été standardisées dans le cadre de l'analyse de régression. La question de savoir dans quelle mesure les facteurs d'âge et de (multi)morbidité cités, bien que fondamentalement standardisés par la procédure de screening, sont effectivement entièrement représentés dans l'indice (provisoire), doit être clarifiée dans le cadre d'un examen au cas par cas. Selon le résultat de l'analyse de cas individuels (basée sur le dossier et/ou sur des statistiques), la différence entre la valeur de l'indice du cabinet concerné et l'indice de référence, déterminée par l'analyse de régression (screening), doit être diminuée de l'effet en question (ATF 150 V 129 consid. 5.5.3).

E. 8.4

Enfin, un indicateur d'incertitude est calculé dans le modèle d'analyse de régression. Celui-ci représente la dispersion dans les données de coûts et peut être interprété de la manière suivante : Si un médecin s'écarte dans une mesure similaire des coûts prédits par le modèle pour tous ses groupes de patients, l'indicateur d'incertitude est faible. En revanche, si les coûts de certains groupes de patients

A/2603/2019 - 40/74 - s'écartent très fortement et positivement, alors que d'autres s'écartent à peine ou très négativement, l'indicateur d'incertitude est élevé. L'indicateur d'incertitude tient donc compte du fait que les coûts d'un médecin peuvent varier sensiblement entre les groupes de patients. Dans le cadre de l'analyse, l'indicateur d'incertitude fournit de précieuses indications sur la robustesse des résultats (ATF 150 V 129 consid. 5.5.4 ; ATAS/802/2023 du 20 octobre 2023 consid. 10.1).

E. 9

En l'espèce, on relèvera, préalablement, que les conclusions subsidiaires des demanderesse tendant au paiement de CHF 117'854.- (2017) et CHF 130'044.90 (2018), selon l'indice ANOVA, doivent être rejetées, car il n'existe plus de base à cet effet dans la convention 2018 à partir de l'année statistique 2017.

E. 10.1

La défenderesse conteste la fiabilité et le manque de transparence, respectivement l'applicabilité de la méthode statistique, singulièrement de la méthode de régression.

E. 10.2

Pareille argumentation ne saurait être suivie. Dans l'ATF 150 V 129 précité, le Tribunal fédéral a, au contraire, confirmé l'application du contrôle de l'économicité à l'aide de la méthode de régression en deux étapes, même s'il a jugé qu'en tant que telle, la première étape ne permettait pas, à elle-seule, d'établir une pratique non économique. Par ailleurs, cette méthode a affiné la méthode ANOVA notamment dans l'intérêt des fournisseurs de prestations, en ce sens qu'elle reflète mieux la morbidité des patients et améliore la précision et la prise en compte de la spécificité de la pratique du médecin concerné dans le cadre du contrôle de l'économicité : les fournisseurs de prestations qui facturent correctement ne sont pas identifiés de manière injustifiée comme travaillant de manière non économique (cf. aussi ATAS/567/2023 du 7 juillet 2023 consid. 16.3 et 16.6). La méthode de screening de l'analyse de régression à deux niveaux se base sur le rapport final de POLYNOMICS SA, qui fait partie intégrante du contrat en tant qu'annexe. Le rapport peut être consulté en ligne (www.tarifsuisse.ch). Il décrit en détail la méthode et tous les paramètres à prendre en compte. Il est en outre défini dans le contrat que la méthode de screening s'effectue sur la base des données de la branche des assureurs (pool de données et de tarifs de SASIS SA), ce qui évite toute ambiguïté quant à la base de données. La FMH, en tant que représentante des fournisseurs de prestations, explique également la méthode de screening dans sa prise de position du 12 décembre 2019 (publiée sur www.fmh.ch). Selon la FMH, l'analyse de régression à deux niveaux représente une nette amélioration. Même si elle affirme en outre que la méthode doit encore être améliorée, elle reconnaît néanmoins qu'elle est scientifiquement fondée et globalement transparente ; les variables de morbidité utilisées remplissent les exigences de la FMH dans le cadre de ce qui est actuellement réalisable (prise de position, p. 4) (voir également « Evaluation d'économicité SANTÉSUISSE : Documentation de la mise en œuvre du modèle de régression » du

E. 10.3

Au reste, le Dr F_____, qui est finalement intervenu à la procédure en qualité d'expert privé, sur mandat de la défenderesse (cf. aussi dans ce sens ch.2 al. 6 convention 2023), a lui-même rappelé que le « consensus actuel » considérerait cette méthode « comme fiable » (observations, p. 3).

E. 10.4

Contrairement à ce que le Dr F_____ semble admettre, le fait que le TARMED contienne des « défauts conceptuels majeurs » que le TARDOC « allait corriger en 2026 », n'implique pas per se que le mode de facturation de la défenderesse serait, pour ainsi dire, rétrospectivement justifié par le TARDOC.

E. 10.5

Certes, à l'avenir, la disponibilité d'une nomenclature des diagnostics et de méthodes exploitant des algorithmes d'intelligence artificielle et de « deep learning » rendront probablement la méthode de régression obsolète. C'est du reste précisément pour ce motif que les fournisseurs de prestations et les assureurs ont convenu de continuer à développer ensemble le modèle d'analyse de la variance et de le compléter notamment par des variables de morbidité (cf. convention 2018, ch. 7). Les parties se sont ainsi engagées à améliorer régulièrement la méthode en concertation avec la FMH sur la base des nouvelles données et/ou connaissances disponibles. Une rencontre annuelle entre la FMH,

A/2603/2019 - 42/74 - SANTÉSUISSE et CURAFUTURA est organisée à cet effet (ibid.). À l'avenir, le modèle statistique devrait prendre en compte le plus grand nombre possible de facteurs externes influant sur les coûts et non directement influençables par le comportement du médecin. En l'occurrence, il n'y a cependant pas lieu de déterminer dans quelle mesure il sera possible, dans le futur, sur la base de telles possibilités techniques, d'évaluer plus précisément l'économicité de la pratique de la défenderesse (comp. s'agissant de l'évolution technique dans le domaine des mécanismes de saisie et de contrôle des factures des médecins : arrêt du Tribunal fédéral 9C_663/2023 du 24 juin 2024 consid. 5.3 ; dans le même sens : arrêt du Tribunal fédéral 9C_567/2007 du 25 septembre 2008 consid. 1.2, selon lequel le caractère efficace, approprié et économique d'un traitement doit être évalué en fonction des connaissances scientifiques au moment de la thérapie ; voir aussi ATF 144 V 79, dans lequel le Tribunal fédéral a admis que l'accord des fournisseurs de prestations et des assureurs sur la méthode ANOVA pour le contrôle de l'économicité ne pouvait pas être qualifié d'illégal, malgré en particulier les possibilités d'améliorer le système prévu (arrêt 9C_150/2020 du 12 juin 2020 consid. 3.3.1). Ainsi, à peine de statuer de lege ferenda, le tribunal de céans ne saurait, en l'état des connaissances et techniques actuelles, procéder au changement de jurisprudence que la défenderesse semble appeler de ses vœux en préconisant une analyse « conceptuellement disruptive » (cf. observations du Dr F_____, p. 3). Au demeurant, comme le Dr F_____ l'a lui-même souligné, la science ne permet pas d'atteindre « la certitude de la vérité », mais uniquement de réduire progressivement les incertitudes, et si l'intelligence artificielle va considérablement influencer la partie ' science ' de la pratique médicale, elle n'influencera sans doute pas ou peu la partie ' art ', qui différencie culturellement les médecins ; même les techniques modernes d'intelligence artificielle butent sur la qualité des données primaires, un algorithme ne contenant pas en lui-même un filtre permettant de distinguer une donnée fiable d'une donnée fautive » (cf. « expertise » du 6 février 2024). On peut néanmoins observer que cette argumentation se retourne d'une certaine façon contre la défenderesse, dans la mesure où elle a refusé de collaborer à l'expertise. POLYNOMICS SA, qui a expertisé la méthode de l'indice de régression pour en valider la pertinence, a relevé que ses imperfections ne devaient précisément pas conduire à la disqualifier, puisque cette méthode ne devait être conçue que comme une première étape de sélection, devant forcément être suivie d'un examen individualisé de la pratique mise en évidence par les statistiques (cf. Olivier FRANCIOLI, « L'indice de régression : la nouvelle méthode statistique utilisée par santésuisse », 10 mars 2020 : <https://www.maviedemedecin.ch/articles/l-indice-de-regression>). Autrement dit, c'est en raison même des imperfections de la méthode de régression qu'elle critique qu'un devoir de collaboration accru s'imposait à la défenderesse, afin d'explicitier les particularités de sa pratique, singulièrement la partie « art » de celle-ci.

A/2603/2019 - 43/74 - C'est le lieu de relever qu'il semble avoir échappé à la défenderesse que, conformément au mandat légal, il appartient à ses représentants, soit à la FMH, qui a cosigné la convention 2018 – et non au tribunal de céans, qui n'a pas pour vocation d'être érigé en tribune politique – d'améliorer régulièrement, en partenariat avec SANTÉSUISSE, la méthode visant à contrôler le caractère économique des prestations convenue entre les fournisseurs de prestations et les assureurs (cf. art. 56 al. 6 LAMal ; Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 21 janvier 2011, FF 2011 2359).

E. 10.6

La défenderesse fait valoir qu'en 2018, elle avait effectué 1'520 consultations alors que 39% du groupe de comparaison en avait réalisé plus de 2'000. Les statistiques de SANTÉSUISSE intégraient des médecins ayant plus de 2'500 consultations, et pour l'un d'eux plus de 45'000 consultations, respectivement plus de 8'000 patients. Il apparaissait impossible qu'un médecin indépendant pût effectuer autant de consultations ou recevoir autant de patients. En tant que tels, pareils arguments ne permettent pas d'exclure que les médecins du groupe de comparaison ont globalement une pratique similaire à celle de la défenderesse. Partant, ils ne sont pas pertinents pour conclure à l'absence de représentativité du groupe de comparaison, respectivement à une différence déterminante entre les caractéristiques essentielles des cabinets du groupe de comparaison et celles du médecin contrôlé susceptible de rendre impossible une comparaison des coûts moyens. En effet, les coûts moyens déterminants ne le sont pas par médecin consulté, mais par patient (ou par cas de traitement), sur la base des factures remboursées par les assureurs aux patients, si bien qu'il est en principe possible de procéder à une telle comparaison des coûts même dans le cas d'un cabinet de groupe avec plusieurs médecins, en mettant en relation les coûts de l'ensemble du cabinet de groupe avec le nombre total de patients qui y sont traités. La comparaison des coûts n'est rendue plus difficile que si des médecins de différentes spécialités travaillent dans le cabinet de groupe (cf. ATF 135 V 237 consid. 4.6.4). C'est le lieu de rappeler que la méthode statistique se fonde sur le coût moyen par patient, lequel n'est pas directement lié au nombre de consultations ou de clients traités, au taux d'activité du médecin, à son chiffre d'affaires ou au niveau général des coûts de la santé. Le revenu, faible ou élevé, du médecin ne joue aucun rôle. Le contrôle d'économicité ne vise pas à imposer un plafond de revenu aux médecins. Le nombre de patients n'augmente pas ou ne diminue pas le besoin de traitement au niveau du patient individuel (ATAS/1043/2020 du 3 novembre 2020 consid. 14b ; ATAS/1065/2021 du 30 novembre 2021 consid. 17b.d ; Valérie JUNOD, Polypragmasie : Analyse d'une procédure controversée, Cahiers Genevois et romands de sécurité sociale 2008, p. 48 no 2.8.4). À cela s'ajoute que, pour l'année statistique 2018, le groupe de comparaison comprend 118 médecins – ce nombre permet le cas échéant d'atténuer l'éventuelle influence sur les résultats que pourrait avoir le fait que certains d'entre eux ne

A/2603/2019 - 44/74 - pratiqueraient pas en cabinet médical individuel (comp ATAS/1043/2020 du 3 novembre 2020 consid. 17 et 20.d).

E. 10.7

C'est en vain que la défenderesse laisse entendre que la formation d'un groupe de comparaison différent serait justifiée par les grandes différences dans le nombre de consultations effectuées au motif que de multiples consultations sont nécessaires dans le cas

des patients diabétiques ou polymorbides, voire en raison de difficultés de compréhension du français, évoquées, au demeurant, pour la première fois, par le Dr F_____ dans sa prise de position du 3 juillet 2024. D'une part, il n'est pas démontré que la défenderesse aurait, comparativement à ses confrères du groupe de contrôle, plus de patients diabétiques ou non francophones. D'autre part, la défenderesse n'a pas chiffré le pourcentage que représenteraient lesdits patients, ni établi, par des exemples concrets, en quoi ces derniers seraient de nature à entraîner des coûts supplémentaires (cf. dans ce sens arrêts 9C_558/2018 du 12 avril 2019 consid. 8.2.3 et 9C_205/2008 du 19 décembre 2008 consid. 4.6.2).

E. 10.8

La défenderesse relève que seuls 6% des médecins du groupe de contrôle effectuaient un nombre de visites à domicile comparable au sien de sorte que sa pratique différait de 94% des médecins du groupe. En tant que tel, cet élément n'est pas non plus déterminant, dans la mesure où il ne permet pas de retenir que les visites en cause seraient justifiées par la typologie de la patientèle de la défenderesse qui, en raison de ses particularités de santé, présenterait un besoin thérapeutique accru en termes de visites à domicile.

E. 10.9

Par ailleurs, la défenderesse a fait valoir que le nombre moyen de patients du groupe de comparaison était largement supérieur au nombre de ses patients, soit 911 contre 365 en 2018, ce qui constituait un biais statistique significatif dans la composition du groupe de comparaison, lequel ne pouvait dès lors être considéré comme adéquat. Contrairement à ce qu'elle allègue, le fait qu'elle traite relativement peu de patients ne constitue pas en tant que telle une particularité pertinente du point de vue de la pratique au point de rendre le groupe de comparaison non représentatif à l'égard de sa pratique (arrêt 9C_656/2020 du 22 septembre 2021 consid. 4.5.2). Sans compter que, s'agissant de médecins spécialistes, dont l'éventail de prestations est relativement étroit, un nombre de patients entre 200 à 250 pourrait même suffire pour parvenir à des conclusions probantes ; il en va de même lorsque le nombre de cas représente plus de 20% de la moyenne de comparaison – ce qui est le cas en l'espèce (cf. EUGSTER, KVG : Statistische Wirtschaftlichkeitsprüfung im Wandel, in : Jusletter du 25 juin 2012, p. 4, § 2.1).

E. 10.10

Il est vrai que si le nombre de patients est réduit, l'indice ne peut pas être calculé avec la même certitude que pour les grands cabinets (cf. Rapport de POLYNOMICS SA de septembre 2017, p.

https://tarifsuisse.ch/assets/Downloads/Polynomics_Wirtschaftlichkeitspruefung_n_Schlussbericht_20170929_FR.pdf p. 7 et p. 17). Dans ce sens, l'expert a retenu que « vu le nombre de patients très bas, un biais statistique était possible, du moins

A/2603/2019 - 45/74 - partiellement », dans la mesure où l'expertise analytique aurait pu mettre en évidence un nombre de patients lourdement atteints proportionnellement plus important que celui du groupe de contrôle. Les coûts des patients A, B, C et D influençaient naturellement fortement la statistique de l'expertisée au regard du nombre très bas de ses patients. Or un tel biais aurait ainsi pu, le cas échéant, être redressé dans le cadre de l'expertise analytique si la défenderesse ne s'y était pas soustraite (expertise, p. 10, ch. 4.8). Dans son rapport final (déclaré par les partenaires tarifaires comme partie intégrante de la convention sur la méthode de screening), POLYNOMICS SA recommande d'inclure un «

écart-type » ou un « facteur d'incertitude pour l'effet spécifique au cabinet médical » dans l'examen du cas individuel pour tenir compte du fait que l'effet spécifique au cabinet ne peut pas être précis, mais reflètera obligatoirement une certaine incertitude statistique. Selon ce rapport, des « valeurs aberrantes » prononcées pourraient modifier un effet spécifique au cabinet, bien qu'elles n'aient probablement rien à voir avec l'économicité du mode de traitement – contrairement aux anomalies qui se situent systématiquement au-dessus des coûts attendus (rapport final de POLYNOMICS SA, p 8, 22 et ss ; EUGSTER suggère de séparer si possible les cas de traitement correspondants au lieu de les traiter comme des particularités du cabinet (in : SBVR, n. 890) (cf. ATF 150 V 129 consid. 5.5.4).

E. 10.10.1

En l'espèce, SANTÉSUISSE a indiqué avoir dûment pris en compte un facteur d'incertitude, ce dont le tribunal de céans n'a pas de raison de douter, même si elle se réfère à un document qui n'était pas encore élaboré à l'époque déterminante du dépôt des demandes. Au demeurant, s'agissant d'un médecin spécialiste, la doctrine admet qu'un nombre de patients entre 200 à 250 pourrait suffire pour parvenir à des conclusions probantes, ou lorsque le nombre de cas représente plus de 20% de la moyenne de comparaison (cf. ci-dessus, consid. 8.9).

E. 10.10.2

Ce point peut toutefois souffrir de rester indécis. En effet, les cas lourds précités (B, C et D) – qui pourraient influencer les coûts moyens dans les petits cabinets médicaux avec un petit nombre de patients, à l'instar de celui de la défenderesse – n'apparaissent pas, en eux-mêmes, conformes au principe d'économicité, le cas de la patiente A étant par ailleurs douteux à cet égard (cf. ci-dessous consid. 15.3).

E. 10.11

La défenderesse a encore fait valoir qu'en assumant deux spécialités conjointement pour le même patient et les mêmes patients, elle augmentait le spectre des pathologies à traiter par patient. Cette pratique double de médecin interniste généraliste et d'endocrinologue / diabétologue faisait la singularité de son cabinet, laquelle consistait « en l'indissociabilité de ses deux spécificités ».

E. 10.11.1

Pareille spécificité permettrait effectivement de conclure que le groupe des seuls « endocrinologues/diabétologues » retenu au titre de groupe de contrôle ne constitue pas, a priori, un groupe de comparaison approprié pour une comparaison des coûts moyens (comp. s'agissant d'un médecin nanti du double titre de

A/2603/2019 - 46/74 - spécialiste en médecine interne et en cardiologie : arrêt du Tribunal fédéral 9C_28/2017 du 15 mai 2017 consid 4.3). Toutefois, il résulte de sa facturation que la défenderesse semble pratiquer davantage en tant que spécialiste en médecine interne générale qu'en tant qu'endocrinologue / diabétologue. L'expertise analytique a du reste confirmé qu'elle avait plutôt un profil de consultation proche d'un interniste généraliste. De surcroît, en expliquant que « de nombreux patients étaient polymorbides hors problèmes endocriniens/diabétiques », le Dr F_____ laisse lui-même entendre que sa mandante ne traitait pas essentiellement de pathologies liées à ses deux spécialités simultanément. L'instruction du dossier n'a pas non plus permis de constater, par exemple, une large concordance en ce qui concernait la fréquence des positions facturées par la défenderesse

concernant les deux spécialités en question. Or, selon la jurisprudence, le groupe de comparaison doit se baser sur le titre FMH du médecin concerné, dans la mesure où il exerce effectivement dans le domaine correspondant (arrêt du Tribunal fédéral 9C_517/2017 du 8 novembre 2018 consid. 6.1). La défenderesse a implicitement contesté avoir plutôt un profil de consultation d'un interniste généraliste, alléguant que ses spécialités d'interniste généraliste et d'endocrinologue/diabétologue étaient « indissociables » dans sa pratique ; d'autre part, c'était parce qu'elle était censée soigner ses patients, plutôt que d'être un « grand maître de tous les libellés du TARMED », qu'elle n'avait facturé aucune position TARMED en lien avec l'endocrinologie ou la diabétologie. Outre que cette explication est déconcertante, la défenderesse n'a pas établi cette allégation à suffisance de droit, alors même qu'elle était légalement tenue de détailler les prestations fournies conformément au tarif qui leur est applicable en vertu de l'art. 59 OAMal (dans le même sens, l'art. 42 al. 3 LAMal exige du fournisseur de prestations qu'il remette au débiteur de la rémunération « une facture détaillée et compréhensible ; il doit aussi lui transmettre toutes les indications nécessaires lui permettant de vérifier le calcul de la rémunération et le caractère économique de la prestation »). Il est du reste symptomatique que, dans sa description des nombreuses pathologies dont souffrait la patiente A, la médecin n'ait pas mentionné le diabète, tout précisant que les traitements prodigués impliquaient des soins relevant de la médecine interne et générale, sans mentionner la diabétologie (cf. courrier de la défenderesse du 29 mai 2020). Cette question peut toutefois rester ouverte à ce stade, car elle sera analysée ci-après en lien avec la spécificité de la pratique de la défenderesse. En effet, un titre postgrade supplémentaire peut également, le cas échéant, être considéré comme une particularité du cabinet médical si le médecin traite une clientèle sensiblement différente de celle de ses collègues du groupe de référence (arrêt du Tribunal fédéral K 108/01 du 15 juillet 2003 consid. 11.1). En tout état, comme l'a relevé l'expert, le groupe de comparaison retenu par les demanderesses en l'espèce s'avère plus favorable que si l'intéressée avait été comparée à des médecins internistes généralistes. Dans cette hypothèse, elle serait

A/2603/2019 - 47/74 - encore plus chère, dans la mesure où elle voyait ses patients un peu plus souvent et, surtout, avait pour chaque consultation « un coût énorme » (247 points TARMED contre 92 pour le groupe de contrôle en 2018). Dans le même sens, les demanderesses ont fait valoir que si la défenderesse avait été comparée avec le groupe de médecine interne et de médecine générale, son indice de régression aurait été de 285 au lieu de 201, en 2018. La défenderesse a contesté la fiabilité des chiffres retenus dans les statistiques de SANTÉSUISSE. Elle n'a toutefois apporté aucun élément à l'appui de sa contestation et le dossier ne contient aucun indice permettant de remettre en cause leur contenu. Elle s'est limitée à une critique générale de la méthode statistique, qui n'est toutefois pas fondée, comme on l'a vu plus haut. Or selon la jurisprudence constante du tribunal de céans, une pleine valeur probante a depuis longtemps été reconnue aux « Daten-Pool », en l'absence d'éléments contraires rendant vraisemblable, par exemple, que l'une ou l'autre des caisses demanderesses n'aurait pas, pour l'année considérée, presté en faveur du fournisseur de prestations concerné, sur la base de sa propre facturation (arrêt du Tribunal fédéral 9C_778/2016 du 12 décembre 2017 consid. 6 ; ATAS/899/2023 du 22 novembre 2023 consid. 7). D'ailleurs, le Dr F_____, sans autre vérification, est lui-même parti de l'idée que « les chiffres énoncés (étaient) justes » (cf. ci-dessus, § E.h.).

E. 10.12

Partant, les reproches de manque de transparence et de fiabilité de l'examen de l'économicité effectué en l'espèce, en lien également avec la prétendue non représentativité du groupe de comparaison, sont infondés.

E. 10.13

Par surabondance, on rappellera avec l'expert que la défenderesse n'aurait de toute façon aucun intérêt à changer son groupe de contrôle en la comparant aux internistes généralistes, car elle serait alors encore plus chère. 11. En l'espèce, l'analyse de régression a donné pour la défenderesse un indice de régression des coûts totaux de 189 points pour l'année statistique 2017 et de 201 points pour l'année statistique 2018. Elle dépasse ainsi largement la valeur moyenne de l'indice 100 de son groupe de médecins spécialistes de référence (diabétologues / endocrinologues) et doit être qualifiée de statistiquement « remarquable ». 12. Cela étant, il faut considérer que la pratique de la défenderesse, sous l'angle de son economicité pour les années 2017 et 2018, a fait l'objet d'un « filtrage » (ou « screening ») en bonne et due forme et que cette première phase a permis de détecter une situation anormale, au sens où l'entend la méthode de régression. 12.1 Comme exposé plus haut, dans son récent ATF 150 V 129, le Tribunal fédéral a jugé que le résultat du screening ou de l'analyse de régression ne constatait pas encore le caractère non économique. Une anomalie constatée lors du screening n'apportait donc pas la preuve d'une polypragmasie ou d'une surfacturation, mais introduisait une procédure de constatation correspondante. Il s'ensuivait que l'opinion qui prévalait jusqu'ici, selon laquelle la méthode statistique était un

A/2603/2019 - 48/74 - « moyen de preuve » (ATF 136 V 415 consid. 6.2), était dépassée depuis l'introduction du modèle de dépistage. 12.2 C'est dès lors à juste titre que la défenderesse fait valoir que le dépistage dont elle a fait l'objet ne permet pas encore de constater un traitement non économique, et que, si on le comprend bien, le Dr F_____ a estimé que la méthode de régression était « non conclusive ». À lui seul, le dépistage permet uniquement de repérer les prestataires potentiellement non-économiques. Il ne peut dès lors effectivement pas servir de base à une demande de remboursement. 12.3 Pour la même raison, le Tribunal fédéral a jugé, dans ce même arrêt, qu'une anomalie signalée lors du screening n'entraîne pas un renversement du fardeau de la preuve à cet égard.

Conformément à la règle générale prévue à l'art. 8 CC, les assureurs-maladie restent en principe (« grundsätzlich ») chargés de la preuve après la constatation d'une structure de coûts anormale. Toutefois, le fournisseur de prestations concerné est tenu de collaborer en ce qui concerne les particularités de pratique invoquées, dans la mesure où il dispose des données nécessaires à l'interprétation des données statistiques (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_259/2023 du 18 septembre 2023 consid. 5.6.2 ; V. JUNOD, op. cit. p. 148 no 40). Dans la mesure où les particularités du cabinet ne sont pas évidentes, le fournisseur de prestations doit en tout cas rendre vraisemblable sous quels aspects il faut procéder à une analyse au cas par cas et dans quelle mesure l'anomalie identifiée dans le cadre du screening doit être attribuée à une particularité du cabinet (cf. ATF 150 V 129 consid. 5.3). Il lui incombe d'autre part, de fournir les données qui permettent d'interpréter les données statistiques en relation avec la particularité du cabinet évidente ou rendue vraisemblable. Autrement dit, le fournisseur de prestations est tenu d'indiquer les particularités de sa pratique et de les étayer (cf. ATF 150 V 129 précité consid. 5.3.2). 12.4 12.4.1 L'art. 89 al. 5 LAMal prescrit que les cantons fixent la procédure qui doit être simple et rapide. Le Tribunal arbitral établi avec la collaboration des parties les faits déterminants pour la solution du litige ; il administre les preuves nécessaires et les apprécie librement. Le principe inquisitoire, qui régit la procédure

dans les litiges ressortant de la compétence du Tribunal arbitral (cf. art. 89 al. 5 LAMal), exclut que la charge de l'apport de la preuve (« Beweisführungslast ») incombe aux parties, puisqu'il revient à l'administration, respectivement au juge, de réunir les preuves pour établir les faits pertinents. Partant, les parties ne supportent en règle générale le fardeau de la preuve que dans la mesure où la partie qui voulait déduire des droits de faits qui n'ont pas pu être prouvés en supporte l'échec. Cette règle de preuve ne s'applique toutefois que s'il n'est pas possible, dans les limites du principe inquisitoire, d'établir sur la base d'une appréciation des preuves un état de fait qui correspond, au degré de la vraisemblance prépondérante, à la réalité (ATF 128 V 218 consid. 6). La maxime inquisitoire ne dispense pas les parties de collaborer à l'établissement des faits et il leur incombe d'étayer leurs propres thèses,

A/2603/2019 - 49/74 - de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuves disponibles, spécialement lorsqu'il s'agit d'élucider des faits qu'elles sont le mieux à même de connaître. En l'absence de collaboration de la partie concernée par de tels faits et d'éléments probants au dossier, l'autorité qui met fin à l'instruction en considérant qu'un fait ne peut être considéré comme établi, ne tombe ni dans l'arbitraire ni ne viole l'art. 8 CC relatif au fardeau de la preuve (ATF 148 II 465 consid. 8.3). 12.4.2 La collaboration des parties prévue par l'art 89 al. 5 LAMal s'étend à tous les éléments essentiels pour la prise de décision et implique l'obligation pour les parties de fournir les documents qui se trouvent en leurs mains, en particulier ceux que l'autorité ne peut pas recueillir ou ne pourrait qu'au prix d'efforts disproportionnés. Ce devoir de collaborer est en particulier d'importance dans les procédures d'action selon l'article 89 LAMal, dès lors que les parties sont le mieux à même de contribuer à l'établissement des faits déterminants (arrêt du Tribunal fédéral K 150/03 du 10 mai 2004 consid. 5.1 non publié in ATF 130 V 377). En particulier, c'est au médecin qu'il revient d'amener les éléments de fait susceptibles d'entrer dans le catalogue des particularités de sa pratique. Il ne lui suffit pas d'inviter le Tribunal arbitral à mandater un expert pour établir celles-ci. Au contraire, il doit démontrer dans quelle mesure (si possible chiffrée) ces particularités débouchent sur des coûts supplémentaires. Autrement dit, le médecin doit se prévaloir des particularités de sa pratique, de manière à ce que le Tribunal arbitral ait des motifs raisonnables de considérer que la question mérite d'être éclaircie. Si le médecin ne fournit pas au Tribunal cantonal des éléments pour quantifier l'effet de ces particularités sur son coût moyen, le tribunal appréciera lui-même cet effet (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 113/03 du 10 août 2004 consid. 7.2). Pour le cas où, malgré des investigations supplémentaires, il n'est pas possible de retenir que la particularité invoquée influence réellement les statistiques, le médecin supporte en tous les cas le fardeau de la preuve (arrêt du Tribunal fédéral K 83/05 du 4 décembre 2006 consid. 7). 12.4.3 L'obligation faite à la partie adverse de collaborer à l'administration de la preuve, même si elle découle du principe général de la bonne foi, est de nature procédurale et est donc exorbitante de l'art. 8 CC, car elle ne touche pas au fardeau de la preuve et n'implique pas, en principe, un renversement de celui-ci. C'est dans le cadre de l'appréciation des preuves que le juge se prononcera sur le résultat de la collaboration de la partie adverse ou qu'il tirera les conséquences d'un refus de collaborer à l'administration de la preuve (arrêt du Tribunal fédéral 5A_503/2018 du 25 septembre 2018 consid. 3). Exceptionnellement, la partie qui n'est pas chargée du fardeau de la preuve ne peut pas se contenter de contester les faits allégués par la partie adverse, mais elle doit, en vertu des règles de la bonne foi, collaborer à l'administration des preuves. Ainsi en est-il lorsque celui qui prétend à un droit se trouve dans un état de nécessité quant à la preuve et

que son adverse partie est mieux à même de la rapporter (ATF 115 II 1 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral

A/2603/2019 - 50/74 - 4C.48/1988 du 22 juin 1989 consid. 2a, reproduit in JdT 1991 II 190). Le devoir des parties de collaborer à l'instruction de la cause porte sur tous les faits déterminants pour la décision et comprend l'obligation de produire tout document se trouvant en leur possession (consid. 5.1 non publié de l'ATF 130 V 377). 12.4.4 Le principe inquisitoire oblige l'autorité à déterminer également les faits favorables aux intérêts de l'administré, dans la mesure de ses possibilités. Si ce dernier n'apporte pas la preuve requise et que l'autorité a la possibilité d'éclaircir la situation, elle doit le faire. Le devoir de collaborer de l'administré ne libère nullement l'autorité de son devoir d'instruction. L'autorité ne saurait faire supporter à l'administré l'absence de la preuve d'un fait déterminé si elle n'a pas pleinement satisfait à son devoir. Après une libre appréciation des preuves en sa possession, l'autorité se trouve à un carrefour. Si elle estime que l'état de fait est clair et que sa conviction est acquise, elle peut rendre sa décision. En revanche, si elle reste dans l'incertitude après avoir procédé aux investigations requises, l'autorité applique les règles sur la répartition du fardeau de la preuve. Dans ce cadre et à défaut de dispositions spéciales, elle s'inspire de l'art. 8 CCS, en vertu duquel quiconque doit prouver les faits qu'il allègue pour en déduire un droit. Le principe inquisitoire et l'obligation de collaborer n'ont, par conséquent et en principe, aucun effet sur le fardeau de la preuve, car ils interviennent à un stade antérieur. Cependant, il existe, en pratique, une certaine connexité entre ces notions. Ainsi, dans la mesure où, pour établir l'état de fait déterminant, l'autorité est dépendante de la collaboration de l'administré, le refus, par celui-ci, de fournir des renseignements ou des moyens de preuve requis peut conduire à un « état de nécessité en matière de preuve » (Beweisnot), c'est-à-dire à une impossibilité pour l'autorité d'établir les faits pertinents. Dans un tel cas de figure, la violation du devoir de collaborer peut non seulement être prise en compte au stade de la libre appréciation des preuves, mais aussi conduire à un allègement de la preuve à charge de l'autorité, voire à un renversement du fardeau de la preuve, ainsi qu'à une diminution de son obligation d'établir l'état de fait pertinent. L'administré ne doit, en effet et en principe, pas tirer avantage de son défaut de collaboration, à tout le moins lorsque celui-ci apparaît fautif. En particulier, il ne doit pas être traité plus favorablement que celui qui a coopéré à satisfaction. En revanche, il ne doit, en règle générale, subir aucun désavantage d'un manquement à son devoir de collaborer lorsque sa collaboration n'est pas raisonnablement exigible (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-481/2021 du 9 août 2021 consid. 5). Autrement dit, s'il se révèle impossible, dans le cadre de la maxime inquisitoire et en application du principe de la libre appréciation des preuves, d'établir un état de fait qui correspond, au degré de la vraisemblance prépondérante, à la réalité, il n'incombe plus à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences, si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à la partie adverse (ATF 139 V 176 consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_180/2021 consid. 4).

A/2603/2019 - 51/74 - 12.4.5 Le Tribunal arbitral ne peut inférer d'un refus légitime de collaborer d'une partie ou d'un tiers que le fait allégué est prouvé (art. 162 du Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 : CPC ; RS 292, par analogie). En revanche, si une partie refuse de collaborer sans motif valable, le tribunal en tient compte lors de l'appréciation des preuves (art. 164 CPC par analogie). Selon l'art. 24 al. 2, 1ère phr. LPA, l'autorité apprécie librement l'attitude d'une partie qui refuse de produire une pièce ou d'indiquer où celle-ci se trouve. 12.4.6 En lien avec son obligation de collaborer, le

fournisseur de prestations doit remettre au débiteur de la rémunération une facture détaillée et compréhensible ; il doit aussi lui transmettre toutes les indications nécessaires lui permettant de vérifier le calcul de la rémunération et le caractère économique de la prestation (art. 42 al. 3 1^{ère} et 2^{ème} phrase LAMal). Selon l'art. 59 al. 1 OAMal, les fournisseurs de prestations doivent inscrire sur leurs factures toutes les indications administratives et médicales nécessaires à la vérification du calcul de la rémunération et du caractère économique des prestations conformément à l'art. 42 al. 3 et 3bis LAMal. Ils doivent en particulier indiquer les prestations fournies, détaillées comme le prévoit le tarif qui leur est applicable (art. 59 al. 1 let. b OAMal), et les diagnostics et les procédures qui sont nécessaires au calcul du tarif applicable (art. 59 al. 1 let. c OAMal). 12.5 En matière d'appréciation des preuves, une expertise privée n'a pas la même valeur probante qu'une expertise judiciaire, l'expert mandaté par une partie n'étant ni indépendant, ni impartial, de sorte que le résultat d'une telle expertise doit être appréhendé avec circonspection (ATF 142 II 355 consid. 6). Une expertise privée doit être appréciée avec retenue dès lors que l'expérience retient qu'une expertise privée n'est produite que si elle est favorable à son mandant (ATF 141 IV 369 consid. 6.2). Au demeurant, les résultats issus d'une expertise privée sont soumis au principe de la libre appréciation des preuves et sont considérés comme des simples allégués de parties (ATF 142 II 355). 13.

13.1 Dans l'ATF 150 V 129 précité, le Tribunal fédéral s'est également penché sur la seconde étape de l'examen de l'économicité selon la convention 2018. La Haute Cour a constaté que les facteurs intégrés dans le screening amélioreraient la précision de l'identification des cas suspects d'un traitement non économique, mais qu'en même temps, il n'était pas aisé de déterminer si les facteurs pris en compte reflétaient effectivement les conditions réelles. Il était donc d'autant plus important de valider ensuite le résultat provisoire du screening, c'est-à-dire la valeur d'indice concernée, sur la base d'une analyse complète de chaque cas (consid. 5.2.2). Par analyse de cas individuels, il ne fallait toutefois pas entendre une méthode de contrôle analytique au sens traditionnel du terme (alternative à la méthode statistique), même si, selon la situation, il n'était pas exclu de recourir, selon les besoins, à des dossiers de patients sélectionnés pour évaluer, par échantillonnage et

A/2603/2019 - 52/74 - avec le concours d'un médecin-conseil, des particularités du cabinet dont l'efficacité en termes de coûts ne pouvait être chiffrée par la voie statistique (consid. 5.2.4). 13.2 Malgré un indice de régression « frappant », des coûts supérieurs à la moyenne peuvent, le cas échéant, être expliqués par des effets spécifiques au cabinet, ce qui permet de réfuter le soupçon d'un mode de traitement non économique. Le type et l'étendue de l'examen au cas par cas dépendent des caractéristiques apparentes ou crédibles du cabinet. Cela vaut sans autre dans la mesure où les variables du screening en deux étapes ne couvrent pas les caractéristiques de manière exhaustive. Mais il peut également s'avérer nécessaire de valider des facteurs déjà pris en compte dans l'analyse de régression) (ATF 150 V 129 consid. 5.5). Autrement dit, les caractéristiques individuelles de la pratique doivent être examinées quant à leur portée effective, même si elles ont déjà été saisies dans le jeu de variables élargi de la méthode de screening – destinée uniquement à la détection de cas suspects (arrêt du Tribunal fédéral 9C_129/2023 du 4 mars 2024 consid. 5.3). 13.3 La caractéristique à examiner peut être de nature typologique du cabinet, « catégorielle », notamment lorsque le fournisseur de prestations dispose de compétences particulières (p. ex. gestion d'une pharmacie de cabinet) ou d'une spécialisation professionnelle qui se répercute sur la composition du collectif de patients. Il est préférable de tenir compte d'une

caractéristique visant la typologie du cabinet médical dès le screening, afin d'éviter d'emblée les résultats faussement positifs (frappants) (ou également les résultats faussement négatifs). Pour cela, il faudrait créer un groupe de référence correspondant. Dans la mesure où il n'est pas possible de constituer un groupe de comparaison spécifique, il faut au moins un correctif correspondant au niveau de l'examen du cas individuel, en ce sens que la différence entre la valeur de l'indice de pratique et l'indice de comparaison est diminuée de l'effet de pratique démontré à l'aide de données statistiques. Alternativement, le correctif peut également être déterminé par un contrôle analytique (systématique) complémentaire au cas par cas, par exemple avec une évaluation par échantillon d'un certain nombre de cas représentatifs du cabinet concerné, suivie d'une extrapolation (ATF 150 V 129 consid. 5.5.2). L'évaluation au cas par cas ne doit pas être confondue avec la méthode dite analytique. Aucun dossier de patient n'est examiné par SANTÉSUISSE dans le cadre de l'évaluation des cas individuels

(https://tarifsuisse.ch/assets/Downloads/2023_11_14_Dokumentation_Umsetzung_Regressionsmodell_FR.pdf). 13.4 Il convient de distinguer les caractéristiques « catégorielles » du fournisseur de prestations mentionnées ci-dessus des particularités du cabinet qui se rapportent à des caractéristiques variables du collectif de patients (cf. EUGSTER, op. cit., n. 409 ss.). À ce titre, une proportion d'étrangers supérieure à la moyenne, des visites à domicile fréquentes dans une grande zone de chalandise ou l'absence de patients en urgence peuvent par exemple être pertinentes (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_259/2023 du 18 septembre 2023 consid. 5.2). Mais les aspects liés à la

A/2603/2019 - 53/74 - morbidité doivent également être examinés de plus près, dans la mesure où ils n'ont pas déjà été standardisés auparavant dans le cadre de l'analyse de régression. Le fait qu'un facteur ayant un impact sur les coûts soit intégré dans le modèle de screening n'exclut pas d'emblée une prise en compte supplémentaire en tant que particularité du cabinet. Il faut garder à l'esprit qu'un facteur de morbidité n'est pas toujours validé sans autre, c'est-à-dire qu'il n'est pas toujours effectivement approprié dans le cas concret pour fournir la connaissance attendue. Il peut par exemple arriver qu'un cabinet médical traite, en raison d'une certaine spécialisation, un nombre supérieur à la moyenne de malades chroniques nécessitant une prise en charge importante et que, pour des raisons spécifiques à la maladie, relativement peu de médicaments soient néanmoins prescrits ou remis. Dans une telle situation, le facteur de morbidité PCG indique une faible morbidité qui ne correspond pas aux conditions réelles. Dans ce cas, le fournisseur de prestations peut faire valoir, même sous la méthode de screening, qu'un correctif correspondant sera examiné au cas par cas. L'analyse du cas individuel (basée sur le dossier et/ou sur les statistiques) donne lieu, le cas échéant, à une correction par laquelle la différence entre la valeur de l'indice de pratique et l'indice de comparaison est diminuée de l'effet en question (ATF 150 V 129 consid. 5.5.3).

E. 14

novembre 2023 :

A/2603/2019 - 41/74 -

(https://tarifsuisse.ch/assets/Downloads/2023_11_14_Dokumentation_Umsetzung_Regressionsmodell_FR.pdf). C'est le lieu de relever qu'en ce qui concernait l'examen du caractère économique selon la méthode ANOVA, le Tribunal fédéral a jugé que celle-ci ne devait être remise en question ni en tant que modèle mathématique, ni en ce qui concernait la base de données (RSS) et qu'il n'était pas nécessaire d'exposer la « méthodologie »,

notamment la manière dont les paramètres étaient pris en compte dans l'indice ANOVA, dans la mesure où cette méthode a été convenue par les fournisseurs de prestations et les assureurs (ATF 144 V 79 consid. 5.3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_558/2018 du 12 avril 2019 consid. 7.2 ; cf. aussi déjà l'arrêt K 142/05 du 1er mars 2006 consid. 8.1.1). La jurisprudence n'impose pas que l'élaboration de la statistique soit explicitée en détail (comp. en matière de statistiques RSS et ANOVA : arrêts du Tribunal fédéral 9C_784/2023 du 4 septembre 2024 consid. 5.1 et 9C_558/2018 du 12 avril 2019 consid. 7.2). A fortiori, il doit en aller de même dans l'analyse de régression affinée à deux niveaux selon la convention 2018, dont le Tribunal fédéral a rappelé qu'elle était de nature statistique (ATF 150 V 129 consid. 4.3 et 4.4). Concernant cette méthode, la Haute Cour n'exige du reste pas non plus une complète transparence à cet égard : « Gleichzeitig bleibt aber intransparent, ob die einbezogenen Faktoren die tatsächlichen Verhältnisse effektiv abbilden » (ATF 150 V 129 consid. 5.2.2). De ce point de vue, il est donc indifférent que la défenderesse n'ait pas compris, malgré la demande d'éclaircissements qu'elle allègue avoir adressée à la FMH, comment les algorithmes utilisés dans la méthode de régression avaient tenu compte de ses quatre cas particulièrement onéreux (patients A, B, C et D).

E. 14.1

Il convient maintenant d'examiner si les anomalies constatées à l'issue de la première étape du contrôle de l'économicité ont été suivies d'un examen au cas par cas dans le sens précité.

E. 14.2

En l'espèce, après avoir été interpellée par les demanderesse sur sa pratique a priori hors norme, la défenderesse a pu faire valoir, au titre de spécificités de sa pratique, qu'elle comptait 70% de « patients femmes » ; un nombre important de patients de plus de 50 ans ; un faible taux de patients hospitalisés ; une médication importante en lien avec sa double spécialisation FMH en médecine interne/générale et en diabétologie/endocrinologie ; un nombre important de visites à domicile ; quatre cas très lourds et complexes, dont une patiente A, dont le coût de traitement avait été spécifiquement admis par HELSANA. De leur côté, les demanderesse ont procédé à une analyse des données de la défenderesse. Cette analyse a été suivie d'une expertise analytique judiciaire.

E. 14.3

Dans son rapport du 13 mai 2024, l'expert a en particulier pris en compte les positions TARMED facturées par l'intéressée et comparé les données avec ses collègues endocrinologues et diabétologues, en particulier le nombre moyen de prestations de base par malade, concluant en substance que l'expertisée était pratiquement plus chère que ses collègues dans presque toutes les tranches, car elle consultait beaucoup plus souvent (cf. ci-dessus § E.e.).

E. 14.4

En l'occurrence, hormis le cas de la patiente A, la défenderesse s'est bornée à fournir des explications d'ordre général en lien avec les limites actuelles des outils statistiques ou la nécessité d'apprécier l'économicité de sa pratique dans un cadre

A/2603/2019 - 54/74 - économique global. Elle n'a fourni aucun document permettant de justifier les particularités alléguées de sa pratique. Elle a même expressément refusé de le faire. Elle a également délibérément refusé de participer à l'expertise analytique ordonnée par le tribunal, alors même qu'il lui avait rappelé, dans l'ordonnance d'expertise, qu'il lui

incombait de soutenir activement le travail de l'expert (ATFA non publié K 124/03 du 16 juin 2004, consid. 6 et 7 ; V. JUNOD, op. cit. p. 129–174, § 2.3.1). La défenderesse avait pourtant elle-même souligné, par la voix de son avocat, qu'une expertise analytique s'imposait, afin de pouvoir précisément discuter les cas considérés a priori douteux par les assureurs et d'apporter ses justifications ; une telle mesure d'instruction était même « incontournable » et démontrerait « de façon implacable » l'absence de toute violation du principe d'économicité dans sa pratique. C'est le lieu de rappeler que, contrairement à la méthode statistique qui s'appuie essentiellement sur la comparaison chiffrée des médecins, la méthode analytique entre dans le détail de la pratique du médecin soupçonné de polypragmasie, afin de déterminer si les dépenses diagnostiques et thérapeutiques étaient justifiables compte tenu du tableau clinique et du succès de guérison visé (ATF 150 V 129 consid. 4.4.2 ; V. JUNOD, op. cit., p. 137). Or la défenderesse a refusé de fournir en particulier les indications sur le diagnostic et sur le type de mesures prises dans le cadre de sa pratique, rendant impossible l'examen des dossiers de ses patients par l'expert (comp. arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 124/03 du 16 juin 2004, consid. 6 et 7).

E. 14.5

Antérieurement à la procédure judiciaire, la défenderesse n'a pas non plus saisi l'occasion, dans la phase d'examen de son cas, de « démontrer de manière objective et compréhensible les éventuelles particularités de sa pratique qui n'auraient pas été prises en compte avec la méthode de screening et qui distinguaient essentiellement sa pratique de celle des fournisseurs de prestations de son collectif de comparaison et qui, pour cette raison, conduisaient à une valeur d'indice de régression plus élevée » (cf. ch. 2, al. 5 de la convention 2023). Elle ne l'a pas davantage fait tout au long de la présente procédure, en dépit des nombreux délais que le tribunal lui a généreusement accordés. Les demanderesses ont ainsi tenté en vain de confronter la défenderesse avec le résultat de l'examen d'économicité en lui proposant un entretien personnel pour clarifier l'écart de coûts et trouver une solution commune. Elles lui ont en outre régulièrement transmis les informations requises par elle. Elles l'ont régulièrement vainement invitée à collaborer, en lui demandant notamment de mettre en évidence les particularités de son cabinet et ses effets sur la structure de ses coûts. L'intéressée s'était pourtant initialement déclarée prête à fournir toute explication quant à sa facturation et avait même annoncé qu'en cas de refus de mettre en œuvre une expertise analytique, elle requerrait de pouvoir expliquer le coût individualisé par patient. L'attitude de la défenderesse est d'autant plus regrettable qu'avec la méthode de régression, l'examen de chaque cas par les caisses d'assurance maladie ou par A/2603/2019 - 55/74 - l'association qu'elles ont habilitée est, on l'a dit plus haut, conçu de manière participative, et ce également dans le but de parvenir à un accord amiable dans le cadre d'un dialogue avec le fournisseur de prestations examiné (cf. ATF 150 V 129 consid. 5.6). De surcroît, l'intéressée s'est refusée, sans motif valable, à se soumettre à l'expertise analytique ordonnée par le tribunal, alors même que cette mesure d'instruction est « certainement celle qui se prête le mieux à expliquer, en cas de litige, les options prises en vertu de la liberté diagnostique et thérapeutique reconnue au médecin » (V. JUNOD, op. cit., p. 138 note n° 70).

E. 14.6

Pour justifier son refus de collaborer, la défenderesse a avancé, autant qu'on la comprenne, que seul l'avènement d'un « Big Data » (ndr : « données massives ») en matière de

cybersanté permettrait de démontrer les particularités de son cabinet ou de sa patientèle, respectivement le caractère économique de sa pratique ; de même, le futur TARDOC pourrait « gommer » une éventuelle surfacturation résultant du TARMED. Pareil raisonnement ne saurait être suivi. Au contraire, c'est justement parce que ces données n'existent pas (encore) qu'il importait que la défenderesse fournisse toute explication ou documentation utile afin de justifier sa pratique, respectivement « son approche peut-être 'non-mainstream' de la médecine clinique ».

E. 14.7

Cela étant, il apparaît que les demanderesses, respectivement le tribunal de céans et l'expert judiciaire ont clarifié (ou tenté de clarifier) la portée effective des particularités alléguées de la pratique de la défenderesse, à la suite d'une analyse plus approfondie de ses données statistiques et du dossier. Force est ainsi de constater qu'il a été finalement procédé en l'espèce à une évaluation individuelle des coûts anormaux constatés en l'occurrence par l'analyse de régression, conformément à la voie prévue dans la convention 2018, même si une partie de cet examen est intervenue devant le tribunal de céans. C'est le lieu de rappeler que la seconde étape a pour but principal de donner au médecin la possibilité de justifier l'image de ses coûts – ce que la défenderesse aurait également largement eu l'occasion de faire devant le tribunal de céans. Or, en l'occurrence, cet examen a été doublé d'une expertise analytique judiciaire (partielle) de la pratique de la défenderesse portant en particulier sur les dossiers des patients A, B, C et D. À cette occasion, le tribunal de céans a fixé le cadre et les modalités de la mission d'expertise, après avoir invité les parties à se déterminer sur les questions libellées dans le projet de la mission d'expertise (cf. ci-dessus, § D.m.).

E. 14.8

Certes, une partie de cet examen s'est déroulée devant le tribunal de céans, et non pas avant la procédure arbitrale proprement dite, comme le prescrit, désormais, le Tribunal fédéral. Cette circonstance n'apparaît toutefois pas de nature à en altérer le résultat, dans la mesure où un examen complet de l'économicité a en définitive pu être mené, ou du moins tenté, en l'espèce.

E. 15.1

Reste à analyser le contenu et la portée de cet examen en l'espèce.

A/2603/2019 - 56/74 -

E. 15.2

Dans ce cadre, la défenderesse a fait en particulier valoir que sa double spécialisation d'interniste/généraliste et de diabétologue/endocrinologue contribuait à réduire les coûts indirects, dans la mesure où elle pouvait traiter elle-même les patients concernés sans qu'il soit nécessaire de les référer à ses confrères internistes/généraliste ou diabétologues/endocrinologues. Sa pratique n'était pas coûteuse, dans la mesure où sa double spécialisation permettait de limiter les « réadressages » de patients vers d'autres confrères ou vers l'hôpital, et donc, indirectement, de réduire les coûts.

E. 15.2.1

Le médecin qui génère des coûts directs supérieurs à la moyenne, mais des coûts totaux (directs et indirects) moyens ou éventuellement inférieurs à la moyenne, agit également en

conformité avec l'exigence d'efficacité économique car il effectue lui-même de nombreux traitements que d'autres médecins auraient sous-traité à des tiers (ATF 133 V 37 consid. 2.5.6). Le principe d'économicité ne peut en effet être considéré comme ayant été violé si l'indice des coûts globaux (directs et indirects) reste dans la marge de tolérance. Dans un tel cas, il n'existe aucune obligation de restitution malgré l'existence d'une pratique médicale non économique (ATF 137 V 43 cons. 3.1). Des sanctions au sens de l'art. 59 al. 1 let. a, c ou d LAMal peuvent néanmoins s'imposer (arrêt du Tribunal fédéral 9C_570/2015 du 6 juin 2016 consid. 3.5 ; ATF 137 V 43 consid. 2.5.4). Le coût des prestations médicales effectuées en plus par rapport aux autres cabinets du groupe de comparaison est pris en considération dans les coûts indirects. Ceux-ci sont ainsi, le cas échéant, diminués d'autant, puisque les patients n'ont pas à être adressés à d'autres fournisseurs de prestations (ATAS/27/2020 du 16 janvier 2020 consid. 12c). La preuve qu'un médecin évite un nombre de séjours hospitaliers supérieur à la moyenne par rapport à son groupe de référence pourrait, le cas échéant, constituer une particularité pertinente de la pratique. Des économies compensatoires peuvent en effet être prises en compte en tant que particularités du cabinet ayant un impact sur les coûts. Il s'agit de cas où le médecin justifie une valeur élevée de l'indice des coûts directs par le fait que son mode de traitement comparativement plus coûteux a pour conséquence une diminution des coûts qu'il a occasionnés. Cela vaut par exemple pour l'indication d'un médecin selon laquelle son mode de traitement permet d'éviter de nombreux séjours hospitaliers stationnaires. La jurisprudence reconnaît toutefois que cette preuve est très difficile à apporter, ce qui ne change rien à la charge de la preuve qui pèse sur le médecin concerné (ATF 119 V 455 consid. 5a ; consid. 6.3 non publié de l'ATF 130 V 37 (= cause K 150/03 du

E. 15.2.2

En l'espèce, la défenderesse n'a apporté aucun élément permettant d'établir que sa patientèle est moins souvent hospitalisée que celle de son groupe de comparaison grâce aux prestations dont elle se charge elle-même. Indépendamment du fait que tout médecin a en principe pour objectif d'éviter l'hospitalisation de ses patients, on ne voit pas, en l'état actuel de la technique, d'autres mesures de preuve

A/2603/2019 - 57/74 - qui permettraient en l'espèce de démontrer les séjours hospitaliers prétendument évités : en l'absence de données statistiques, le tribunal de céans ne peut guère vérifier l'objection de l'économie compensatoire (cf. à propos des données statistiques manquantes dans ce contexte : ATF 144 V 79 consid. 6.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_517/2017 du 8 novembre 2018 consid. 6.3). Il en va de même des économies futures potentielles, qui relèvent de la pure conjoncture et ne sont dès lors pas pertinentes. Le Dr F_____ ne s'est du reste montré guère catégorique sur cette question, se contentant d'expliquer qu'un suivi soutenu à domicile « pouvait parfois différer, voire éviter une hospitalisation ou un placement en EMS ». Certes, la référence accrue de sa patientèle à des spécialistes permet en principe au médecin concerné de diminuer ses coûts totaux. Mais c'est avant tout parce que ledit médecin est un généraliste, et non un spécialiste. En effet, la rémunération des spécialistes est plus élevée (cf. André DUBEY / François DUFRESNE, *Étude du contrôle du caractère économique des traitements basée sur les statistiques du Concordat des assureurs maladie suisses*, Lausanne, 2000

<https://www.physicianprofiling.ch/PHYEtudeLamalLausanne2000.pdf>, p. 12). Tombe dès lors à faux l'argument de la défenderesse relatif aux économies que sa pratique spécialisée permettrait de réaliser en raison de la non-nécessité d'un « réadressage » de sa patientèle à

un confrère spécialiste. À noter que si elle intervient elle-même comme spécialiste ou qu'elle adresse sa patientèle à un confrère de la même spécialité, la première consultation devra, de toute façon, être facturée dans les deux cas. En tout état, les coûts directs et indirects de la défenderesse dépassent la moyenne du groupe de comparaison. L'indice des coûts totaux par patient est en effet de 189 pour 2017 et de 201 pour 2018, soit des chiffres se situant largement au-delà de l'indice de 130, marge de tolérance comprise. Partant, il convient, de ce point de vue, de nier l'existence d'une particularité de la pratique de la défenderesse de nature à justifier ses coûts élevés.

E. 15.3

La défenderesse fait valoir que l'impact des PCG sur son indice a été mal évalué. Selon elle, les traitements de pathologies endocriniennes ne recouraient pas tous aux mêmes principes actifs que ceux retenus dans le groupe PCG utilisé par SANTÉSUISSE ; le dosage quotidien de principes actifs limitativement déterminés (DDD) ne produisait « pas forcément » de bonne indication de la morbidité ; ses connaissances issues de la recherche in vivo lui permettaient de prescrire une médication particulièrement fine, de sorte que l'indicateur de morbidité PCG n'était pas un bon révélateur de la morbidité concrète de ses patients. Nullement étayées, ces assertions n'emportent pas la conviction.

E. 15.4

L'argument selon lequel la double spécialisation de la défenderesse augmentait le spectre des pathologies à traiter par patient se recoupe avec la notion de cas lourds ou complexes. Il y sera revenu ci-après (consid. 16.4).

A/2603/2019 - 58/74 -

E. 15.5

La défenderesse a mis en avant qu'elle pratiquait un plus grand nombre de visites à domicile que ses confrères. Le Dr F_____ a en outre fait valoir que de nombreux patients étaient polymorbides hors problèmes endocriniens/diabétiques et que ces patients avaient des difficultés de compréhension et de communication et qu'ils avaient un grand besoin d'écoute et d'explications, ce qui impliquait des consultations plus longues ou plus nombreuses. Succinctes et dénuées de données quantitatives, ces explications ne permettent toutefois pas de rendre vraisemblable à cet égard une particularité du cabinet pouvant expliquer les indices de régression litigieux. C'est le lieu de rappeler que le but visé par la réglementation sur la polypragmasie consiste précisément à empêcher une mise en œuvre excessive de thérapies non justifiées médicalement (arrêt du Tribunal fédéral 9C_167/2010 du 14 janvier 2011 consid. 4.3) et que la valeur de l'indice est déterminée par rapport aux coûts par patient et non par rapport au chiffre d'affaires résultant du volume de consultations. À cela s'ajoute qu'on ne saurait considérer que le canton de Genève constitue un bassin de population particulièrement large qui pourrait contribuer à un nombre de visites à domicile supérieur à la moyenne (cf. arrêt du Tribunal fédéral K 113/03 du 10 août 2004 consid. 3.3 ; SVR 1995 KV n° 40 p. 125 ; V. JUNOD, op. cit., p. 22 n° 2.8.2 let. g a contrario). En tout état, la défenderesse n'a nullement démontré la « nécessité médicale » alléguées des visites à domicile litigieuses, se contentant d'affirmer que celles-ci s'avéraient extrêmement économes comparées à la solution alternative qui s'imposerait sans ses visites, à savoir un séjour à l'hôpital ou en EMS. D'ailleurs, l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_940/2011 invoqué à cet égard ne lui est d'aucun secours. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral s'est limité à estimer que, dans les circonstances particulières du cas d'espèce, la

prise en charge, à efficacité égale, de soins à domicile 2,35 fois plus chers que les soins dispensés dans un établissement médico-social respectait « tout juste » (« gerade noch ») le critère de l'économicité. Quant au Dr F_____, il s'est borné à affirmer vaguement que le nombre de visites à domicile reflétait une « grande disponibilité hippocratique, relevait d'une conception personnelle de la médecine et des relations médecin-patient », ce qui permettait « de comprendre beaucoup de choses ».

E. 15.6

Au reste, si l'approche thérapeutique et la méthodologie de travail de la défenderesse impliquent notamment des séances plus longues, elles ne constituent pas des motifs suffisants pour justifier les coûts supplémentaires par rapport à son groupe de comparaison. La liberté thérapeutique du médecin ne le dispense en effet pas de respecter les dispositions relatives à l'économicité, qui s'appliquent de la même manière à tous les types de traitements. Celui-ci doit ainsi veiller à respecter la règle de l'économicité de l'art. 56 LAMal, sans égard à la solution thérapeutique choisie, singulièrement à l'approche thérapeutique appliquée. À défaut, cela reviendrait à privilégier la forme de thérapie qu'un médecin préconise (de manière non justifiée), au détriment d'une autre approche potentiellement plus économique.

A/2603/2019 - 59/74 - Or, en l'occurrence, le dossier ne contient aucun élément permettant de conclure à satisfaction de droit que la méthode thérapeutique de la défenderesse dépendrait des spécificités de ses patients. Si la défenderesse a une « grande disponibilité hippocratique (relevant) d'une conception personnelle de la médecine et des relations médecin-patient », sa méthode apparaît avant tout dictée par ses préférences personnelles (comp. arrêt du Tribunal fédéral 9C_457/2009 du 10 décembre 2009 consid. 8.2 et 8.3).

E. 15.7

L'argument selon lequel la défenderesse pratique une médecine « empathique et hippocratique » tombe à faux, déjà parce qu'il laisse entendre que tel ne serait pas le cas de ses confrères du groupe de comparaison dont la pratique respecte le principe d'économicité. Quoiqu'il en soit, selon la jurisprudence, la satisfaction des patients et leur bien-être, la compétence du praticien, ou encore l'absence de contestations des factures par les patients ne permettent pas de tirer des conclusions sur l'efficacité et l'adéquation des traitements (ATF 144 V 79 consid. 6.2 ; voir aussi, s'agissant plus particulièrement d'une approche holistique de la santé invoquée pour justifier des consultations plus longues ou plus nombreuses : ATAS/899/2023 du 22 novembre 2023 consid. 14.1).

E. 15.8

La défenderesse a également mis en avant, au titre de spécificités de sa pratique, qu'elle comptait 70% de « patients femmes » et que la moyenne d'âge de ses patients était sensiblement plus élevée que le groupe de comparaison, ce qui était de nature à entraîner des coûts plus élevés. Depuis 2005, ces facteurs sont cependant automatiquement incorporés dans le calcul soumis par les caisses-maladie. Les coûts du médecin concerné sont donc présentés comme si sa patientèle présentait la même répartition par âge et par sexe que celle du groupe de comparaison dans son ensemble ainsi qu'une morbidité comparable (cf. not. V. JUNOD, op. cit., p. 20, § 2.8.2 let. b ; arrêt du Tribunal fédéral K 107/01 du 13 mai 2003 consid. 7.2.2). Ils ne peuvent donc justifier une pratique hors norme en l'espèce.

E. 15.9

L'argument selon lequel sa pratique, proportionnellement au nombre de ses patients, est globalement économique est inopérant. En effet, les indices sont établis sur la base du coût moyen par patient et non pas sur le chiffre d'affaires. Le nombre de patients est dès lors sans pertinence pour apprécier la nécessité d'un traitement au niveau du patient individuel (cf. ci-dessus consid. 7.6). Autrement dit, le nombre de patients n'augmente pas ou ne diminue pas le besoin de traitement au niveau du patient individuel.

E. 15.10

Enfin, la défenderesse n'a nullement justifié le nombre comparativement plus important de ses prestations en l'absence du patient, sinon qu'en invoquant « une pratique spécifique liée au type de clientèle », ce qui est manifestement insuffisant. 16.

A/2603/2019 - 60/74 - 16.1 Les autres « observations critiques » du Dr F_____ ne permettent pas non plus de remettre en cause le rapport d'expertise, ni même de jeter un quelconque doute sur ses conclusions. 16.2 Tout d'abord, le tribunal observe que le Dr F_____ n'a pas disposé d'un dossier complet, et en particulier des statistiques litigieuses, faute pour la défenderesse de les lui avoir remises. Cela est surprenant dès lors que la défenderesse a mandaté ce dernier aux fins de rédiger une « contre-expertise ». Le Dr F_____ n'a pas non plus cherché, semble-t-il, à obtenir le dossier de sa mandante (cf. « prise de position critique », p. 5). De ce point de vue, son avis apparaît d'emblée incomplet, voire sujet à caution. 16.3 Contrairement à ce que le Dr F_____ affirme, le calcul opéré par les demanderesses permettant d'aboutir aux montants réclamés est clair. D'autre part, si, dans son expertise, l'expert n'a certes pas mentionné le coût total des patients B, C et D analysés pour l'année 2017, contrairement à l'année 2018, il convient d'admettre que les conclusions qu'il en a tirées sous l'angle de l'économicité pour l'année 2018 sont transposables pour l'année 2017. En effet, les patients concernés présentent a priori, – en l'absence d'indications contraires de l'expertisée –, les mêmes affections chroniques ou lourdes que l'année précédente (2017). Au demeurant, les coûts de ces trois patients pour 2018 ont été fournis par la défenderesse elle-même, si bien qu'elle a également connaissance des coûts correspondants pour l'année 2017. 16.4 De surcroît, on ne saurait reprocher à l'expert d'avoir formulé des conclusions imprécises au motif qu'à huit questions sur quinze, celui-ci avait répondu qu'il était « impossible de répondre » ou « qu'il n'était pas possible de répondre ». En effet, cette situation est imputable au refus de la défenderesse de se soumettre à l'expertise. Le Dr F_____ a lui-même admis que si l'expert n'avait pas pu examiner si les dépenses diagnostiques et thérapeutiques étaient justifiées compte tenu du tableau clinique, cela était « en partie » dû au fait que les dossiers cliniques « n'étaient pas disponibles » (observations, p. 10, ch. 4) – ce qui relève d'un euphémisme en l'occurrence. Feignant d'ignorer les raisons de cette situation, le Dr F_____ est ainsi mal pris d'opposer que, sans accès aux dossiers, l'expert ne disposait d'aucun élément de preuve pour juger de biais dus notamment à la polymorbidité, à la gravité ou à des facteurs socio-culturels de la patientèle (non maîtrise du français, patients étrangers). Le refus caractérisé de la défenderesse de collaborer en l'occurrence la met du reste en porte-à-faux avec la position du Dr F_____, pour lequel « l'explicitation des particularités d'une pratique » devrait revêtir une place centrale lors de l'examen de l'économicité. Cela étant, la défenderesse ne saurait se prévaloir du caractère lacunaire de l'expertise analytique, dont elle est la seule responsable par son refus non justifié de fournir à l'expert les informations réclamées par ce dernier. L'administré ne doit, en effet et en principe, pas tirer avantage de

son défaut de collaboration, à tout le moins lorsque celui-ci apparaît fautif (cf. ci-dessus consid. 10.4.4). Manifestement

A/2603/2019 - 61/74 - contraire à la bonne foi, un tel comportement ne saurait être protégé (« nemo auditur propriam turpitudinem allegans »). La maxime inquisitoire trouve en effet sa limite dans l'interdiction de l'abus de droit, qui est érigée en principe général par l'ordre juridique suisse (cf. art. 2 al. 2 CC ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_122/2023 du 23 août 2024 consid. 11.1). Dans ce contexte, on relèvera que le principe posé à l'ATF 150 V 129, selon lequel, conformément à la règle générale de l'art. 8 CC, les assureurs-maladie restent chargés de la preuve après la constatation d'une structure de coûts anormale, n'est pas absolu (cf. la formulation « grundsätzlich » : consid. 5.3.3), le médecin concerné restant tenu de collaborer en ce qui concerne les particularités de la pratique invoquées. Dans la mesure où l'autorité est à cet égard dépendante de la collaboration de l'administré, la jurisprudence admet que dans un tel cas de figure, la violation du devoir de collaborer peut même conduire à un renversement du fardeau de la preuve (cf. ci-dessus, consid. 10.4.4).

16.5 Par ailleurs, les observations du Dr F_____ sont pour la plupart formulées sous forme interrogative ou au conditionnel (« faits qui pourraient justifier des écarts statistiques, au moins partiellement » ; « peut-être ») - procédé qui, au demeurant, ne correspond pas aux critères de l'EBP qu'il préconise (cf. ci-dessus § E.h.). Il réitère des critiques sur la fiabilité des analyses statistiques encore récemment réfutées par la jurisprudence (cf. ATF 149 II 381 du 18 septembre 2023 consid. 3), ou se limite à des considérations générales ou hypothétiques ou encore à caractère philosophique, voire militant (observations, pp. 3, 4, 7, 8 et 10). Lesquelles s'avèrent dès lors insuffisamment motivées, sinon dénuées de pertinence, pour emporter la conviction. 16.6 Le Dr F_____ s'est également demandé si « la décision de faire rembourser à un médecin des frais facturés par des tiers et non pas encaissés par lui avait une base légale ? » (p. 4), – pareille interrogation ne laisse pas d'étonner, étant donné que la défenderesse, par l'entremise de son avocat, a admis que les coûts indirects (dans la méthode ANOVA) n'avaient pas été inclus dans les montants réclamés, contrairement à ce qu'elle avait initialement fait valoir (cf. ci-dessus, § D.g.). 16.7 Qu'aucun patient n'ait jamais contesté les honoraires de la défenderesse, que cette dernière ait une « bonne réputation citoyenne et professionnelle » ou que « ceux qui la connaissent savaient que (la défenderesse) n'était pas une "faiseuse de fric" » (observations, p. 1) n'est pas déterminant selon la jurisprudence (cf. ci-dessus consid. 12.7). 16.8 On ne décèle aucune pertinence à l'argumentation en lien avec les imperfections du TARMED, – auxquelles le TARDOC devrait remédier en particulier par les stratégies de « forfaits par cas » ou « valued-based » –, déjà parce que la défenderesse, en violation de l'art. 59 OAMal, n'a pas utilisé correctement les positions TARMED en l'occurrence. Au demeurant, les médecins du groupe de comparaison sont, eux aussi, soumis au TARMED.

A/2603/2019 - 62/74 - 16.9 En affirmant que la conclusion de l'expert selon laquelle la polypragmasie était très probable, n'était pas « très robuste » ou que le qualificatif « probable » était une « opinion, mais pas une preuve démontrée », le Dr F_____ méconnaît qu'en matière de polypragmasie, le degré de preuve est celui de la vraisemblance prépondérante (ATF 144 V 427 consid. 2). Ce standard est plus élevé que la simple vraisemblance, mais nettement moins élevé que la preuve exigée en matière civile ou pénale (ATAS/440/2021 du 10.05.2021 consid. 8 f ; V. JUNOD, op. cit., p. 33). 16.10 Le Dr F_____ ne saurait valablement opposer à l'expertise l'absence d'analyse des coûts basée sur les codes TARMED associés aux prestations induites pour les patients A, B, C et D,

voire pour tout ou partie du reste de la patientèle. Non seulement l'expert n'a pas eu accès aux données médicales en raison de l'obstruction de la défenderesse, mais encore cette dernière, en violation de la loi, n'a jamais utilisé les positions 00.15520 et 00.2110 relatives aux diabétologues/endocrinologues. Au reste, il est a priori contradictoire de soutenir que l'expert aurait dû fonder son analyse sur le TARMED, tout en faisant valoir que ce tarif était obsolète, contenait des défauts conceptuels majeurs ou ne saisissait qu'un aspect partiel des aspects économiques d'un cabinet médical ambulatoire. 16.11 Le Dr F_____ a en outre relevé qu'il convenait de nuancer l'explication de l'expert selon laquelle, faute d'utilisation des positions 00.15520 (traitement par le spécialiste en endocrinologie/diabétologie) et 00.2110 (consilium), il était difficile de documenter que la défenderesse prenait en charge des diabétiques de type I avec complications et des patients référés. Selon lui, de tels cas pouvaient « parfaitement se présenter spontanément par le bouche à oreille ». On peine toutefois à discerner en quoi cet argument pourrait, comme il l'affirme, justifier, même partiellement, les écarts statistiques litigieux. Au demeurant, on rappellera que le groupe de comparaison finalement utilisé par les demanderesses est bien celui des endocrinologues/diabétologues, quand bien même son profil de consultation relève plutôt de la médecine interne générale. 16.12 Le Dr F_____ semble reprocher à l'expert de ne pas avoir investigué, « par exemple, la question de savoir si la Dre A_____ avait prescrit des médicaments chers, nouveaux, éventuellement off-label, parce que des médicaments classiques s'étaient montrés antérieurement insuffisamment efficaces ? ». Cette argumentation ne saurait être suivie, car, en vertu de son devoir de collaborer, il incombait avant tout à la défenderesse, si elle s'y estimait fondée, de répondre à ces questions, en fournissant elle-même les éléments de fait qu'elle était mieux à même de connaître. 16.13 Le Dr F_____ a estimé que l'expertise était lacunaire et qu'il n'existait donc aucune base « robuste » pour documenter un abus de prescriptions, d'exams, ou de traitements. À cet égard, il a relevé qu'il n'existait aucun tableau présentant une analyse des coûts basée sur les codes et les prestations induits pour les patients A, B, C et D, voire pour tout ou partie du reste de la patientèle.

A/2603/2019 - 63/74 - Cet argument tombe à faux. Dans le cadre de la méthode de comparaison des coûts moyens, – dont la méthode de screening constitue un développement (ATF 150 V 129 consid. 4.4.1) –, utilisée dans le cas d'espèce pour contrôler le caractère économique de l'activité médicale, il n'est pas nécessaire, conformément à la jurisprudence, de procéder à un contrôle de toutes les positions de l'ensemble des factures, mais le contrôle peut plutôt se limiter à comparer les coûts moyens de traitement du médecin concerné avec ceux d'autres médecins dans des conditions similaires (comp. arrêt du Tribunal fédéral 9C_784/2023 du 4 septembre 2024 consid. 6.1). Sans compter qu'en raison du refus de collaborer de la défenderesse, l'expert a finalement dû se résoudre à établir son rapport sur la base du seul dossier en possession du tribunal, – et des statistiques afférentes –, à sa disposition. 16.14 Pour le reste, le Dr F_____ s'est contenté de faire siennes, mot pour mot, les critiques générales auparavant formulées par la défenderesse à l'encontre de la fiabilité des statistiques de SANTÉSUISSE (« Des statistiques qui ne correspondaient à aucune réalité n'étaient qu'un jeu de l'esprit et se révélaient dangereuses »). 16.15 Enfin, ce « contre-expert » n'a apporté aucun élément de nature analytique à l'appui de ses « observations critiques ». Faute de disposer d'un dossier complet, il n'a pas non plus analysé les statistiques fournies à sa cliente par SANTÉSUISSE. Il n'a pas davantage remis en cause la statistique des PCG jointe à l'expertise du Dr E_____, qu'il ne mentionne même pas dans sa prise de position. Il ne prend pas non plus position, dans le délai (prolongé)

accordé à cet effet, sur l'argument de SANTÉSUISSE selon lequel la marge de tolérance devait être ramenée à 120 avec la méthode de régression, selon le jugement du Tribunal administratif de Schwyz du 28 mars 2024. 17. Cela étant, il n'y a pas lieu de faire suite à la demande de la défenderesse d'inviter l'expert à se déterminer sur la « contre-expertise » du Dr F_____, laquelle ne contient aucun élément permettant de mettre en doute les conclusions de l'expertise (cf. sur l'appréciation anticipée des preuves : ATF 145 I 167 consid. 4.1). On peut du reste s'interroger sur la motivation de cette requête, dans la mesure où la défenderesse n'a eu de cesse de contester les compétences et l'objectivité de l'expert, prétendument à la solde de SANTÉSUISSE – expert qu'elle a de surcroît accusé de tentative d'escroquerie opérée dans le cadre de son expertise analytique.

E. 18

mai 2004).

E. 18.1

Il convient de se pencher maintenant plus particulièrement sur l'économicité de la pratique de la défenderesse s'agissant des patients A, B, C et D.

E. 18.2

Concernant la patiente A, la défenderesse s'est prévalue d'un courrier d'HELSANA du 16 avril 2021, adressé à son ancien avocat, dans lequel l'assureur a estimé que ses interventions en 2017 et 2018 avaient respecté le principe d'économicité. La défenderesse a précisé que les coûts générés par la patiente A

A/2603/2019 - 64/74 - s'étaient élevés à CHF 35'000.- environ en 2017 et à CHF 18'000.- environ en 2018, représentant respectivement 10% et 5% du total de ses coûts directs. De son côté, l'expert a remis en cause les conclusions d'HELSANA. Selon lui, facturer pour la patiente A en 2017 presque quatre heures par semaine de consultation signifiait probablement que la défenderesse avait installé une telle dépendance que la relation thérapeutique était devenue symbiotique. Or, les patients sous substitution devaient être vus tout au plus deux fois par mois environ, les autres patients non substitués étaient vus moins souvent. Ces consultations étaient relativement courtes. Elles consistaient en un contrôle de l'état psychologique et physique du patient, un soutien thérapeutique et une écoute. Si une psychothérapie était nécessaire, ce qui était souvent le cas, elle était déléguée à un psychiatre ou psychologue. Rien ne justifiait en l'occurrence une telle quantité de consultations, même pour des cas lourds.

E. 18.3

En l'espèce, on ignore sur quels éléments HELSANA s'est fondée pour conclure à l'économicité de la pratique de la défenderesse dans le cas particulier. Il n'est d'ailleurs pas clairement établi que la patiente A serait effectivement diabétique : dans son courrier du 29 mai 2020, dressant les multiples pathologies dont cette dernière était atteinte, la défenderesse n'a curieusement pas mentionné le diabète, mais indiqué que le traitement prodigué impliquait des soins relevant de la médecine interne et générale. On ne sait pas davantage si cet assureur s'est préalablement enquis à cet égard de l'avis de son médecin-conseil, conformément à l'art. 57 al. 4 LAMAL. Cette disposition prévoit que le médecin-conseil donne son avis à l'assureur sur des questions médicales, ainsi que sur des questions relatives à la rémunération et à l'application des tarifs : il examine en particulier si les conditions de prise en charge d'une prestation sont remplies. Par ailleurs, quatre heures

de consultation par semaine (pour la patiente A), respectivement deux heures environ pour les patients B, C et D, apparaissent effectivement excessives. Le Dr F_____ n'a du reste pas contesté l'argumentation, convaincante et dûment motivée, de l'expert sur ce point. À cela s'ajoute que, s'agissant de la patiente A, la défenderesse avait elle-même indiqué, dans son courrier du 29 mai 2000 précité, que son état de santé nécessitait de la recevoir « au moins une fois par semaine », soit pour une durée ou une fréquence considérablement moins élevée. Par comparaison, dans un arrêt K 50/00 du 30 juillet 2001 (consid. 6.6), le Tribunal fédéral a retenu, s'agissant de patients sous méthadone qui devaient bénéficier d'une prise en charge (psychosociale) plus intensive qu'un entretien par mois, qu'une consultation par semaine était (encore) compatible avec le principe d'économicité. La question de l'économicité du traitement de la patiente A peut toutefois souffrir de rester irrésolue, dans la mesure où HELSANA a finalement accepté de prendre en charge les coûts de traitement correspondants. En effet, si l'assureur a expressément approuvé la poursuite du traitement d'un patient, il reconnaît indirectement la pertinence et donc l'économicité du traitement qui suit et qui a

A/2603/2019 - 65/74 - précédé, puisque les approbations (expresses) ne représentent pas seulement des garanties de remboursement des coûts, mais comprennent également la confirmation du caractère économique du traitement correspondant. D'après la jurisprudence, une pratique non économique constitutive de polypragmasie doit être niée dans le cas où les traitements ont été pour la plupart approuvés de manière spécifique par les assureurs (respectivement les médecins-conseils de ceux-ci) (arrêt du Tribunal fédéral 9C_180/2021 du 24 juin 2022 consid. 3.2). Dans de telles circonstances, il n'y a plus de place pour une restitution ultérieure selon la méthode de régression. Cela étant, g (cf. EUGSTER, KVG : Statistische Wirtschaftlichkeitsprüfung im Wandel, in Jusletter du 25 juin 2012, p. 6 § 3.2). En effet, ces traitements ont contribué aux indices du médecin et à son coût moyen par patient. Il serait dès lors contradictoire et contraire au principe de la bonne foi de ne pas les exclure, d'une manière ou d'une autre, du montant soumis à restitution (arrêt TARB.2019.1 NE du 23 août 2023 consid 9 c.bb, lequel fait l'objet d'un recours au Tribunal fédéral). Dans cette mesure, il faut admettre que la défenderesse peut – indépendamment des particularités alléguées de sa pratique médicale – justifier les coûts comparativement plus élevés générés par la spécificité de la patiente A (cf. V. JUNOD, op. cit., p. 49 n° 2.8.5). En l'occurrence, les frais de traitement de cette patiente, admis par HELSANA, se sont élevés, selon les déclarations de la défenderesse – non contestées – à CHF 35'000.- en 2017 et à CHF 18'409.- (ou CHF 17'785.- selon les versions) en 2018.

E. 18.4

La défenderesse s'est également prévaluée des cas B, C et D, qualifiés de lourds. Cette notion implique que le médecin concerné voit moins de patients différents durant l'année que d'autres de ses collègues ne traitant pas de tels cas, ce qui est de nature à augmenter son indice, le dénominateur du coût moyen par patient étant le nombre de patients traités dans l'année par un médecin. En l'occurrence, le tribunal se ralliera aux conclusions, dûment motivées, de l'expertise analytique, selon lesquelles le coût des traitements correspondants n'est pas économique. D'ailleurs, si tel avait été le cas, la défenderesse, alors assistée d'un avocat, n'aurait assurément pas manqué – abstraction faite de son devoir de collaborer – de produire spontanément un courrier des assureurs concernés attestant l'économicité des traitements prodigués aux patients B, C et D, à l'instar du courrier d'HELSANA du 16 avril 2021 concernant la patiente A, dont les pathologies apparaissent d'ailleurs similaires selon

le rapport d'expertise. Pareille démarche était d'autant plus aisée à accomplir que, comme elle l'a soutenu, des cas « aussi chers étaient évidemment observés à la loupe » par lesdits assureurs. Au demeurant, la défenderesse n'a nullement démontré, ni même allégué, qu'elle a traité un nombre de pathologies particulièrement lourdes supérieur à la moyenne de son groupe de comparaison. En tout état, comme l'ont expliqué les demanderesses, il faut admettre que les indices extrêmes ont été corrigés par le logarithme avec la méthode de régression.

A/2603/2019 - 66/74 -

E. 18.5

Certes, les assureurs concernés ont accepté de rembourser les factures correspondantes des patients B, C et D. Cela ne permet toutefois pas de reconnaître un accord implicite valant traitement économique pour l'ensemble des prestations. Il y a en effet lieu d'opérer une différence entre le contrôle de la facturation et le contrôle de l'économicité (arrêt du Tribunal fédéral 9C_122/2023 du 23 août 2024 consid. 4.3.1 et 4.4). Dans le cas du contrôle des factures, il s'agit avant tout de vérifier la conformité des positions individuelles figurant sur les notes d'honoraires avec les différents tarifs ainsi qu'avec les exigences légales spécifiques à certaines thérapies. La question qui peut par exemple se poser dans ce contexte est celle de savoir si les services facturés ont bien été fournis et, le cas échéant, s'il y a eu facturation frauduleuse (cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 124/03 du 16 juin 2004 consid. 6.1.2). Or, si un cas de polypragmasie peut être réalisé lorsque le médecin facture des montants qui excèdent ceux de traitements plus économiques qu'il aurait pu dispenser, ou que des positions tarifaires sont cumulées de façon prohibée, le contrôle de la facturation ne vaut pas encore celui de l'économicité (arrêts du Tribunal fédéral 9C_21/2016 du 17 novembre 2016 consid. 6.2 et K 116/03 du 23 novembre 2004 consid. 4.2). Si l'on devait admettre qu'à chaque fois qu'un assureur honore une facture d'un médecin, il en reconnaît indirectement la nécessité et surtout l'économicité, la ratio legis de l'art. 56 LAMal serait vidée de sa substance et la procédure en matière de polypragmasie n'aurait pas lieu d'être. Ainsi, un remboursement de prestations par une caisse-maladie ne saurait de manière générale et à lui seul dédouaner le médecin de ses obligations de limiter ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement (arrêt du Tribunal fédéral 9C_485/2022 du 20 juin 2023 consid. 6.4). Aussi, contrairement à ce que semble penser la défenderesse, le fait que les assureurs concernés aient payé les factures en cause sans discussion ne signifie pas qu'ils en reconnaissent la nécessité et l'économicité.

E. 19

Au vu des considérations qui précèdent, force est de conclure que la défenderesse ne peut se prévaloir d'aucune pratique particulière, respectivement d'une patientèle différente de celle du groupe de comparaison, permettant de justifier une prise en charge de ses coûts au-delà de la marge de tolérance-type de 120-130 au sens où l'entend l'ATF 150 V 129 consid. 5.5. C'est le lieu de rappeler que si le médecin refuse de soumettre les pièces nécessaires pour établir les particularités de sa pratique, « il en subira les conséquences puisque ces particularités ne seront pas prises en compte » (cf. V. JUNOD, op. cit. p. 20 n° 2.8.1). Partant, il convient de considérer que les facteurs de morbidité intégrés et fondamentalement standardisés par la procédure de screening en l'occurrence sont effectivement (déjà) entièrement représentés dans les indices de régression retenus par les demanderesses à l'appui de leurs prétentions, indices dont les taux sont respectivement de

189 et 201 points pour les années 2017 et 2018. Dans la mesure où la défenderesse n'est pas parvenue à démontrer – comme il le lui incombait – le caractère inapproprié ou ne correspondant pas aux conditions

A/2603/2019 - 67/74 - réelles de ces facteurs de morbidités, il y a lieu de valider sans autre les indices correspondants. En effet, comme exposé à juste titre par l'ancien conseil de la défenderesse lui-même, ce n'est « que si le praticien mis en cause n'explique rien de sérieux que la méthode de filtrage peut, faute d'autre élément, servir de mesure de l'économicité » (cf. mémoire du 10 septembre 2021, p. 3 consid. 1.1). C'est dans ce sens qu'il faut comprendre la conclusion de l'expert, selon laquelle « il n'y avait pas d'autre alternative que de suivre la demande des assureurs ». De ce point de vue, l'avis de l'expert est motivé à suffisance, contrairement à ce que semble avoir retenu le Dr F_____.

E. 20

Par surabondance, on observera ce qui suit.

E. 20.1

Le tribunal de céans est conscient que, dans le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, un médecin au bénéfice de plusieurs spécialisations et ayant peu de patients les traite de manière plus approfondie et économise ainsi de nombreux coûts indirects, un surcroît de travail de clarification, de conseil et de traitement pouvant en particulier se traduire par une baisse des coûts des médicaments, voire d'hospitalisations (cf. ATF 133 V 37 consid. 5.3.3 et 5.3.5 ; voir aussi « Rapport sur les effets d'un financement uniforme des prestations ambulatoires et stationnaires » du Département fédéral de l'intérieur, du 30 novembre 2020, faisant état d'une baisse des coûts de santé de 10% liés à une maladie chronique ou des patients polymorbides (diabète, maladies cardiovasculaires et maladies respiratoires) grâce à des soins coordonnés dans le système de santé suisse, respectivement d'une plus faible probabilité d'hospitalisation liée à leur maladie pour les patients souffrant en particulier de diabète dans un modèle de soins intégrés par rapport à un modèle classique (rapport (<https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/bericht-09-528-edi-2020-11-30-f.pdf>, p. 78).

E. 20.2

Pareil constat ne dispense pour autant pas la défenderesse de son obligation de collaborer, singulièrement de démontrer, au degré requis de vraisemblance prépondérante, que les traitements prodigués à ses patients pendant la période litigieuse, singulièrement les patients sélectionnés dans la cadre de l'expertise analytique, s'avéraient, comme elle l'allègue, globalement, économiques. Or, s'enferrant dans une attitude contreproductive, cette dernière, contre toute attente et sans motif valable, a renoncé à étayer devant l'expert cette particularité alléguée de sa pratique, – soit le rapport « coût-efficacité » de ses prestations –, au prétexte, si on la comprend bien, que les dés étaient pipés. Le refus (sinon l'incapacité) de la défenderesse à donner les informations nécessaires pour vérifier le caractère économique de sa pratique est d'autant plus étonnant qu'elle a été en mesure de fournir à HELSANA les éléments d'informations ayant permis à cette dernière d'estimer que les interventions concernant la patiente A respectaient le principe d'économicité.

A/2603/2019 - 68/74 - Un tel manque de transparence de sa part ne peut qu'incliner le tribunal de céans à considérer que la défenderesse ne dispose d'aucun élément susceptible

d'étayer sa position.

E. 21

Il sied maintenant de calculer les montants à restituer.

E. 21.1

Lors de l'examen de la question de l'économicité, l'indice de l'ensemble des coûts est en principe déterminant (ATF 133 V 37 consid. 5.3). L'obligation de restituer en application de l'art. 56 al. 2 LAMal n'englobe toutefois que les coûts directement liés à la pratique du médecin ; le calcul du montant à rembourser doit se baser sur l'indice des coûts directs, puisque l'obligation de remboursement ne se rapporte qu'à ces derniers (ATF 133 V 43 consid. 2.5.1-2.5.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_535/2014 du 15 janvier 2015 consid. 5.2 in fine). Ainsi, pour le calcul d'un remboursement, il n'est pas possible de se référer directement à l'indice (global) des coûts déterminés par le screening. Il faut en outre déduire de l'indice des coûts directs déterminant pour le remboursement la marge de tolérance et, en plus, les effets sur les coûts des particularités du cabinet.

E. 21.2

En présence d'une particularité de pratique – à laquelle il convient d'assimiler la prise en charge spécifique d'un assureur (cf. ci-dessus consid. 16.3 in fine) – permettant de justifier des coûts plus élevés que le groupe de contrôle, deux méthodes de calcul ont été admises (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 50/00 du 30 juillet 2001, résumé dans PJA 2005 p. 109). D'une part, une marge supplémentaire peut être ajoutée à la marge de tolérance déterminée au préalable (SVR 2001 KV n° 19 p. 52 [K 144/97] consid. 4b, 1995 KV n° 40 p. 125 consid. 4). 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 (SVR 1995 KV n° 140 p. 125 consid. 4b) (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 148/04 du 2 décembre 2005 consid. 3.3.1).

E. 21.3

En l'occurrence, dans la mesure où l'approbation du traitement de la patiente A par HELSANA constitue une justification indépendante de la pratique de la défenderesse, le tribunal de céans – qui dispose d'une certaine marge d'appréciation et d'évaluation en ce qui concerne la détermination mathématique du montant à récupérer (arrêt du Tribunal fédéral 9C_517/2017 du 8 novembre 2018 consid. 6.3) – adoptera pour le calcul dudit montant, mutatis mutandis, la solution retenue par le Tribunal arbitral neuchâtelois dans son arrêt TARB.2019.1 NE du 23 août 2023 précité, à savoir déduire du montant à rembourser, – calculé sur la base de l'indice des coûts directs et d'une marge de tolérance de 130 (cf. ci-dessous consid. 19.4) –, les coûts de traitement de la patiente A dont cet assureur a spécifiquement admis le caractère économique (cf. aussi dans ce sens la solution retenue par le Tribunal arbitral fribourgeois dans son arrêt ARB 2019 5 du 7 novembre 2022 consid. 9 et 10.3, que le Tribunal fédéral a implicitement confirmée dans son arrêt 9C_588/2022 du 7 novembre 2023 consid. 7.5 in fine).

A/2603/2019 - 69/74 -

E. 21.4

Selon la jurisprudence, un manque d'économicité résulte d'un dépassement de la valeur moyenne statistique (100 points d'indice) au-delà d'un indice de 120 à 130 (cf. ci-dessus consid. 5).

E. 21.4.1

En l'espèce, les demanderesses ont appliqué une marge de tolérance de 120 points, qu'elles justifient par l'amélioration de la méthodologie de l'analyse de régression à deux niveaux par rapport aux anciennes méthodes statistiques.

E. 21.4.2

Dans l'ATF 150 V 129 précité, le Tribunal fédéral a toutefois écarté cette argumentation (consid. 5.4). Selon la Haute Cour, la marge de tolérance fait partie du dépistage des structures de coûts anormales et son but est avant tout de respecter le style de pratique individuel du fournisseur de prestations. Elle respecte le principe de la liberté de traitement du médecin. Autrement dit, la marge de tolérance à estimer dans le cadre du screening tient compte avant tout de la liberté de traitement du médecin ; la nouvelle méthode n'a pas d'effet sur celle-ci. À ce stade de la procédure, il est tenu compte du fait que le succès thérapeutique visé (résultat du traitement) peut être atteint par différentes voies thérapeutiques. Dans la mesure où la tolérance n'est pas destinée à tenir compte d'un écart-type « technique », lié à la méthode, on ne voyait pas en quoi la meilleure prise en compte de la morbidité – c'est-à-dire d'une caractéristique du collectif de patients – liée à la méthode de screening devrait affecter la zone de tolérance. De même, les particularités quantifiables du cabinet ne doivent pas être évaluées par le biais de la marge de tolérance forfaitaire, mais chacune sur la base d'une constatation statistique ou d'une estimation. La marge de tolérance ne devait donc pas être transformée en un supplément immuable de 20% en se référant à la spécification méthodologique améliorée. La marge se situe toujours dans une fourchette de 20 points minimum à 30 points maximum sous la nouvelle convention 2018. La détermination du supplément dans les cas individuels est laissée à l'appréciation des assureurs-maladie ou du Tribunal arbitral. Le fait que le fournisseur de prestations concerné soit spécialisé dans certaines maladies ou formes de thérapies particulières sera par exemple déterminant pour l'exercice de ce pouvoir d'appréciation, dans la mesure où celles-ci ne doivent pas être considérées comme des particularités du cabinet (cf. ATF 150 V 129 consid. 5.4).

E. 21.4.3

Comme exposé ci-avant, 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 (arrêt du Tribunal fédéral 9C_260/2010 du 27 décembre 2011 consid. 4.3). En outre, il ne faut pas étendre à la légère la zone de tolérance au-delà de la valeur de 130, car celle-ci permet déjà d'absorber un certain nombre de particularités du cabinet médical qui ne peuvent pas être chiffrées avec précision (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_732/2010 du 7 avril 2011 consid. 4.2). Le Tribunal cantonal dispose d'une certaine latitude, puisqu'il peut retenir n'importe quel pourcentage entre 20% et 30%. Cette marge usuelle peut en revanche être augmentée s'il est établi que la

A/2603/2019 - 70/74 - pratique du médecin présente des particularités justifiant des coûts plus élevés que ceux de son groupe de comparaison (V. JUNOD, op. cit. p. 48 § 7).

E. 21.5

Aussi, à défaut de particularité reconnue, et contrairement à la thèse défendue par SANTÉSUISSE, le tribunal de céans retiendra une marge de 30%, au lieu de 20%, quand bien même la méthode de régression constitue une amélioration de la méthode ANOVA – et même si la marge de tolérance est précisément également prévue pour neutraliser certaines variations statistiques inhérentes à l'imperfection de la méthode statistique. Cette marge de 30% tient compte par ailleurs du principe de la liberté de traitement de la défenderesse, singulièrement de « son approche peut-être 'non-mainstream' de la médecine clinique », respectivement de « sa conception personnelle de la médecine », pour reprendre la formulation du Dr F_____.

E. 22

Les montants dus par la défenderesse s'établissent comme suit.

E. 22.1

Année 2017 Frais de traitement patiente A : CHF 35'000.- Coûts directs : CHF 356'079.-
Indice de régression des coûts directs : 230 Montant admissible (marge de 30) : CHF 201'262,04 (356'079 x 130 : 230) Dépassement : CHF 154'816,95 (356'079 – 201'262,04)
Total avec correctif : CHF 119'816.95 (154'816,95 - 35'000) Année 2018 Frais de traitement patiente A : CHF 18'409.- (montant plus favorable retenu par l'expert) Coûts directs : CHF 399'690.-
Indice de régression des coûts directs : 248 Montant admissible (marge de 30) : CHF 209'514,91 (399'690 x 130 : 248) Dépassement : CHF 190'175,10 (399'690 - 209'514,91) Total avec correctif : CHF 171'766.10 (190'175,10 - 18'409) Les demanderesses ayant conclu au paiement de CHF 161'069.10 pour l'année 2018, il conviendra de leur allouer ce dernier montant, afin de ne pas statuer ultra petita (ATAS/776/2016 du 16 septembre 2016 consid. 14b).

A/2603/2019 - 71/74 -

E. 23

Enfin, le tribunal de céans ne décèle en l'espèce aucune circonstance particulière permettant, en vertu du principe de proportionnalité, une restitution seulement partielle des honoraires selon l'art. 59 al. 1 let. b LAMal (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_784/2023 du 4 septembre 2024 consid. 7.1 ; voir aussi ATF 141 V 25 consid. 8.4). C'est le lieu d'observer que, conformément au principe de la bonne foi (au sens de la protection de la confiance en droit public en cas de renseignements erronés fournis par les autorités : ATF 127 I 31 consid. 3a), SANTÉSUISSE a dûment rendu la médecin attentive au caractère non économique de son mode de traitement avant de déposer ses demandes de remboursement pour cause de surmédicalisation devant le tribunal de céans (cf. dans ce sens arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 57/95 du 5 juillet 1996 consid. 4c).

E. 24

Par surabondance, on observera ce qui suit. Avec les « indices mixtes RSS », « fabriqués pour la circonstance », – soit 161 points pour 2017 et 162 points pour 2018 (cf. ci-dessus § D.k.), les montants à restituer auraient a priori pu être inférieurs aux montants réclamés. Toutefois, en application de la jurisprudence inaugurée avec l'ATF 150 V 129, cette méthode alternative à la méthode de screening n'aurait, en tout état, pas (plus) été admissible, à peine de porter atteinte aux garanties d'un contrôle uniforme et approprié du caractère économique, auquel le législateur a contraint les acteurs concernés par l'art. 56 al. 6 LAMal (ATF 150 V 129 consid. 5.2).

E. 25

Selon l'art. 88 LPA (applicable par renvoi de l'art. 45 al. 2 LaLAMal), la juridiction administrative peut prononcer une amende à l'égard de celui dont le recours, l'action, la demande en interprétation ou en révision est jugée téméraire ou constitutive d'un emploi abusif des procédures prévues par la loi (al. 1). L'amende n'excède pas CHF 5'000.- (al. 2). En l'occurrence, il ressort du dossier que la défenderesse a largement enfreint les limites de la convenance, en dépit d'un avertissement formel, en formulant (ou laissant formuler par le Dr D _____ ou le Dr F _____) des critiques de mauvaise foi ou purement polémiques, ou dans une forme attentatoire à l'honneur, visant à discréditer sa partie adverse, l'expert et le tribunal de céans. Elle a en outre tenté, à réitérées reprises, de perturber le déroulement de la présente procédure et violé de manière manifeste son devoir de collaboration, ce qui constitue un comportement téméraire (dans ce sens ATF 124 V 285 consid. 4b), alors qu'elle s'était initialement déclarée « prête à fournir toute explication » concernant sa pratique. À partir du moment où elle n'a plus été assistée d'un homme de loi (formellement du moins, cf. la mention laissée par inadvertance dans son écriture du 11 septembre 2024 : « C'est bien sûr à toi de rédiger la seconde partie avec Maria, car vous êtes seuls à disposer des éléments de réponse »), la défenderesse n'a eu de cesse de tenter d'intimider délibérément le juge instructeur, en particulier par l'annonce du dépôt de plaintes tous azimuts, auprès d'un grand nombre de personnes et diverses instances politiques ou judiciaires, – aux fins de

A/2603/2019 - 72/74 - l'inciter à se récuser –, tout en lui reprochant ensuite d'être resté « indifférent aux nombreuses plaintes pénales, administratives, recours et plaintes internationales (...) ». Sans compter la notification abusive d'un commandement de payer à l'expert, qu'elle a accusé de surcroît de tentative d'escroquerie, peu avant que ce dernier ne rende son rapport – manœuvre visant sans doute à provoquer un motif de récusation, respectivement à écarter in fine ledit rapport du dossier. Dans ce contexte, la défenderesse n'a pas hésité à invoquer des faits ou des accusations qu'elle savait infondés ou inexacts. Sous la présidence du juge instructeur, le Dr E _____ n'a été désigné qu'une seule fois par le Tribunal arbitral, et cela dans le cadre de la présente affaire, et non pas « systématiquement » comme elle l'a faussement affirmé. Elle a également faussement accusé l'expert d'être « grassement » rémunéré par SANTÉSUISSE sachant pertinemment que ce dernier avait été nommé par le tribunal. Enfin, la défenderesse a adopté un comportement contradictoire ou contraire à la bonne foi à plusieurs titres. En particulier, nonobstant l'entrée en force de la décision de la Délégation des juges du Tribunal arbitral du 1er décembre 2023 rejetant sa demande de récusation à l'encontre du juge instructeur, la défenderesse, sans (pouvoir) se prévaloir d'aucun élément nouveau, a persisté à considérer ce dernier « toujours et de facto comme récusé », au lieu de recourir au Tribunal fédéral contre le rejet de sa demande de récusation. En outre, alors même qu'elle avait remis gravement en cause l'impartialité de l'expert devant le tribunal de céans, la défenderesse a provoqué l'irrecevabilité de son recours devant le Tribunal fédéral en ne fournissant pas, dans le délai supplémentaire accordé à cet effet, l'ordonnance d'expertise contestée (qu'elle avait pourtant qualifiée de « félonne » dans la cause ATAS/933/2023 précitée). De surcroît, elle a accusé abusivement le juge instructeur de parti pris en faveur de SANTÉSUISSE, feignant d'ignorer que ce dernier, accédant à sa demande initiale, avait ordonné la mise en œuvre d'une expertise analytique, et cela malgré l'opposition de SANTÉSUISSE, qui s'est déclarée « très fortement surprise » par cette mesure d'instruction (cf. courrier de Me BURNET du 26 mai 2023). De même, la défenderesse a refusé, sans motif digne de

considération, de collaborer à ladite expertise, alors que son propre conseil avait requis cette mesure d'instruction, qu'il estimait même « intournable », afin de permettre à sa cliente de démontrer, « de façon implacable », l'absence de toute violation du principe d'économicité. En outre, malgré l'admission par son ancien conseil qu'une expertise analytique l'autoriserait à « dévoiler les diagnostics » des patients retenus, la médecin a, contre toute attente, exigé le respect de leur anonymat sous couvert du secret médical. Enfin, elle a aussi fait preuve de témérité en reprochant à l'expert d'avoir rendu son expertise sans avoir eu un « accès direct » aux données médicales de ses patients, alors qu'elle a expressément refusé de lui fournir lesdites données. D'un autre côté, il ne ressort pas du dossier que les actes de la défenderesse en lien avec la polypragmasie constatée ci-dessus relèvent d'une infraction pénale.

A/2603/2019 - 73/74 - Dans ces circonstances, eu égard au maximum de CHF 5'000.-, le tribunal de céans lui infligera une amende de CHF 2'500.-.

E. 26

La procédure devant le Tribunal arbitral n'est pas gratuite. Conformément à l'art. 46 al. 1 LaLAMal, les frais du tribunal et de son greffe sont à la charge des parties. Ils comprennent les débours divers (notamment indemnités de témoins, port, émoluments d'écriture), ainsi qu'un émoulement global n'excédant pas CHF 50'000.-. Le tribunal fixe le montant des frais et décide quelle partie doit les supporter (art. 46 al. 2 LaLAMal). En l'occurrence, le montant total des conclusions initiales des demanderesses pour 2017 et 2018 s'élève à CHF 291'066.10 (129'997 + 161'069.10) contre un montant global admis de CHF 280'886.05 (119'816.95 + 161'069.10). Les demanderesses obtiennent ainsi gain de cause sur 96,5 % ($280'886.05 : 291'066.10 \times 100$) de leurs conclusions. Cette proportion est appliquée à la répartition des frais entre les parties. Eu égard au sort du litige, les frais du tribunal, arrêtés à CHF 39'954,85 (dont CHF 9'954,85 à titre de frais d'expertise), et un émoulement de justice, fixé à CHF 5'000.-, seront mis à raison de CHF 1'573.40, à la charge des demanderesses, prises conjointement et solidairement, et à raison de CHF 43'381.40 à la charge de la défenderesse.

E. 27

SANTÉSUISSE a réclamé des dépens. Selon un récent ATF 149 II 381 du 18 septembre 2023 (consid.7.3), les assurances-maladies qui obtiennent gain de cause avec l'assistance d'un avocat n'ont plus droit à des dépens. Sa demande sera dès lors écartée.

A/2603/2019 - 74/74 -

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