

## **GE\_GERICHTE A/2449/2018 vom 18. Januar 2021**

GE Cour de justice, 2021-01-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_2449\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2449_2018)

FR: GE\_GERICHTE A/2449/2018 du 18 janvier 2021

IT: GE\_GERICHTE A/2449/2018 del 18 gennaio 2021

### **Erwägungen**

#### **E. 19**

V 454 , alinéa 4c). Elle sert à récompenser les augmentations du coût des traitements qui sont basées sur le comportement médical individuel (ATF 103 V 155 , alinéa 6) et à compenser les inexactitudes statistiques. Jusqu'à présent, la jurisprudence n'a pas établi de critères uniformes, ni pour les différents cantons, ni pour les différentes spécialités (cf. l'aperçu dans Gebhard Eugster, loc. cit., n o 823 ss. p. 278 ss.). Dans l'arrêt M. du 29 juin 2001 (K 9/99), le Tribunal fédéral des assurances a estimé que la marge de tolérance se situait entre 120 et 130 points d'indice. Ces critères de référence ont été adoptés dans des arrêts plus récents (arrêts W. du 13 mai 2003 [K 1 07/01 + K 1 16/011, F. du 15 juillet 2003 [K 108/01 + K 1 1 8/01], S. du 18 mai 2004 [K 150/03]). Dans un arrêt publié aux ATF 130 V 377 , le Tribunal fédéral des assurances a rejeté, pour défaut de fondement, l'objection selon laquelle une valeur de tolérance sensiblement plus élevée d'au moins 140 points d'indice devrait être choisie pour les médecins généralistes. Les valeurs d'indice de 120 à 130 points citées ne doivent pas être considérées comme des valeurs inviolables, mais plutôt comme des valeurs indicatives qui permettent des écarts dans des cas individuels, à condition qu'ils soient objectivement suffisamment justifiés (K 113/03 consid. 6.2). 16. a. En l'occurrence, la défenderesse allègue prescrire environ moitié moins de médicaments que ses confrères. SANTESUISSE ne conteste pas que la prescription de médicaments par la défenderesse soit plutôt faible et a calculé que si l'on tenait compte de cette particularité, l'indice RSS pourrait être diminué à 234 et l'indice ANOVA à 233. Le Tribunal de céans est d'avis qu'il se justifie de retenir cette particularité et, partant, prend acte de ces nouveaux indices. b. Il apparaît par ailleurs que les particularités mises en évidence par la défenderesse, à savoir le nombre important de patients étrangers auxquels elle applique les méthodes EMDR et ICV, et de réfugiés ayant subi des traumatismes, ainsi que peu d'hospitalisations, seraient de nature à impliquer davantage de consultations par patient, ce qui permettrait d'admettre une augmentation de l'indice de tolérance. Le thérapeute pratiquant l'EMDR plus particulièrement invite en effet son patient à raconter mentalement l'événement traumatique et à évaluer son niveau de stress sur une échelle de 1 à 10. Le patient continue à penser à l'événement douloureux tout en bougeant rapidement ses yeux de gauche à droite et de droite à gauche. Il exprime ce qu'il ressent et évalue à nouveau son niveau de stress. L'exercice est répété jusqu'à ce que l'angoisse diminue, ce qui peut expliquer plus de séances ([www.formation-therapeute.com](http://www.formation-therapeute.com)). La défenderesse présente toutefois un indice de prestations de base par malade (nombre de consultations par malade) de 250. Cet indice, qui revient à être de 2,5 fois plus élevé que la moyenne des médecins du groupe de comparaison, ne saurait ainsi être complètement justifié par le nombre plus important de séances nécessité par l'application des méthodes EMDR et ICV. On ignore à cet égard, par exemple, la proportion des patients bénéficiant de ces méthodes. Il appartenait à la défenderesse de le préciser, étant rappelé à cet égard que la partie, qui veut

déduire des droits de faits qui n'ont pas pu être prouvés, en supporte l'échec. On ne peut dans ces conditions établir un calcul précis pour déterminer les effets de cette particularité. Le Tribunal fédéral admet dans ce cas la fixation par le tribunal cantonal d'un indice supplémentaire au moyen d'une évaluation générale (sans quantification des particularités du cabinet médical en cause). Celui-ci doit cependant expliquer comment il est arrivé à ce résultat (K 148/04). Le Tribunal de céans considère ainsi, qu'au vu de ce qui précède, un supplément de 10 points au maximum peut être retenu, de sorte que la marge de tolérance est augmentée à 40%. c. Reste à préciser que les autres particularités dont a fait état la défenderesse sont déjà comprises dans la marge de tolérance de 30% prise en considération par SANTESUISSE. 17. a. Enfin, la défenderesse invoque le fait que les assureurs ont donné leur accord pour certains traitements en particulier et que cela implique qu'ils sont conformes aux critères d'adéquation et d'économicité. Une autre justification possible - indépendante des particularités de la pratique médicale du médecin - réside en effet dans l'accord spécifique donné par la caisse-maladie. Si un traitement a été spécifiquement agréé par la caisse-maladie, généralement par l'intermédiaire de son médecin-conseil, la caisse ne peut plus qualifier d'excédent la mesure dictée « par l'intérêt de l'assuré et par le but du traitement ». Dans un arrêt du 23 avril 1999, le TFA avait relevé que la grande majorité des traitements menés par un psychiatre avait été approuvée par avance par les médecins-conseils des caisses; dans ces circonstances, il a exclu que les caisses s'en plaignent à titre de polypragmasie. Dans un autre arrêt, de 2004, le TFA a cependant exigé que le médecin fournisse des éléments chiffrés établissant la part des mesures spécifiquement approuvées par les médecins-conseils et son surcoût par rapport aux autres prestations. Bien entendu, les situations où les médecins peuvent faire approuver par avance le traitement par les caisses sont rares. Il peut s'agir en réalité d'une voie utile à certains spécialistes qui savent que leurs coûts moyens s'approchent dangereusement d'un indice de 120 ou 130. La défenderesse fait valoir que l'arrêt du Tribunal de céans sur lequel se fonde SANTESUISSE ( ATAS/209/2018 ) est contredit par un arrêt du Tribunal fédéral ( 9C\_570/2015 ), selon lequel les coûts liés aux traitements approuvés doivent être soustraits du contrôle d'économicité. b. Dans l'arrêt fédéral cité en effet ( 9C\_570/2015 ), « 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 par les médecins-conseil de ceux-ci). Les approbations ne représentent pas seulement des garanties de remboursement des coûts, mais comprennent également la confirmation du caractère économique du traitement correspondant (arrêt K 172/97 du 23 avril 1999 consid. 5e, in RAMA 1999 n° K 994 p. 320) ». Le Tribunal de céans considère toutefois que son arrêt du 9 mars 2018 ( ATAS/209/2018 ) n'est pas contraire à la jurisprudence fédérale, ainsi que l'allègue la défenderesse, dès lors qu'il s'est borné à préciser dans cet arrêt que « même si les assureurs-maladie ont donné leur approbation expresse pour certains traitements, cela ne signifie pas qu'ils ont donné à la défenderesse un blanc-seing pour la facturation de prestations non conforme au Tarmed et au temps réellement consacré au traitement. Or, en l'occurrence, seules la facturation et la réalité de certains traitements sont en cause, mais non pas leurs adéquation et efficacité ». Ainsi, même si un certain nombre de traitements ont été approuvés par l'un ou l'autre assureur-maladie, cela ne doit pas empêcher de procéder à une analyse globale de la pratique de la défenderesse. Il résulte de ce qui précède que les coûts directs des prestations dont le traitement a été expressément approuvé par les assurances-maladie n'ont pas à être exclus dans tous les cas de la demande en paiement des assureurs-maladie. Lorsqu'un

assureur donne son approbation pour un traitement, cela signifie qu'il considère que ce traitement est adéquat et efficace, mais pas nécessairement que la facturation de ce traitement sera conforme au Tarmed et que le temps qui y sera consacré sera réel. Rien n'empêche dès lors SANTESUISSE de procéder à une analyse globale de la pratique du médecin. c. La défenderesse a sollicité du Tribunal de céans le 30 septembre 2019 qu'il ordonne aux demanderesse la production de l'ensemble des autorisations émises pour les traitements dispensés durant l'année statistique 2016. SANTESUISSE s'y est opposé, au motif qu'elle ne dispose pas de ces documents, puisque c'est la SASIS AG qui traite des données agrégées et anonymisées permettant d'établir les statistiques. Le principe inquisitoire, qui régit la procédure dans le domaine de l'assurance sociale (cf. art. 43 al. 1 et 61 let. c LPG), 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. Dans le procès en matière d'assurances sociales, 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 ; ATF 117 V 261 consid. 3b ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_632/2012 du 10 janvier 2013 consid. 6.2.1). Force est de constater que la défenderesse qui entendait se prévaloir de faits sur la base des autorisations données par les assureurs concernant les traitements qu'elle avait dispensés, ne les a pas elle-même versées au dossier, sans motif valable, et malgré les conclusions formulées dans ce sens par SANTESUISSE dans ses écritures du 24 octobre 2019. SantéSUISSE rappelle à cet égard, à juste titre, que les assureurs-maladie ne disposent pas d'une vision globale de la pratique de tel ou tel médecin. Ils ne peuvent que se prononcer de cas en cas, sur les informations que chaque praticien aura données (art. 3b al. 1 OPAS). 18. Tous les coûts élevés par patient de la défenderesse ne pouvant être justifiés par les particularités de sa pratique médicale, reste à déterminer quelle méthode statistique doit être utilisée pour calculer le montant de la somme à restituer. Selon l'art. 56 al. 6 LAMal, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013, les fournisseurs de prestations et les assureurs conviennent d'une méthode visant à contrôler le caractère économique des prestations. La disposition transitoire relative à cette modification prescrit que le Conseil fédéral fixe pour les fournisseurs de prestations visés à l'art. 35 al. 2 let. a LAMal la méthode visant à contrôler le caractère économique des prestations, si les assureurs et les fournisseurs de prestations ne sont pas convenus d'une méthode dans un délai de 12 mois suivant l'entrée en vigueur de la présente modification. Les 27 décembre 2013 / 16 janvier 2014, les fournisseurs de prestations, par l'intermédiaire de la Fédération des médecins suisses (FMH), et les assureurs-maladie, représentés par SANTÉSUISSE et CURAFUTURA, ont conclu un accord, aux termes duquel le contrôle de l'économicité de la pratique médicale est effectué sur la base de la méthode ANOVA. Le Tribunal fédéral a jugé que cet accord n'était pas contraire à la loi. Le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé sur l'application du modèle d'analyse de variance (méthode ANOVA) pour le contrôle du caractère économique des prestations en relation avec la restitution des honoraires en raison d'une pratique non économique. Il a admis que l'accord des fournisseurs de prestations et des assureurs (FMH ainsi que SANTÉSUISSE et CURAFUTURA) sur la méthode ANOVA pour ledit contrôle ne pouvait pas être qualifié d'illégal (ATF 144 V 79), malgré la critique exprimée par une partie de la doctrine à ce sujet (cf. les références dans l'arrêt

9C\_267/2017 du 1er mars 2018 consid. 6.2 in fine; cf. aussi Gebhard Eugster, KVG: Baustelle statistische Wirtschaftlichkeitsprüfung, Jusletter du 27août 2012 n° 13 s., 61 et 80 s.) et les possibilités d'améliorer le système prévu (arrêt 9C\_517/2017 du 8 novembre 2018 consid. 5.2 et les références). La méthode ANOVA n'a ainsi pas à être remise en cause, ni en relation avec la base de données statistiques RSS (Rechnungssteller-Statistik), ni en tant que modèle mathématique (arrêt 9C\_150/2020 ; ATF 144 V 79 consid. 5 ; ATAS/27/2020 ). Le trop-perçu des prestations doit en conséquence être établi sur la base de la méthode ANOVA, étant rappelé, d'une part, que SANTESUISSE a admis de tenir compte de la faible prescription de médicaments - ce dont le Tribunal de céans a pris acte -, ce qui ramène l'indice ANOVA de 276 à 233, et, d'autre part, que le Tribunal de céans a considéré qu'il se justifiait d'augmenter la marge de tolérance à 140%. 19. Sur la base de cette méthode statistique, il appert ainsi que l'indice des coûts directs de la défenderesse en 2016 est en l'état de 233 points - et non pas de 276, afin de tenir compte de la faible prescription de médicaments - et dépasse de 93 points le seuil de l'indice de tolérance de 140 retenu ci-dessus. Compte tenu d'un chiffre d'affaires de CHF 435'832.- en 2016, les prestations dépassant cette marge s'élèvent à CHF 173'959.- ( $93 : 233 = 0,3991 \times 435'832 = 173'959$ ), en lieu et place de CHF 230'549.-. Au vu de ce qui précède, la demande sera partiellement admise et la défenderesse condamnée au paiement aux demanderesses, prises conjointement et solidairement, de la somme de CHF 173'959.-. 20. 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 15'000.-. Le tribunal fixe le montant des frais et décide quelle partie doit les supporter (art. 46 al. 2 LaLAMAL). Les demanderesses, représentées par SANTESUISSE, obtiennent 75% de leurs conclusions principales. Eu égard au sort du litige, les frais du Tribunal, par CHF 5'177.50 sont mis à la charge des parties, à raison de 25% (CHF 1'294.40) à la charge des demanderesses, prises conjointement et solidairement, et de 75% (CHF 3'883.10) à la charge de la défenderesse. L'émoulement, fixé à CHF 3'000.- est mis à charge des parties, à raison de 25% (CHF 750.-) à la charge des demanderesses, prises conjointement et solidairement, et de 75% (CHF 2'250.-) à la charge de la défenderesse. La défenderesse qui succombe sera en outre condamnée à verser aux demanderesses, prises conjointement et solidairement, la somme de CHF 3'000.- à titre de dépens.

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