

## **GE\_GERICHTE A/5111/2007 vom 20. März 2009**

GE Cour de justice, 2009-03-20, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_5111\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_5111_2007)

FR: GE\_GERICHTE A/5111/2007 du 20 mars 2009

IT: GE\_GERICHTE A/5111/2007 del 20 marzo 2009

### **Volltext**

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre des assurances sociales 20.03.2009  
A/5111/2007

A/5111/2007 ATAS/344/2009 du 20.03.2009 ( ARBIT ) , REJETE Recours TF déposé le 11.05.2009, rendu le 27.01.2010, ADMIS, 9C\_413/2009 En fait En droit RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/5111/2007 ATAS/344/2009 ARRET DU TRIBUNAL ARBITRAL DES ASSURANCES Chambre 7 du 20 mars 2009 En la cause HELSANA ASSURANCES SA, Droit des assurances, case postale, 8081 ZURICH, CH demandeur contre Docteur F. C \_\_\_\_\_, domicilié rue de Rive 1, 1204 Genève, CH, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître WISARD Nicolas défendeur EN FAIT Le 1 er janvier 2004 entre en vigueur la convention-cadre TARMED du 5 juin 2002, conclue entre Santésuisse et la Fédération des médecins suisses (FMH), après avoir été approuvée par le Conseil fédéral. Il s'agit d'une structure tarifaire unifiée pour l'ensemble de la Suisse. Le 1er février 2004 entre en vigueur la convention du 22 janvier 2004 relative aux mesures d'urgence pour radiologues/cabinets de radiologie indépendants, exerçants en libre pratique (ci-après: 1 ère convention). La convention prévoit le réajustement du tarif TARMED à la hausse ou à la baisse pour certains examens d'imagerie. Elle s'applique à tous les radiologues/cabinets de radiologies indépendants, exerçant en libre pratique, qui ont souscrit à la convention collective TARMED (art. 2). Sa durée de validité et sa résiliation sont soumises aux mêmes conditions que la convention-cadre TARMED et ses annexes (art. 4). L'évolution des coûts est contrôlée mensuellement par le l'Office paritaire d'examens préalables (PVB, soit en allemand "paritätisches Vorprüfungsbüro). Sur cette base, une demande de mesures de rectification peut être formée (art. 3.2). Par courrier du 27 mai 2004, Santésuisse communique à l'Office fédéral pour la santé publique (OFSP), au sujet des mesures d'urgence pour des radiologues/cabinets de radiologie indépendants, qu'une procédure de réajustement du TARMED n'est pas concevable, en raison de l'urgence des mesures. Toutefois, les mêmes bases de calcul étaient utilisées, lesquelles pourraient servir lors de l'adaptation du tarif TARMED. Santésuisse relève en outre qu'une suppression des mesures d'urgence sans remplacement n'aurait pas de sens. Celles-ci pourraient cependant être remplacées par une adaptation tarifaire définitive. Santésuisse informe l'OFSP en outre que ses membres ont été informés de cette convention, que déjà 44 membres y ont adhéré et qu'aucun membre n'a manifesté son opposition. Le 1 er juillet 2005 entre en vigueur la convention du 29 juin 2005, conclue entre Santésuisse et la FMH, relative à la reconduite des mesures d'urgence pour radiologues en pratique privée/cabinets de radiologie indépendants (ci-après : 2 ème convention). Dans le préambule de la 2 ème convention, il est mentionné qu'elle est fondée sur la 1 ère convention, ainsi que les décisions du bureau de la neutralité des coûts du 16 décembre 2004 et du 19 mai 2005. Le préambule fait également référence aux décisions du comité de direction TARMED du 16 mars 2005 et du 26 avril 2005 et aux

discussions menées avec l'OFSP, dont il ressort qu'il n'est pas possible d'intégrer les mesures d'urgence pour radiologues dans le TARMED, raison pour laquelle les parties à la convention prévoient leur reconduite. Cette 2<sup>ème</sup> convention permet aux radiologues indépendants de facturer des honoraires supplémentaires, mais dégressives et inférieures à ceux accordés par la 1<sup>ère</sup> convention. Il est aussi prévu de contrôler l'évolution des coûts tous les trois mois par une commission paritaire SantéSuisse-FMH, et d'adapter les mesures d'urgence à compter du 1<sup>er</sup> janvier et du 1<sup>er</sup> juillet 2006. La validité de la 2<sup>ème</sup> convention est limitée au 31 décembre 2006, dès lors qu'une version totalement révisée du chapitre 30 « imagerie médicale » du TARMED doit entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007 (art. 4). Par courrier du 3 février 2006, Monsieur Pascal COUCHEPIN, conseiller fédéral, informe Me M\_\_\_\_\_, au sujet de la 1<sup>ère</sup> convention, qu'il a pris note qu'elle considère que l'application des mesures d'urgence dans le domaine de la radiologie est illégale, puisqu'elle impliquerait une discrimination des cliniques privées au nom desquelles elle intervient. Il l'informe que le dossier est en cours d'évaluation et qu'une décision au sujet de l'approbation de cette convention, ainsi que de la seconde sera prise sous peu. Il ajoute que « Dans l'intervalle, et afin d'éviter tout préjudice irréparable, l'application des mesures telles que prévues par ces conventions est tolérée ». Par décision du 21 décembre 2006, le Conseil fédéral refuse l'approbation de la 2<sup>ème</sup> convention, au motif qu'il existe déjà une structure tarifaire pour les prestations de radiologie, à savoir TARMED, et que la convention est dès lors contraire à la loi, ainsi qu'au principe de l'économicité et de l'équité. Par courrier du même jour, l'OFSP informe SantéSuisse de cette décision, tout en indiquant qu'il existe en principe une prétention en restitution des honoraires déjà remboursés sur la base de la 2<sup>ème</sup> convention. En ce qui concerne la 1<sup>ère</sup> convention, l'OFSP indique qu'elle est considérée comme un élément de la mise en œuvre du concept de neutralité des coûts du TARMED, de sorte qu'elle ne doit pas être approuvée par le Conseil fédéral. L'OFSP se dit par ailleurs conscient que le refus de l'approbation par le Conseil fédéral ne résout en rien le problème de la révision du chapitre de radiologie TARMED et annonce d'ores et déjà que les partenaires tarifaires de TARMED seront invités à une discussion à ce sujet à l'OFSP. Dans le Bulletin annuel 2006 de TARMED Suisse est annoncé sous « autres affaires traitées » (p. 3) notamment ce qui suit : « Projet Radiologie RE III : Le but visé est d'adapter la structure tarifaire TARMED pour les prestations en radiologie aux exigences actuelles et futures, ainsi que l'intégration des mesures d'urgence en radiologie dans le tarifaire, selon la mission du conseil fédéral. Un groupe de projet a élaboré une proposition sur la base des données du comité de direction. Le rapport final a été retourné afin d'améliorer les détails. Aucun consensus n'a pu être trouvé en ce qui concerne la question des modèles, ainsi que la nomenclature. On décidera en 2007 comment procéder. » A la p. 6 de ce bulletin, il est en outre mentionné que divers membres de la CPT (commission paritaire des tarifs) ont participé activement au projet Radiologie RE III . Par circulaire n° 16/2007 du 27 avril 2007, SantéSuisse informe ses membres que l'organe directeur de TARMED Suisse a approuvé le projet « radiologie - reengineering III » dont les buts ont tous été atteints. Il s'agissait notamment des buts suivants : simplification de la nomenclature du chapitre « Imagerie médicale » (nombre de positions réduit de moitié) ; tarification correcte pour l'ajustement des salaires et des prix pour chaque position et dans les trois domaines (unités fonctionnelles), à savoir radiologie à l'hôpital, radiologues et non-radiologues ; introduction sans incidence sur les coûts. SantéSuisse précise en outre ce qui suit : « Afin de garantir une introduction sans incident sur les coûts, toute la radiologie a été subdivisée en trois secteurs (hôpital,

radiologues, non-radiologues) qui feront chacun l'objet d'un monitoring séparé et, en cas de nécessité, une correction peut être effectuée par l'intermédiaire du minutage des positions d'administration et d'infrastructure (= modification du nombre de points tarifaires des positions). Par ailleurs, nous avons obtenu que le CPP s'applique à la neutralité des coûts de la radiologie pratiquée par les médecins libres praticiens. Le numéro 39 sera désormais attribué au nouveau chapitre « Imagerie médicale » (radiologie) (anciennement numéro 30) qui entrera en vigueur le 1er janvier 2008. Dans l'intervalle s'appliquera une réglementation transitoire passée avec la FMH. Par rapport aux anciennes mesures d'urgence, les radiologues en pratique privée/cabinets de radiologie indépendants bénéficient d'un dédommagement supplémentaire réduit (une déduction pour l'angiologie). Ces dédommagements supplémentaires sont calculés sur toute l'année, mais ne seront versés que pour les prestations fournies entre le 1er mai et le 31 décembre 2007. ». Le 1er mai 2007 entre en vigueur la convention conclue entre Santésuisse et la FMH, relative à la réglementation transitoire pour radiologues en pratique privée/cabinets de radiologie indépendants (ci-après : 3ème convention). Cette convention prévoit des dédommagements supplémentaires, en sus des prestations techniques de base correspondantes des rubriques du chapitre 30 du TARMED « Imagerie médicale », ainsi qu'une déduction pour la prestation angiographie. Ces dédommagements ne font pas partie intégrante de la structure tarifaire TARMED, comme cela est expressément stipulé à l'art. 3.1. de cette convention. Par ailleurs, aucun supplément et aucune déduction ne peuvent être facturés pour les traitements effectués entre le 1er janvier et le 30 avril 2007. Aux termes de cette convention, l'évolution des coûts est également examinée tous les trois mois par une commission paritaire Santésuisse-FMH, selon une ventilation par unités fonctionnelles et éventuellement par régions, sur la base des données de tous les radiologues et cabinets de radiologie soumis à la convention et du pool de données de Santésuisse. La convention est valable jusqu'au 31 décembre 2007. Par décision du 21 novembre 2007, le Conseil fédéral approuve la version 1.05 du TARMED, soit la révision de la version 1.04, tout en précisant que les mesures transitoires et d'accompagnement convenues par les partenaires tarifaires constituent partie intégrante de la révision du TARMED. Il s'agit des mesures faisant l'objet de la 3ème convention et du concept de monitoring pour la reprise, neutre en coût, du chapitre révisé « Imagerie médicale » (annexe 1 et 2 du rapport final au sujet du RE III du 18 avril 2007). Le 20 décembre 2007, HELSANA Assurance SA (ci-après HELSANA) dépose, à l'encontre des radiologues indépendants de Genève, dont le Dr F. C\_\_\_\_\_ (ci-après le défendeur), des demandes de restitution des forfaits de neutralité facturés par ces médecins entre la période du 1er juillet 2005 et le 31 décembre 2006, période pendant laquelle la 2ème convention a été appliquée. La demanderesse réclame au défendeur la somme de 37'332 fr. 30. Cette prétention est fondée sur le fait que seul le TARMED régissait la tarification des prestations des radiologues pendant la période litigieuse, dès lors que la 2ème convention n'a pas été approuvée par le Conseil fédéral. Par ailleurs, la demanderesse fait valoir que l'OFSP a expressément indiqué, dans son courrier du 21 décembre 2006, que la décision de non-approbation du Conseil fédéral fondait un droit à la restitution de prestations d'ores et déjà remboursées. A l'audience du 29 février 2008, le Tribunal de céans constate l'échec de la tentative de conciliation des parties. Par courrier du 13 mars 2008, les radiologues impliqués par HELSANA choisissent le Dr Jacques-Alain WITZIG comme arbitre. Ils désignent par ailleurs, d'accord avec la demanderesse, la demande dirigée à l'encontre du défendeur comme cause pilote. Par courrier du 14 mars 2008, la demanderesse choisit Monsieur Jean-Marc LEBET comme arbitre et désigne

également la demande dirigée contre le défendeur comme cause pilote. Dans sa réponse du 28 mai 2008, le défendeur conclut au rejet de la demande, sous suite de dépens. Il rappelle qu'il était convenu entre les partenaires TARMED que la mise en place de la nouvelle structure tarifaire uniforme ne devait pas influencer les coûts de la santé, que ce soit à la hausse ou à la baisse, concept qui est connu sous l'appellation « principe de la neutralité des coûts ». Quant à la radiologie, elle engendre des frais fixes très importants, lesquels ne sont que partiellement pris en compte dans TARMED. L'ensemble des prestations était débattu dans des discussions parallèles sous le nom de « reengineering ». Dans les discussions préalables au TARMED, il a été dès lors convenu d'adopter des mesures d'urgence pour les radiologues indépendants ayant adhéré au TARMED, dans l'attente de l'accord sur le reengineering et de l'intégration de celui-ci dans la nouvelle version du TARMED. Cela a abouti à la conclusion de 1<sup>ère</sup> convention. Forts de promesses de compensation, les radiologues suisses, dont le défendeur, ont adhéré à TARMED. A l'issue de la phase-test de neutralité des coûts, à savoir le 1<sup>er</sup> juillet 2005, les partenaires TARMED ont convenu de remplacer la 1<sup>ère</sup> convention par la 2<sup>ème</sup>, laquelle était adaptée aux données relatives à la neutralité des coûts recueillies pendant la phase-test. Les indemnités supplémentaires prévues dans la 2<sup>ème</sup> convention sont dégressives et inférieures à celles accordées dans la 1<sup>ère</sup>. Dans l'esprit des partenaires TARMED, le reengineering devait être intégré dans cette structure tarifaire et entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007. C'est la raison pour laquelle la durée de validité de la 2<sup>ème</sup> convention a été limitée au 31 décembre 2006. Par ailleurs le défendeur souligne que la demanderesse a participé, par son représentant au conseil d'administration de Santésuisse en qualité de vice-président, aux discussions avec les autres partenaires TARMED et pris part au processus décisionnel. Le défendeur relève également que la 2<sup>ème</sup> convention imposait aux radiologues, comme condition sine qua non au droit de bénéficier des mesures d'urgence, la livraison des données nécessaires à la réévaluation des coûts. Le défendeur a fourni les données de facturation nécessaires, conformément à cette convention. Fin 2005, le comité directeur TARMED indique dans son bulletin annuel que les mesures d'urgence en radiologie ont été poursuivies au niveau bilatéral. Il ne mentionne nulle part que l'accord du Conseil fédéral est réservé. Le défendeur, ainsi que l'ensemble des radiologues et cabinets de radiologie indépendants en Suisse, ont dès lors facturé leurs prestations conformément aux mesures d'urgence, durant la période du 1<sup>er</sup> juillet 2005 au 31 décembre 2006, et les assureurs-maladie ont remboursé ces prestations, sans aucune réserve. Les radiologues n'avaient aucune raison de penser que le remboursement de ces prestations pourrait éventuellement être demandé. Ainsi, le défendeur n'a réalisé aucune provision dans les comptes d'I\_\_\_\_\_ SA dont il est administrateur. De surcroît, le montant des primes d'assurance-maladie facturé par la demanderesse à ses assurés tient compte des prestations prévues par la 2<sup>ème</sup> convention. Après le refus de l'approbation de celle-ci, l'OFSP a reconnu que le refus d'approbation ne résolvait en rien le problème de la révision du chapitre de radiologie TARMED et a invité les partenaires TARMED à reprendre les discussions. En contradiction avec cette attitude, il a indiqué que la décision du Conseil fédéral donnait droit au remboursement des prestations déjà versées. Cependant, aux dires du défendeur, Santésuisse a donné instruction à ses membres de renoncer aux demandes de remboursement. Il en veut pour preuve que seule HELSANA, parmi les 61 caisses-maladie en Suisse, a formulé une telle demande. Fin 2006, le comité directeur TARMED a encore indiqué dans son bulletin que le RE III visait à adapter les prestations de radiologie aux exigences actuelles et futures, ainsi qu'à intégrer les mesures d'urgence en radiologie dans le système tarifaire. Le 4 avril 2007, Santésuisse

et la FMH se sont réunis avec l'OFSP, afin de conclure à un accord global, qui impliquait de ne pas revenir sur les prestations déjà remboursées. Elles ont alors conclu la 3<sup>ème</sup> convention, qui précise notamment qu'une version totalement révisée du chapitre TARMED « Imagerie médicale », devait être disponible le 31 décembre 2007, objectif qui n'a cependant pas pu être atteint dans ce délai. La 3<sup>ème</sup> convention est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2007, de sorte qu'aucun accord ne couvre les prestations fournies pendant la période du 1<sup>er</sup> janvier au 30 avril 2007. De ce fait, les partenaires TARMED ont tenu compte de cette période de « vide » lors du calcul du dédommagement supplémentaire attribué aux prestations visées par cette convention, lesquelles étaient ainsi calculées sur toute l'année, mais versées uniquement pour les prestations fournies entre le 1<sup>er</sup> mai et le 31 décembre 2007. Sur la base d'un avis de droit de la Professeure K\_\_\_\_\_, le défendeur fait en outre valoir que les conventions tarifaires dans le cadre de la LAMal ont un caractère législatif et que la détermination des effets des règles tarifaires dans le temps est ainsi régie par les principes constitutionnels applicables dans le cadre de la mise en œuvre des lois. Les partenaires à l'élaboration des conventions tarifaires sont par conséquent astreints au respect des principes constitutionnels. Or, la demanderesse a violé le principe de la bonne foi, de l'avis du défendeur. Enfin, il conteste les montants réclamés et invite le Tribunal de céans à demander à la demanderesse de les circonscire et de les prouver par toute pièce utile. Par réplique du 8 septembre 2008, la demanderesse persiste dans ses conclusions. Elle produit sur support électronique l'ensemble des factures scannées établies par le défendeur, afin de démontrer que le listing joint au recours est conforme aux prestations qu'il a effectivement facturées. Elle fait valoir que l'approbation des conventions par le gouvernement cantonal ou le Conseil fédéral a un effet constitutif, ce qui est admis en doctrine. La référence au principe constitutionnel de la bonne foi n'est à cet égard pas de nature à modifier la portée de l'approbation des conventions tarifaires. Elle conteste l'avis de droit produit par le défendeur, selon lequel le processus conventionnel constitue un quasi-processus législatif, et relève que, selon le Tribunal fédéral des assurances, les conventions sont plutôt des déclarations de volonté concordantes, formulées sous réserve d'approbation par l'autorité. L'analogie avec l'invalidation des lois est en outre boiteuse, la loi ayant été validée en bonne et due forme par une instance pleinement compétente. La demanderesse ne voit pas non plus en quoi elle aurait violé le principe de la bonne foi, en se pliant aux décisions de l'instance compétente, et en refusant de donner son aval au texte proposé. Par ailleurs, la 1<sup>ère</sup> convention déployait ses effets durant la période dite de neutralité et une rétribution n'avait ainsi aucune influence sur le volume général des honoraires médicaux. Cela n'était pas le cas des suppléments tarifaires en cause, lesquels ont généré un volume de prestations supplémentaire qui ne pouvait plus être compensé par une diminution correspondante à la valeur du point tarifaire médical, dans le cadre du concept de neutralité des coûts. En ce qui concerne la 3<sup>ème</sup> convention, la demanderesse constate que les parties ont reconnu une interruption du système de compensation, d'une part en affirmant que les premiers mois ne faisaient pas l'objet de paiements complémentaires et, d'autre part, en ne prévoyant pas la compensation des pertes liées à la non-approbation de la deuxième convention. Le remboursement des montants additionnels ne fausse pas non plus le processus de fixation des primes, dès lors que la correction n'a qu'un effet marginal, compte tenu d'un volume de primes national dépassant largement les trois milliards. Par ailleurs, les provisions pour sinistres impliquent plusieurs exercices. La demanderesse conteste également que sa représentation dans les instances dirigeantes de Santésuisse soit déterminante. Des négociateurs tarifaires savaient que l'acte soumis était

imparfait, jusqu'à l'approbation du Conseil fédéral. Il n'est pas non plus déterminant que le défendeur n'ait pas effectué des provisions pour les montants additionnels faisant l'objet de l'approbation. Les honoraires acquis sont entrés dans la comptabilité de l'institut de radiologie et ont contribué au chiffre d'affaires, qui a été finalement redistribué sous forme de revenus, de dividendes ou ont été investis ailleurs. Par duplique du 31 octobre 2008, le défendeur persiste dans ses conclusions. Il insiste sur l'accord convergeant et clair de tous les acteurs de la santé pour adopter des mesures d'urgence complémentaires au TARMED, destinées à assurer la survie financière des radiologues. De l'étude réalisée par une fiduciaire, sur mandat du Département des affaires sociales de l'époque à Genève, il résulte que l'introduction du TARMED à Genève aurait eu pour conséquence une baisse d'un tiers du chiffre d'affaires des radiologues. Le défendeur ne nie par ailleurs pas que l'approbation du Conseil fédéral ait un effet constitutif et qu'il faille respecter le principe de la légalité. Il considère cependant que le principe constitutionnel de rang équivalent, la protection de la bonne foi, doit l'emporter, vu le contexte particulier et le comportement des acteurs en présence. Il souligne en outre que les mesures d'urgence adoptées dans la 2<sup>ème</sup> convention prévoyaient des forfaits moins élevés que dans la première. On ne saurait dès lors considérer que ceux-ci étaient contraires au principe de la neutralité des coûts et généraient un volume de prestations supplémentaire. Il faut également appliquer le principe de la proportionnalité. Cela implique que, dans la mesure où TARMED ne garantit pas un revenu suffisant aux radiologues indépendants, l'éventuelle obligation de rétrocession ne saurait qu'être partielle. Le défendeur fait ensuite état des décisions prises par les commissions paritaires médecins - assureurs du 22 avril 2008 du canton de Zürich et du 21 août 2008 des cantons Appenzell Intérieur, Argovie, Glaris, Saint-Gall et Thurgovie. Celles-ci sont parvenues à la conclusion que les demandes de remboursement de la demanderesse contrevenaient au principe de la bonne foi, au motif que le comportement cohérent de toutes les parties devait rester une priorité, que la demanderesse avait accepté l'accord interne de Santésuisse, concernant la prolongation des mesures d'urgence par l'adoption de la 2<sup>ème</sup> convention, n'avait émis aucune réserve et remboursé toutes les notes d'honoraire, non seulement jusqu'au moment de la non-approbation, mais également après. Quant au refus de l'approbation, celle-ci est certes constitutive, mais dans le cas concret, les parties se tenaient à l'accord bien avant et pendant sa validité. Ces commissions ont également considéré que la demanderesse s'était comportée comme si l'accord avait déjà été donné et lui ont donné plus de poids qu'à son approbation. En vertu de la protection de la bonne foi, de la confiance et de l'interdiction de l'arbitraire, la non-ratification ne pouvait entraîner ainsi qu'un effet *ex-nunc*. Les décisions de ces commissions paritaires précitées ne sont cependant pas entrées en forces et ont été contestées par la demanderesse devant les juridictions cantonales compétentes. EN DROIT a) Selon l'art. 89 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal), 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 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). b) En l'espèce, la qualité de fournisseur de prestations du défendeur, au sens des art. 35ss LAMal et 38ss de l'ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995 (OAMal), n'est pas contestée. Quant à la demanderesse, elle entre dans la catégorie des assureurs au sens de la LAMal. La compétence du Tribunal arbitral du canton

de Genève est également acquise *ratione loci*, dans la mesure où le cabinet du défendeur y est installé à titre permanent. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. La demande respecte les conditions de forme prescrites par les art. 64 al. 1 et 65 de la loi cantonale sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA). Elle est dès lors recevable. L'objet du litige est la question de savoir si la demanderesse est en droit de demander la restitution des montants additionnels versés en application de la 2<sup>ème</sup> convention, après le refus de l'approbation de celle-ci par le Conseil fédéral. a) Aux termes de l'art. 25 al. 2 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (ci-après LPGA), le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. Le même délai s'applique aux prétentions en restitution fondées sur l'art. 56 al. 2 LAMal (ATF 133 579 p. 582 consid. 4.1). Il s'agit d'une question qui doit être examinée d'office par le juge saisi d'une demande de restitution (ATFA non publié du 24 avril 2003, cause K 9/00, consid. 2). Avant l'entrée en vigueur de la LPGA en date du 1<sup>er</sup> janvier 2003, l'art. 47 al. 2 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (ci-après LAVS) était applicable par analogie pour ce qui concerne la prescription des prétentions en restitution, selon la jurisprudence (ATF 103 V 153, consid. 3). Cette disposition avait la même teneur que l'art. 25 al. 2 LPGA, de sorte que l'ancienne jurisprudence concernant la prescription reste valable. Selon celle-ci, les délais de la disposition précitée constituent des délais de péremption (ATF 119 V 433, consid. 3a). L'expiration de ce délai est empêché lorsque les assureurs-maladie introduisent une demande, dans le délai d'une année à partir de la connaissance du droit de demander la restitution, par devant l'organe conventionnel, l'instance de conciliation légale ou le Tribunal arbitral (RAMA 2003, p. 218, consid. 2.2.1). b) En l'espèce, la demanderesse a eu connaissance au plus tôt du droit de demander la restitution à la réception de la décision du 21 décembre 2006 du Conseil fédéral, par laquelle celui-ci a refusé d'approuver la 2<sup>ème</sup> convention. Partant, sa demande postée le 20 décembre 2007 respecte le délai légal d'une année, de sorte que sa prétention n'est pas prescrite. Aux termes de l'art. 56 al. 1 LAMal, le fournisseur de prestations doit limiter ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement. Il peut être tenu de restituer les sommes reçues à tort au sens de la présente loi (al. 2). Ont qualité de demander la restitution l'assuré ou l'assureur dans le système du tiers garant (al. 2 let. a) et l'assureur dans le système du tiers payant (al. 2 let. b). Selon la jurisprudence en la matière, il doit s'agir de l'assureur qui a effectivement pris en charge la facture (ATF 127 V 286, consid. 5.d). En l'occurrence, la demanderesse fait valoir que les prestations litigieuses n'ont pas été facturées en application d'un tarif valable. Cette question est réglée par les art. 43 ss LAMal. Selon l'art. 43 LAMal, les fournisseurs de prestations doivent établir la facture sur la base de tarifs ou de prix. L'art. 44 al. 1 LAMal prescrit que le fournisseur de prestations doit respecter les tarifs et les prix fixés par convention ou par l'autorité compétente et qu'il ne peut exiger de rémunération plus élevée pour les prestations fournies en application de la présente loi. Ces dispositions ont également pour but d'assurer l'économicité des prestations, prescrite par l'art. 32 LAMal et dont la violation est sanctionnée par l'art. 56 LAMal, et de contribuer à la réduction des coûts (Gebhard EUGSTER, *Krankenversicherung*, in *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, p. 146, ch. 284). Ainsi convient-il de considérer que l'obligation de restitution des prestations facturées en violation de la LAMal peut être fondée sur l'art. 52 al. 2 LAMal (cf. ATF 133 579, page 581, consid. 3.4). Comme relevé ci-dessus, les fournisseurs de prestations doivent respecter les tarifs et les prix fixés par convention ou par

l'autorité compétente (art. 44 al. 1 LAMal). Le fournisseur de prestations qui les refuse n'a aucun droit à la rémunération au sens de la LAMal (art. 44 al. 2 LAMal). Aux termes de l'art. 46 al. 1 LAMal, les parties à une convention tarifaire sont un ou plusieurs fournisseurs de prestations ou fédérations de fournisseurs de prestations, d'une part, et un ou plusieurs assureurs ou fédérations d'assureurs, d'autre part. La convention tarifaire doit être approuvée par le Conseil fédéral, si sa validité s'étend à toute la Suisse. L'autorité d'approbation vérifie que la convention est conforme à la loi et à l'équité et qu'elle satisfait au principe d'économie (al. 4). Les parties à une convention tarifaire veillent par ailleurs à ce que les conventions tarifaires soient fixées d'après les règles applicables en économie d'entreprise et structurées de manière appropriée (art. 43 al. 4 LAMal). L'autorité d'approbation doit également vérifier que le tarif n'est pas contraire aux règles d'économie d'entreprise (cf. EUGSTER, op. cit., p. 161 s. ch. 309). L'approbation a un effet constitutif (EUGSTER, op. cit. p. 161, ch. 308). L'art. 48 al. 1 LAMal prescrit que, lors de l'approbation d'une convention tarifaire avec une ou plusieurs associations de médecins, l'autorité d'approbation fixe, après avoir consulté les parties à la convention, un tarif-cadre dont les taxes minimales sont inférieures et les taxes maximales supérieures à celles du tarif conventionnel approuvé. Selon l'al. 2 de cette disposition, le tarif-cadre entre en vigueur à l'expiration de la convention tarifaire. Une année après l'expiration de la convention, l'autorité d'approbation peut fixer un nouveau tarif-cadre, sans tenir compte du tarif conventionnel antérieur. En application des dispositions légales précitées, SantéSuisse et la FMH ont conclu la convention-cadre TARMED, laquelle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2004, après avoir été approuvée par le Conseil fédéral. Fait partie intégrante de cette convention l'annexe 2, à savoir la convention relative à la neutralité des coûts, afin d'éviter que la nouvelle structure tarifaire uniforme n'ait pas pour conséquence d'influencer les coûts de la santé, que ce soit à la hausse ou à la baisse. Dans le préambule de cette annexe est précisé que les parties « veillent à la fixation des valeurs start de points-taxes (s-vpt) par canton/région, à chaque fois séparément pour les prestations en cabinets de médecins libres praticiens et pour les prestations en milieu ambulatoire, dans les hôpitaux/communautés conventionnées ». A cette fin, les parties contrôlent pendant une phase d'introduction de 18 mois les incidences financières de TARMED, à partir de la date d'introduction de cette structure tarifaire. Quant à la phase de neutralité des coûts, elle s'étend d'avril de l'année d'introduction à avril de l'année subséquente (13 mois ; cf. ch. 18 et 31 de l'annexe 2). A l'al. 2 du préambule, il est en outre précisé ce qui suit : « Cette convention se fonde sur le procès-verbal de la séance des partenaires intéressés par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) et l'Office fédéral de la justice (OFJ) du 9 juin 2001. Il ressort notamment dudit procès-verbal que des corrections de la structure tarifaire, en cours d'année, ne doivent pas être soumises au Conseil fédéral, respectivement que les corrections de valeurs de points-taxes (vpt) n'ont pas à être soumises aux exécutifs cantonaux pour approbation, lorsque le concept de mise en œuvre a été approuvé respectivement par le Conseil fédéral, sous forme d'un accord conventionnel à titre d'élément des deux conventions-cadres, ou par les gouvernements cantonaux, à titre d'éléments des conventions tarifaires cantonales. » La s-vpt est calculée au niveau cantonal ou régional (art. 11 al. 2 de la convention-cadre TARMED et art. 1 al. 1 de l'annexe 2). A l'art. 2 de l'annexe 2, les parties se fixent comme objectif de déterminer les vpts définitives au plus tard à la fin de la phase d'introduction à un montant conforme à la neutralité des coûts. Le contrôle de la neutralité des coûts a lieu une fois par mois pour chaque valeur de base (art. 3 al. 1 de l'annexe 2). Si la neutralité des coûts n'est pas réalisée dans un domaine partiel déterminé, la vpt cantonale/régionale est

adaptée dans les limites d'une marge de correction (+/- 7% des s-vpts selon l'art. 31 de l'annexe 2). Si la correction à l'intérieur de cette marge est insuffisante, les parties doivent convenir d'une nouvelle vpt, laquelle doit être approuvée par les autorités cantonales. Jusqu'à l'approbation, la correction possible et maximale par canton s'applique. Les prestations payées en trop, également lorsque la correction a été effectuée avec du retard, sont compensées par une sur-correction limitée dans le temps (art. 4 al. 1 de l'annexe 2). Les parties au TARMED ont en outre conclu une convention complémentaire à l'annexe 2 de la convention-cadre concernant la préparation des requêtes en mesures de correction ciblées pour des groupes de médecins menacés, à l'attention du bureau de neutralité des coûts tm ("Zusatzvereinbarung zum Rahmenvertrag Tarmed Anhang 2" pour la "Vorbereitung von Anträgen betreffend gezielten Korrekturmassnahmen für gefährdete Fachgruppen..."), bureau dont la création est prescrite par l'art. 5 de l'annexe 2 de la convention-cadre TARMED. Dans cette convention complémentaire, elles conviennent de la création d'un bureau paritaire d'examen préalable (Vorprüfungsbüro; ci-après: PVB) pour accélérer le traitement des requêtes en mesures de correction. Le PVB a en particulier pour tâche d'examiner les requêtes et, cela fait, de les soumettre au bureau de neutralité des coûts tm avec un préavis (art. 7.2 de la convention complémentaire). Parallèlement à la signature de la convention-cadre TARMED, les mêmes parties ont conclu la 1<sup>ère</sup> convention relative aux mesures d'urgence pour radiologues/cabinets de radiologie indépendants, exerçants en libre pratique, avec une entrée en vigueur en date du 1<sup>er</sup> février 2004, soit un mois après la convention-cadre. Le préambule de cette convention a la teneur suivante : « Conformément aux données disponibles à ce jour, la mise en place de l'accord sur la structure tarifaire TARMED pour les radiologues/cabinets de radiologie indépendants, exerçant en libre pratique est liée à des manques à gagner dont la démesure peut, au vu de l'importance des coûts fixes propres à ce secteur d'activité, avoir rapidement des conséquences néfastes sur l'existence même de ces activités. La convention ici présente a pour objectif de remédier à cet état de faits ». Cette convention prévoit des montants forfaitaires additionnels au tarif TARMED pour un certain nombre de prestations et une déduction, par rapport à ce dernier tarif, pour l'angiographie. Les dédommagements supplémentaires et le prélèvement ne font pas partie intégrante de la convention tarifaire de TARMED, aux termes de l'art. 3.1. de la 1<sup>ère</sup> convention. La 1<sup>ère</sup> convention prévoit par ailleurs que la résiliation et la durée de validité sont régies par les mêmes conditions qui s'appliquent à la convention-cadre TARMED (art. 4). L'art. 3.2 de cette convention précise : « L'évolution des coûts dans le domaine des radiologues/cabinets de radiologie indépendants et exerçants en libre pratique est vérifiée mensuellement par l'Office paritaire d'examens préalables (PVD) [recte PVB, soit en allemand "paritätisches Vorprüfungsbüro"] SantéSuisse - FMH, sur une base différenciée par rubrique et par canton, sur la base des données de la SGR-SSR [Société suisse de radiologie] et de la banque de données de SantéSuisse. Sur cette base, l'APC peut faire la demande de mesures de rectification, conformément à l'al. 3.2. ». L'art. 3.3 prescrit : « Afin de mettre en place au sein de la structure tarifaire de TARMED de bonnes incitations de gestion économique, le taux d'utilisation des appareils représentant d'importants investissements doivent, dans le cadre du reengineering de TARMED, être examinés et normés de manière à répondre aux critères économiques. ». Comme il ressort de la lettre du 21 décembre 2008 de l'OFAS, le Conseil fédéral a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'approuver la 1<sup>ère</sup> convention, dans la mesure où elle devait être considérée comme un élément de la réalisation du concept de neutralité des coûts contenu dans l'annexe 2 de la convention-cadre TARMED. Le 29 juin 2005, les mêmes parties aux précédentes

conventions ont conclu la 2<sup>ème</sup> convention relative à la reconduite des mesures d'urgence pour radiologues en pratique privée/cabinets de radiologie indépendants, avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 2005, soit la fin de la phase de neutralité des coûts prévue dans l'annexe 2 de la convention-cadre TARMED. Le préambule de cette convention a la teneur suivante : « Sont à la base de la reconduite des mesures d'urgence, les conventions ad hoc du 22.04.2004, ainsi que les décisions du Bureau de la neutralité des coûts TARMED du 16.12.2004 et du 19.05.05. Sont également applicables les décisions du Comité de direction TARMED datées du 16.03.2005 et du 26.04.2005, ainsi que les discussions menées avec l'OFSP, dont il ressort qu'il n'est pas possible d'intégrer les mesures d'urgence pour radiologues dans le TARMED et que les parties concernées prévoient de reconduire les mesures d'urgence en radiologie par le biais de conventions bilatérales. » La 2<sup>ème</sup> convention prévoit également des dédommagements supplémentaires forfaitaires et une déduction forfaitaire pour l'angiographie, par rapport au tarif TARMED. Les montants de ces suppléments et de cette réduction sont inférieurs à ceux accordés par la 1<sup>ère</sup> convention. Il est de nouveau précisé, à l'art. 3.1, que ces tarifs ne font pas partie intégrante de la structure tarifaire TARMED. L'art. 3.2 de la 2<sup>ème</sup> convention stipule ce qui suit : « L'évolution des coûts dans le domaine des radiologues en pratique privée/cabinets de radiologie indépendants est examinée tous les trois mois par une commission paritaire Santésuisse-FMH, selon une ventilation par unités fonctionnelles et éventuellement par régions, sur la base des données de tous les radiologues et cabinets de radiologie soumis à cette convention et du pool de données de santésuisse. Sur cette base, la commission paritaire pourra adapter les mesures de correction à compter du 1.1.06 et du 1.7.06. Les données destinées au monitoring sont notamment indispensables en vue du remaniement prévu du tarif (reengineering). (...) .» Ces adaptations n'ont cependant pas eu lieu. Compte tenu du fait que le tarif pour des radiologues indépendants doit être intégré dans une version révisée du chapitre 30 « Imagerie médicale » du TARMED, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2007, la validité de la 2<sup>ème</sup> convention était limitée à cette date (art. 4). La 2<sup>ème</sup> convention n'a pas été approuvée par le Conseil fédéral, selon sa décision du 21 décembre 2006, au motif qu'il existe déjà une structure tarifaire approuvée et que la convention ne correspond ni à la loi, ni au principe de l'économicité et de l'équité. Par la suite, une 3<sup>ème</sup> convention a été conclue pour la période du 1<sup>er</sup> mai au 31 décembre 2007. Cette convention tient compte de ce qu'il n'existait aucune convention entre janvier et avril 2007, et accorde les dédommagements supplémentaires, en tenant compte de toute la durée de l'année. Selon le préambule, « Est à la base de la réglementation transitoire, la convention conclue par les parties concernées, relative à la reconduction des mesures d'urgence pour radiologues en pratique privée/cabinets de radiologie indépendants du 1.7.2005. La durée de validité de la convention avait été fixée qu'au 31.12.2006, car une version totalement révisée du chapitre TARMED «Imagerie médicale» devait initialement être disponible jusqu'à cette date. Les parties n'ont toutefois pas été en mesure d'atteindre cet objectif dans le délai imparti. Suite à la décision du comité de direction TARMED SUISSE et sous réserve de l'approbation du Conseil fédéral, la version révisée du chapitre TARMED « Imagerie médicale » va entrer en vigueur à compter du 1.1.2008. C'est la raison pour laquelle, les mesures d'urgence sont reconduites à titre de réglementation transitoire. » Par décision du 21 novembre 2007, le Conseil fédéral a considéré que cette convention faisait partie intégrante de la structure tarifaire TARMED révisée, version 1.05, dont l'entrée en vigueur était fixée au 1<sup>er</sup> janvier 2008 et qui comprenait la révision du chapitre 30 « Imagerie médicale ». Par cette même décision, le Conseil fédéral a approuvé également la nouvelle version du TARMED. Il

résulte de ce qui précède que, selon la volonté de Santésuisse et la FMH, les radiologues indépendants devaient bénéficier de montants additionnels au tarif déterminé par le TARMED, quasiment dès l'entrée en vigueur de cette dernière structure tarifaire, tout en prévoyant un contrôle mensuel de l'évolution de leur coûts par le PVB, soit une structure créée pour l'application du concept de neutralité des coûts consacré par la convention complémentaire à l'annexe 2 de la convention-cadre TARMED. Pendant la durée de validité de la 1<sup>ère</sup> convention, des propositions de corrections ont dû être soumises au bureau de neutralité des coûts, soit également un organe institué par l'annexe 2 de la convention-cadre TARMED. Sur la base des décisions de ce bureau a été adoptée ensuite la 2<sup>ème</sup> convention. Il est en effet expressément mentionné dans le préambule de celle-ci qu'elle est fondée sur les décisions du 16 décembre 2004 et du 19 mai 2005 dudit bureau. Ce préambule précise aussi que les décisions du comité de direction TARMED du 16 mars et 26 avril 2005 sont applicables, ce qui sous-entend que la 2<sup>ème</sup> convention les a reprises. Au vu de ce qui précède, il appert que l'adaptation des tarifs des radiologues indépendants dans la 2<sup>ème</sup> convention a eu lieu, à l'issue de la phase de neutralité des coûts, selon le même procédé et par les mêmes organes que ceux prévus et institués par l'annexe 2 de la convention-cadre TARMED. Toutefois, les tarifs pour les radiologues indépendants n'ont pas été révisés dans le TARMED, mais uniquement dans la 2<sup>ème</sup> convention. Cela démontre qu'en fait celle-ci faisait partie intégrante du TARMED. Si on voulait considérer le contraire, il s'avérerait alors qu'à la fin de la phase de neutralité des coûts, les tarifs des radiologues indépendants n'ont pas été adaptés dans le TARMED, à la hausse ou à la baisse, en fonction des données recueillies, ce qui constituerait une violation flagrante de l'annexe 2 de la convention-cadre. Cette 2<sup>ème</sup> convention constitue ainsi, dans la chronologie et selon la volonté clairement manifestée par les parties au TARMED - dans le texte-même de cette convention et par leur comportement - une adaptation des tarifs des radiologues au terme de la phase de neutralité des coûts instaurée par l'annexe 2 de la convention-cadre TARMED. Or, selon l'al. 2 du préambule à cet annexe, cette adaptation n'avait pas besoin d'être approuvée. Ainsi, l'absence d'approbation par le Conseil fédéral n'enlève pas la validité à cette convention. Cela ressort également du fait que le Conseil fédéral a considéré que la 1<sup>ère</sup> convention constituait un instrument pour la réalisation du concept de neutralité des coûts. Par conséquent, les conclusions tirées pendant la durée de validité de cette première convention et l'adaptation subséquente des tarifs doivent également être considérées comme faisant partie du TARMED. Le Conseil fédéral l'a en outre reconnu par sa décision du 21 novembre 2007, où il a admis que la 3<sup>ème</sup> convention faisait partie intégrante du TARMED. En tout état de cause, il conviendrait de considérer que cette dernière décision du Conseil fédéral constitue une révision de sa décision précédente, dans la mesure où il n'est guère concevable que les conventions sur les mesures d'urgence puissent être qualifiées une fois comme partie intégrante et une autre fois comme convention indépendante. Au vu de ce qui précède, il doit être constaté que la 2<sup>ème</sup> convention est valable sans approbation du Conseil fédéral et que, par conséquent, le défendeur a facturé ses prestations conformément aux tarifs reconnus par la loi. La demande en restitution de la demanderesse est ainsi infondée. La procédure par-devant le Tribunal arbitral n'est pas gratuite (cf. art. 46 LaLAMal). Les frais du Tribunal, par 3'485 fr. et un émolument de 300 fr., sont mis à charge de la demanderesse, qui succombe. En outre, elle est condamnée à verser au défendeur une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, fixée en l'occurrence à 6'000 fr. \* \* \* \* \* PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL ARBITRAL DES ASSURANCES: Statuant A la forme : Déclare la demande recevable. Au

fond : La rejette. Met les frais du Tribunal d'un montant de 3'485 fr. et un émoulement de 300 fr. à la charge de HELSANA ASSURANCES SA. Condamne HELSANA ASSURANCES SA à verser au Dr F. C. \_\_\_\_\_ une indemnité de 6'000 fr. à titre de participation à ses frais et dépens. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi. La greffière Sylvie CHAMOIX La présidente Maya CRAMER Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral de la santé publique par le greffe le

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