

## **VD\_GERICHTE ZK14.000578 vom 5. Mai 2015**

VD Tribunal cantonal, 2015-05-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_ZK14.000578](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZK14.000578)

FR: VD\_GERICHTE ZK14.000578 du 5 mai 2015

IT: VD\_GERICHTE ZK14.000578 del 5 maggio 2015

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

a) En l'espèce, L. \_\_\_\_\_ soutient que le fait que les membres de pharmaSuisse doivent payer 850 fr. pour adhérer à la Convention et les non-membres 4'500 fr., alors que les coûts de conclusion et de fonctionnement sont les mêmes pour les membres et les non-membres, constitue une violation de l'égalité de traitement. Il constate par ailleurs que les taxes ont, sans justification, augmenté de 700 fr. à 4'500 fr. de 2000 à 2010. En outre, le montant de 4'500 fr. étant proche de la cotisation que les membres versent à pharmaSuisse, les frais d'adhésion à la Convention s'apparentent à une contrainte d'affiliation. Les non-membres financent ainsi des tâches que pharmaSuisse effectue pour les membres uniquement. De plus, la perception d'une taxe d'adhésion lors de chaque renouvellement/modification de la Convention est également abusive. Se fondant sur la lettre du 4 avril 2011 et son annexe ainsi que sur l'expertise de K. \_\_\_\_\_, Président de X. \_\_\_\_\_, il relève que si l'on se réfère à la présentation des coûts des défenderesses, on peut constater que l'évolution des coûts est 4,5 fois plus élevés pour la Convention RBP IV que pour la Convention RBP I, bien que l'essentiel du travail d'élaboration des conventions ait été fait en 2001 dans le cadre de la Convention RBP I. Il soutient également que la présentation des « coûts réels » liés à la Convention des défenderesses est emprunt d'erreurs et que ces chiffres sont irréels.

- 36 - b) Dans son écriture du 16 juillet 2013, le recourant conteste également l'art. 3 de l'annexe 2 de la Convention relatif à la ristourne sur les prix des médicaments aux caisses-maladie, qu'il estime contraire à la loi. Selon le demandeur, ce rabais ne peut être convenu par les parties à la Convention mais doit être déterminé par l'autorité chargée par la loi de fixer le prix des médicaments de la Liste des spécialités (LS), soit l'OFSP. Il sollicite désormais la production par pharmaSuisse et santésuisse des comptes relatifs au rabais prévu par la RBP IV (ristourne aux assureurs) et conclut, en sus, à l'annulation du rabais prévu en faveur des assureurs et à la restitution des montants indûment perçus à ce titre. Or cette question ne fait pas l'objet de la présente procédure, le Tribunal fédéral ayant renvoyé la cause au Tribunal de céans uniquement pour qu'il détermine si les contributions prévues à l'art. 2 ch. 1 de l'annexe 6 à la Convention revêtent un caractère équitable au sens de l'art. 46 al. 2 LAMal (cf. consid. 2a supra). Au demeurant, la recevabilité de cette question est douteuse, le demandeur critiquant de manière abstraite l'art. 3 de l'annexe 2 de la Convention, à laquelle il a la liberté d'adhérer, et demandant l'abrogation d'un article approuvé par le Conseil fédéral. Si la voie du recours de droit administratif peut être ouverte à l'encontre de décisions prises en application d'un article de la Convention dans une situation concrète, tel n'est toutefois pas le cas lorsque le recours vise directement des clauses tarifaires particulières en tant que telles, ce qui est le cas en l'occurrence (ATF 126 V 345 et 125 V 104). Quoiqu'il en soit, le demandeur semble renoncer, à la lecture de son écriture du 27 août 2014, à soumettre cette question au Tribunal de céans dans le cadre de la

présente procédure. c) aa) Compte tenu des allégations et conclusions de la demande et dans le but de préserver le secret d'affaires des défenderesses, le juge instructeur a estimé nécessaire, conformément à l'ordonnance du 11 février 2014, d'interpeller par écrit les réviseurs des défenderesses afin d'obtenir la confirmation que les chiffres avancés par celles-ci correspondent à la réalité. En effet, les défenderesses avaient refusé la production de pans entiers de leurs comptabilités, motifs pris

- 37 - qu'une telle production violerait le principe de la protection du secret des affaires. En dépit de l'ordonnance précitée, le demandeur a déposé le 25 février 2014 un questionnaire à l'attention non pas des réviseurs mais des défenderesses et de l'expert, arguant du fait qu'il persistait à penser que les défenderesses étaient en mesure de fournir au Tribunal les renseignements dont il avait besoin pour vérifier si les taxes prévues par la Convention RBP IV étaient équitables. Il rappelait la lettre du 4 avril 2011 aux termes de laquelle pharmaSuisse affirmait comptabiliser les frais liés à la Convention sous « Convention tarifaire », « Etude permanente des coûts en pharmacie (RoKa) », « Système de gestion de la qualité (QMS) » et « Cercles de qualité ». La seule chose qui l'intéressait dès lors étaient les chiffres (preuves comptables à l'appui) des frais liés à la conclusion et au fonctionnement de la Convention. Or contrairement à ce que sous-tend le demandeur, ce sont toutefois uniquement les frais liés à l'adhésion à la Convention et non à l'application de la Convention qui sont comptabilisés sous les rubriques précitées. Le juge instructeur a rappelé au demandeur, par courrier du 11 avril 2014, qu'est seule litigieuse la question de savoir si les contributions (taxe d'adhésion et de contribution aux frais) prévues à l'art. 2 ch. 1 de l'annexe 6 à la Convention RBP IV revêtent un caractère équitable au sens de l'art. 46 al. 2 LAMal, soit si elles sont équitables au vu des coûts engendrés pour la négociation, la conclusion et l'exécution de cette Convention, et non de déterminer si les coûts de conclusion et de fonctionnement de la Convention sont justifiés. En dépit de l'invitation du juge instructeur à reformuler son questionnaire à l'intention des réviseurs, le demandeur a systématiquement refusé d'adresser des questions précises aux organes de révision des défenderesses. bb) S'agissant de la protection du secret des affaires, il est constaté, à l'instar des défenderesses, que le demandeur et son expert, membres fondateurs de X. \_\_\_\_\_, ont intenté plusieurs actions judiciaires contre pharmaSuisse pour tenter notamment d'obtenir des informations

- 38 - comptables et que la présente procédure est menée au profit d'une association concurrente qui semble remettre en cause la légitimité de pharmaSuisse. Il existe dès lors un intérêt objectif au maintien du secret qui protège les informations comptables sensibles, de sorte qu'il y a lieu d'administrer les moyens de preuve en tenant compte du principe de la proportionnalité. Si le demandeur a certes le droit d'obtenir la confirmation que les chiffres avancés par les défenderesses correspondent à la réalité, la production de toutes les pièces comptables s'avère toutefois une mesure disproportionnée. Le Tribunal fédéral a considéré à plusieurs reprises que l'audition des organes de révision était adaptée pour permettre au juge de mener à bien le contrôle qui lui incombe. Dans plusieurs arrêts rendus dans le domaine de l'assurance-maladie, les demandeurs (assurés) avaient requis la production des comptes pour pouvoir contester le montant de la prime ; le Tribunal fédéral a confirmé que cela pouvait nuire au secret des affaires de la compagnie d'assurances et considéré que le témoignage de l'organe de révision, dont l'indépendance était présumée par la loi, était suffisant pour exercer le contrôle nécessaire. Singulièrement, dans un arrêt paru aux ATF 131 V 66 (en particulier consid. 5.3), il a été jugé que dans le cadre du contrôle d'une clause

tarifaire de l'assurance-maladie obligatoire, le Tribunal doit examiner si la clause est conforme au système de la répartition des dépenses (art. 60 al. 1 LAMal) et au principe du financement autonome de l'assurance obligatoire des soins (art. 60 al. 2 et 3 LAMal). En particulier, il lui incombe de vérifier si la clause contestée repose, en ce qui concerne les charges et les produits, sur une comptabilité distincte pour l'assurance-maladie sociale et, dans ce cadre, une comptabilité pour l'assurance obligatoire ordinaire des soins, pour les formes particulières d'assurance au sens de l'art. 62 LAMal et pour l'assurance d'indemnités journalières (art. 81 al. 1 OAMal [ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie, RS 832.102]). L'exigence d'une comptabilité distincte doit être contrôlée également en ce qui concerne les frais d'administration (art. 84 OAMal). En ce qui concerne l'administration des preuves, le Tribunal fédéral des

- 39 - assurances a en outre précisé que le juge des assurances sociales appelé dans un cas particulier à se prononcer sur la légalité d'une position d'un tarif de primes de l'assurance-maladie obligatoire devra faire appel à des spécialistes des organes de fixation et d'approbation des tarifs de primes. En outre, en raison des problèmes procéduraux très délicats que peut poser la production des comptes des assureurs au regard des droits des parties (droit de l'assuré de consulter les pièces, d'en effectuer des copies) ou du droit au secret des affaires (le risque étant que la comptabilité d'un assureur se retrouve chez un concurrent), la plupart des questions auxquelles le juge pourrait être amené à donner des réponses dans le cadre du contrôle qui lui incombe peut s'appuyer sur le témoignage (écrit ou oral) de l'organe de révision (art. 86 OAMal), dont l'indépendance est présumée de par la loi (ATF 131 V 66 consid. 5.3). Des principes posés par le Tribunal fédéral des assurances en matière de contrôle d'une clause tarifaire de l'assurance-maladie, il ressort que l'audition de l'organe de révision de la caisse-maladie concernée permet en principe au juge de se prononcer en connaissance de cause sur les points qu'il doit examiner dans ce contexte. En règle générale, d'autres mesures d'instruction ne devraient pas se révéler nécessaires, à moins que les réponses de l'organe de révision soient lacunaires ou contradictoires, voire apparaissent contraires à d'autres éléments du dossier (ATF 131 V 66 consid. 5.2.2 ; TF K 186/05 du 5 janvier 2007 consid. 4.1). Le Tribunal arbitral peut s'inspirer de la jurisprudence précitée. En effet, le présent litige s'approche des cas relatifs à l'examen de tarifs de primes, étant toutefois souligné que dans le cas d'espèce, les taxes litigieuses s'apparentent plus à des frais administratifs des assureurs qui doivent répondre aux principes d'adéquation, d'équité et d'économicité. A cela s'ajoute le fait que le cas d'espèce n'a pas trait à la surveillance des assureurs (primes), mais au contrôle d'une contribution incluse dans une convention tarifaire. L'art. 46 al. 2 LAMal établit le principe d'une contribution « équitable » pour l'adhésion des non-membres d'une fédération. En matière tarifaire, le principe d'économicité est un précepte

- 40 - cardinal (cf. art. 43 al. 4 et 7 LAMal). Toutefois, les exigences du législateur en matière de degré de transparence des coûts des prestataires, pour les négociations tarifaires, sont différentes. Pour les hôpitaux, par exemple, l'art. 49 al. 7 LAMal impose certains critères comme une comptabilité analytique. Or, le législateur n'a pas exigé un tel degré de précision et une claire répartition des coûts pour les pharmaciens. Il s'ensuit que le demandeur ne saurait donc exiger ce type d'informations. Dans la mesure où la jurisprudence mentionnée pour les primes des assurances corrobore le fait que le Tribunal fédéral accepte que les réviseurs attestent le degré de transparence des frais des assureurs – alors que ces derniers sont soumis à des exigences de transparence comptable bien plus

importantes que les pharmaciens (art. 81 et suivants OAMal) – cela atteste que le juge peut se baser en l'occurrence sur les rapports des réviseurs, d'autant plus s'agissant d'une notion juridique indéterminée telle que la vraisemblance. Il convient au surplus de relever que les réviseurs sont déjà intervenus sur les comptabilités des défenderesses, connaissent leur structure et savent où et comment rechercher l'information qu'ils doivent confirmer ou infirmer. Ils sont donc en mesure d'attester par un témoignage écrit de la réalité des chiffres et des données comptables allégués par les défenderesses. La mesure d'instruction prévue était donc particulièrement appropriée pour répondre aux doutes du demandeur. cc) Cela étant, la préparation des réponses aux questions posées aux réviseurs requérait un effort considérable selon les termes du courrier de Y. \_\_\_\_\_ du 12 juin 2014. Particulièrement, les questions du demandeur nécessitaient la préparation d'un aperçu sur les années 2007 à 2009, ainsi que la confirmation négative qu'aucun coût supplémentaire relatif à la Convention RPB IV n'était inclus dans la comptabilité, cette confirmation nécessitant une vérification de l'ensemble de la comptabilité analytique pour la période mentionnée. Les questions des défenderesses concernaient quant à elle les années 2001 à 2009. Afin de confirmer « l'exactitude » des calculs sur la base de la comptabilité, une analyse des différentes conventions (RBP I à IV) était préalablement nécessaire pour

- 41 - estimer quels éléments de coûts étaient en rapport avec ces conventions. Y. \_\_\_\_\_ estimaient les coûts pour un tel travail entre 55'000 fr. et 99'000 fr., soulignant qu'ils pouvaient être toutefois considérablement réduits (entre 17'600 fr. et 22'000 fr.) si les questions étaient reformulées (« suppression de l'exigence d'une confirmation négative et réduction des questions à quels montants figurent dans la comptabilité de pharmaSuisse pour les catégories de coûts respectives » pour le questionnaire du demandeur ; « précision des questions 1-3 afin de démontrer comment les montants mentionnés par pharmaSuisse dans les pièces 6 et 102 peuvent être réconciliés avec la comptabilité de cette dernière » pour le questionnaire des défenderesses). Les représentants de C. \_\_\_\_\_, réviseur de santésuisse, ont quant à eux refusé en l'état de répondre aux questions en raison d'un risque de conflit d'intérêts. On relèvera à cet égard qu'avec l'autorisation de santésuisse/tarifsuisse SA et la formulation de questions précises, soit notamment « les coûts de conclusion et d'exploitation relatifs à la Convention correspondent-ils à ceux exposés par tarifsuisse SA dans son annexe à son courrier du 3 juin 2014 », la mesure d'instruction aurait pu être mise en œuvre pour un coût également raisonnable. dd) Dans ses écritures ultérieures, le demandeur déclare qu'il ne comprend pas la raison pour laquelle il serait nécessaire de demander à des tiers de fournir, contre paiement, les dits renseignements. Il convient de répondre à cela que les défenderesses ont fourni des tableaux récapitulatifs des coûts de conclusion et de fonctionnement liés à la Convention RBP IV (pièce n° 6 relative au calcul des coûts pour la Convention RBP IV ; pièce n° 102 relative aux coûts pour les Conventions RBP I, II, III), des comptes d'exploitation pour les années 2010 à 2012 (annexes au courrier du 3 juin 2014 de tarifsuisse SA), des éléments chiffrés et des explications détaillées ; le demandeur met systématiquement en doute ces données, au seul motif qu'elles seraient invraisemblables. Ainsi, il est finalement nécessaire de déterminer si les chiffres avancés par les défenderesses correspondent à la réalité, ce

- 42 - d'autant plus après leurs explications quant à l'impossibilité d'isoler de façon hermétique ce qui, dans leurs comptabilités, touche aux conventions de ce qui a trait aux autres activités. Il incombait dès lors au demandeur d'administrer la preuve que ses doutes étaient fondés (cf. consid. 2c supra). Prêtes à collaborer à l'administration de la preuve, les

défenderesses ont accepté d'ouvrir leurs livres à leurs réviseurs et de se tenir à leur disposition tout le temps nécessaire pour faciliter la recherche, l'émergence et le tri des éléments pertinents. Selon le demandeur, nul besoin d'être expert pour indiquer au tribunal quels frais ont été comptabilisés dans les rubriques des comptes mentionnées par les défenderesses elles-mêmes au titre de frais de conclusion et de fonctionnement de la Convention. C'est pourtant ce que les défenderesses ont indiqué au Tribunal de céans en établissant des tableaux récapitulatifs des coûts. Or, le demandeur conteste leur contenu. Il appartient dès lors bien à un tiers d'établir que les données chiffrées produites correspondent à la réalité. Le demandeur a lui-même admis dans un premier temps (cf. notamment ses déterminations du 25 avril 2014) qu'il convenait en l'occurrence de déterminer quels coûts ont été pris en compte pour fixer les taxes litigieuses et s'ils correspondent à la réalité, cette question devant le cas échéant être posée à un expert. Le demandeur a demandé au juge de renoncer à la mesure d'instruction qu'il avait ordonnée car les coûts de celle-ci seraient disproportionnés par rapport à la valeur litigieuse du présent litige et sollicite en lieu et place que les défenderesses fournissent elles-mêmes le détail des frais de négociation, de conclusion et de fonctionnement de la RBP IV et qu'elles répondent à ses questions. Il est paradoxal que le demandeur mette en doute les tableaux récapitulatifs et les comptes d'exploitation des défenderesses, et refuse les mesures d'instruction ordonnées par le juge, qui auraient permis de lever ses doutes sur la base desquels il ne produit que l'avis de K.\_\_\_\_\_. Or l'examen de K.\_\_\_\_\_ se fonde sur des chiffres erronés – comme il le sera exposé ci-dessous (cf. consid. 4 infra) – et ne peut dès lors que déboucher sur un résultat et des conclusions biaisés. On peine par ailleurs

- 43 - à comprendre de quelle légitimité jouit K.\_\_\_\_\_ pour se voir décerner le titre d'« expert ». Il faut également relever que le demandeur pose de nombreuses questions relatives à plusieurs problèmes dont certains ne sont pas objets du présent litige (quel est le montant total des cotisations et autres redevances demandées à chaque membre de pharmaSuisse et de santéSuisse ? Quelle part du budget annuel des défenderesses les frais de conclusion et de fonctionnement de la convention représentent-ils ? A combien se montent les frais liés à la fixation du tarif de rémunération des pharmaciens ?). Ainsi, le demandeur ne peut à la fois demander que les coûts des conventions passées et présente soient comparés entre chaque année, formuler des questions qui sortent du cadre litigieux, contester dans le cadre de la présente procédure d'autres dispositions de la Convention et refuser de suivre la mesure d'instruction ordonnée par le juge. A cet égard, les coûts de la mesure d'instruction la plus simple proposée par Y.\_\_\_\_\_ – de nature à répondre à la question litigieuse – divisés par deux comme indiqué par le juge instructeur, se seraient élevés à environ 10'000 francs. En outre, cette mesure d'instruction, qui consistait à confirmer ou infirmer que les chiffres figurant dans les pièces n° 6 et 102 et dans les annexes au courrier du 3 juin 2014 correspondaient à la réalité, était raisonnable et adéquate pour répondre aux questions litigieuses. L'impartialité des réviseurs – mise en doute par le demandeur – est au surplus présumée par la jurisprudence. Quant à santéSuisse/tarifsSuisse SA, l'instruction aurait pu se limiter à moindre frais à examiner la conformité des comptes d'exploitation qu'elle a produits, avec sa comptabilité. La mesure d'instruction ordonnée par le juge permettait d'examiner l'exactitude des coûts avancés par les défenderesses tout en préservant leurs secrets d'affaire. Le demandeur y ayant renoncé, il doit supporter le fardeau de la preuve. En effet, selon l'art. 89 al. 5 LAMal, les cantons fixent la procédure qui doit être simple et rapide, le tribunal arbitral établissant avec la collaboration des parties les faits déterminants pour la solution du litige, administrant les preuves nécessaires et les

- 44 - appréciant librement. Les parties sont dès lors tenues de collaborer à l'instruction de l'affaire, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (cf. consid. 2c supra). C'est le lieu de rappeler que la procédure devant le Tribunal arbitral n'est pas gratuite, celui-ci étant censé s'autofinancer et les parties devant avancer les frais nécessaires à l'administration des preuves (art. 29 al. 6 LPA-VD et 47 al. 2 LPA-VD, art. 95 et 102 CPC, par renvoi des art. 109 et 1116 LPA-VD). Le demandeur ayant renoncé à la mesure d'instruction ordonnée par le juge instructeur, il encourt une décision défavorable en termes de fardeau de la preuve et les preuves ne peuvent être administrées faute d'avances de frais. Au vu de la complexité des questions soulevées par le demandeur, des avis émis par son expert désigné et des réponses des réviseurs, qui bien que versés dans les expertises comptables estimaient leur travail à une moyenne de 300 heures pour la seule comptabilité de pharmaSuisse, le Tribunal de céans n'aurait pas pu statuer sur la seule comptabilité des défenderesses. Il est clair que le Tribunal arbitral aurait dû mettre en œuvre un expert pour l'aider à interpréter ces données. Il s'ensuit qu'en ne se conformant pas à l'ordonnance du juge instructeur malgré sa relance et en renonçant finalement à l'instruction ordonnée en raison de son coût notamment, le demandeur doit supporter le fardeau de la preuve. Les faits doivent dès lors être établis en l'état du dossier et selon la vraisemblance prépondérante.

#### **E. 4**

Cela étant, il convient de contrôler la légalité de la Convention incriminée, appliquée dans un cas précis. a) 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 (art. 46 al. 1 LAMal). Si la partie à une convention est une fédération, la convention ne lie les membres de ladite fédération que s'ils ont adhéré à la convention. Les non-membres qui exercent leur activité dans le rayon conventionnel peuvent également adhérer à la convention.

- 45 - Celle-ci peut prévoir qu'ils doivent verser une contribution équitable aux frais causés par sa conclusion et son exécution. Elle règle les modalités des déclarations d'adhésion ou de retrait, et leur publication (art. 46 al. 2 LAMal). La convention tarifaire doit être approuvée par le gouvernement cantonal compétent ou, si sa validité s'étend à toute la Suisse, par le Conseil fédéral. 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 (art. 46 al. 4 LAMal). En l'occurrence, la Convention RBP IV a été approuvée par le Conseil fédéral dans son intégralité, y compris les annexes prévoyant une participation des pharmaciens bénéficiaires. Les dispositions relatives à l'adhésion des non-membres de pharmaSuisse à la Convention tarifaire ont en outre été appliquées correctement. b) Se référant à la prise de position que le Conseil fédéral a adressée le 28 mai 2014 au Tribunal administratif fédéral, les défenderesses rappellent la teneur de l'arrêt ATF 134 V 443 (consid. 3), selon lequel « les décisions d'approbation d'une convention tarifaire dont la validité s'étend à toute la Suisse prises par le Conseil fédéral en application de l'art. 46. al. 4 LAMal ne sont pas susceptibles de recours, considérant qu'il s'agit de décisions essentiellement politiques qui ne doivent pas être portées devant le juge ». Comme le Conseil fédéral, les défenderesses doutent de l'intérêt digne de protection qu'aurait le demandeur compte tenu que « la convention tarifaire n'oblige pas l'ensemble des fournisseurs de prestations à y adhérer (art. 46 al. 3 LAMal). » Avec le Conseil fédéral, les défenderesses répètent que « rien n'interdit non plus aux membres ou aux non-membres de conclure une ou plusieurs autres

conventions. Ainsi si un pharmacien, qu'il soit membre ou non de pharmaSuisse, ne souhaite pas adhérer à la convention, il n'y est pas obligé ». Le Conseil fédéral confirme également que les points soulevés par le demandeur ont fait l'objet d'un

- 46 - examen, n'ont « pas été jugés problématiques et restent donc applicables, notamment du fait qu'il n'existe pas d'obligation pour un fournisseur de prestations d'adhérer à la convention ». Dès lors qu'à l'occasion de la prolongation de la Convention RBP IV, l'autorité d'approbation prévue par la LAMal a examiné la question de la taxe d'adhésion et des contributions annuelles et déclaré que ces contributions sont justifiées, un fournisseur de prestations qui n'a aucune obligation d'adhérer à la convention ne peut les remettre en question, pas plus que le Tribunal arbitral. A cet égard, on rappellera que le Tribunal fédéral a jugé, dans son arrêt de renvoi du 20 décembre 2012, que la voie du recours, en l'occurrence de l'action, était ouverte contre des décisions prises en application de la Convention dans une situation concrète, et a implicitement reconnu la qualité pour agir du demandeur (cf. consid. 2a supra) ; il n'y a pas lieu de revenir sur les considérations du Tribunal fédéral. c) L'autorité juridictionnelle appelée à trancher un cas concret ne peut, d'une manière indirecte, substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité administrative d'approbation ; aussi, le juge est-il appelé à faire preuve d'une grande retenue lors du contrôle d'une décision prise en application d'une clause tarifaire dans une situation concrète (cf. consid. 2b supra ; ATF 125 V 21). Dès lors, la validité de l'art. 2 ch. 1 de l'annexe 6 à la Convention ne saurait être remise en question que si l'irrégularité constatée présente un degré de gravité certain et laisse clairement apparaître que le droit applicable n'a pas été respecté. Le juge ne peut se voir reconnaître un pouvoir d'examen plus étendu que celui de l'autorité d'approbation de la Convention. Lorsqu'elle est amenée à examiner le bien-fondé de coûts administratifs par exemple, l'autorité judiciaire ne doit intervenir qu'en cas d'abus manifeste. En revanche, il n'appartient pas au juge de procéder à une analyse détaillée de la structure des coûts administratifs des fédérations en cause et de s'immiscer ainsi dans l'organisation et la stratégie de l'entreprise (cf. par exemple ATF 135 V 39 ; TF 9C\_658/2007 du 1er décembre 2008).

- 47 - d) Le demandeur soutient que le Conseil fédéral a sans doute fait sienne l'opinion déjà exprimée par l'OFSP selon laquelle « le coût engendré par l'élaboration d'une telle convention était notoirement élevé ». Selon le demandeur, ni l'OFSP ni le Conseil fédéral n'ont contrôlé sérieusement si les taxes prévues étaient équitables au regard des frais engagés pour la conclusion et le fonctionnement de la Convention. Les défenderesses soutiennent que le Conseil fédéral a admis la pertinence des données comptables qui lui auraient été fournies pour la procédure d'approbation de la prolongation de la Convention RBP IV. Or le Conseil fédéral a seulement estimé que le contenu de la Convention RBP IV n'était pas « problématique », sans indiquer, à la connaissance du demandeur, quels chiffres il avait pris en considération pour vérifier si les contributions prévues étaient équitables. Le Conseil fédéral a approuvé la prolongation au 31 décembre 2015 de la validité de la Convention RBP IV, sans procéder à un réexamen en détail du contenu de la Convention. Il a toutefois confirmé que les points soulevés par le demandeur, savoir la question de la taxe d'adhésion et des contributions annuelles, ont fait l'objet d'un examen effectué préalablement à la décision d'approbation de prolongation de la convention RBP IV. Ces points n'ont à ce stade pas été jugés problématiques et restent donc applicables, notamment du fait qu'il n'existe pas d'obligation pour un fournisseur de prestations d'adhérer à la convention. Le Conseil fédéral rappelle que « selon l'art. 46 al. 2 LAMal, la convention

peut prévoir le versement d'une contribution équitable aux frais causés par sa conclusion et son exécution. L'article 5 de la convention RBP IV prévoit de telles contributions à l'annexe 6 ». Il relève que « lors de l'examen de la demande de pharmaSuisse et tarifsuisse SA, les partenaires tarifaires ont été interrogés sur le point des contributions aux frais. De leur point de vue, les contribution aux frais sont justifiées et dépendent de l'ensemble de la durée et de l'intensité des négociations ». Il précise encore qu'« étant donné que l'approbation de la convention a été prolongée, il est possible que certains coûts pris en compte dans le calcul de la contribution annuelle aient entre-temps été amortis. Pour cette raison, le Conseil fédéral a dans sa décision du 18 décembre 2013

- 48 - demandé aux partenaires tarifaires de réexaminer régulièrement les montants prévus à l'annexe 6 de la convention tarifaire, en tenant compte de l'art. 46 al. 2 LAMal (chiffre 3 de la décision) ». Il s'ensuit que les frais liés à la l'adhésion, la conclusion et le fonctionnement de la Convention ont été examinés tant lors de son approbation que lors de sa prolongation et qu'ils ont été jugés équitables par le Conseil fédéral. e) Dans son écriture du 22 septembre 2011, le demandeur explique en quoi la clause tarifaire contestée viole selon lui le droit fédéral. Analysant l'« Aperçu des coûts » communiqué par pharmaSuisse le 4 avril 2011, il expose ce qui suit : « Il ressort des commentaires de pharmaSuisse qu'elle comptabilise les coûts sous : • « Convention tarifaire », qui malgré leur volume n'apparaissent pas clairement dans le compte d'exploitation, • « Etude permanente des coûts en pharmacie (RoKA), que l'OFSP ne reconnaît pas, • « Système de gestion de la qualité » et « Cercles de qualité », qui sont identifiés sous produits d'exploitation, par « Produit de l'assurance qualité : 256'470 francs en 2008 et 319'504 francs en 2009 », ainsi que sous charges d'exploitation, par « Charges pour l'assurance qualité : 25'899 francs en 2008 et 54'458 francs en 2009 ». Par ailleurs, pharmaSuisse et santésuisse se sont attribuées un rabais sur les ventes LS de 0,2% pour les Cercles de qualité, qui représentent quelque 6 millions de francs. Le tableau indique encore des frais généraux sur la base des heures consacrées à la RBP IV pour 2'274'259 francs qui ne sont pas non plus apparents dans le compte d'exploitation : • monitoring (y compris collecte des données), • la commission paritaire arbitrale (CPA), • la commission de qualité (y compris contrôle de la qualité), qui, en principe, fait partie du système de gestion de la qualité comptabilisé dans ce que pharmaSuisse désigne par coûts directs, et pour laquelle il a été réservé une contribution annuelle de 150 francs.

- 49 - Or, en distribuant les coûts (4'194'400 francs) sur 1'450 pharmacies, et non pas sur 1'620, le calcul donne 1'446.34 francs, par année et par pharmacie ; ce qui fait 2'892.68 francs pour les deux années de la convention. Si le coût escompté était distribué sur 1'620 pharmacies, cela aurait donné 2'589 francs au lieu de 2'892 francs. Mais pharmaSuisse ne s'est pas arrêtée à ces chiffres. Elle a compté un supplément annuel de 500 francs par pharmacie et par année, ce qui correspond à 35% du coût prétendu réel, pour la réalisation d'études d'économicité ; ce qui porte le montant des coûts de la convention par pharmacie et par année de 1'446.34 francs à 1'946.34 francs. Le supplément de 500 francs équivaut à 1,45 millions pour 1'450 pharmacies, mais à 1,62 millions pour 1'620 pharmacies (qui est le nombre le plus vraisemblable). Mais pharmaSuisse majore les coûts de 10% (= 424'386 francs) pour prévoir un risque de calcul ; ce qui augmente une nouvelle fois le coût de la RBP IV jusqu'à 2'092.68 francs. Même qu'il s'agissait de salaires et de frais généraux sur la base des heures consacrées, elle ajoute 8% de TVA (comme si la convention est un produit de consommation destiné à la revente). Cela fait en définitive 2'260.10 francs par

année. Le tout est passé ainsi de 1'446.34 francs à 2'260.10 francs, c'est-à-dire une majoration des coûts de 56,3%. Mais ce n'est pas tout. pharmaSuisse soutient que les coûts globaux pour non membres, TVA incluse, sont en moyenne de 2'260.10 francs par année, soit 4'520.20 francs pour les deux années de la convention. Elle prétend encore qu'elle leur fait payer 3'150 francs la 1ère année et 1'150 francs la 2ème année, ce qui donne un total de 4'300 francs. Elle prétend leur faire payer 220.20 francs en dessous des coûts globaux, quand, en réalité, elle leur prend 6'300 francs, c'est-à-dire 2'000 francs de plus. Elle n'explique pas comment elle est passée de Fr. 4'520.20 à Fr. 6'300. En conclusion, si on tient compte des 1'446.34 francs que pharmaSuisse a désignés au départ par « coûts escomptés » par pharmacie et par année, et du montant de 3'150 francs qu'elle leur fait en réalité payer, elle a tout simplement multiplié les soi-disant coûts réels par 2,2. » Le demandeur soutient également que la pièce n° 102 ne prouve pas que les conventions antérieures aient été déficitaires. Il énonce que les chiffres allégués par les défenderesses aboutissent à des résultats plus que surprenants (quant à l'importance des frais liés à la convention par rapport à l'ensemble des charges des défendeurs), et le point déterminant est le coût avéré de la convention (conclusion et fonctionnement), qui n'est pas établi par des comptes vérifiables.

- 50 - Répondant aux doutes du demandeur, les défenderesses ont fait valoir les arguments suivants dans leur écriture du 30 septembre 2013 : « Les défende[resse]s ont fait preuve de prudence en fixant le montant de la contribution demandée aux pharmaciens. Les précédentes conventions étaient déficitaires. La Convention impose aux pharmaciens qui ne sont pas membres de pharmaSuisse une taxe d'entrée de 3'000 fr. et une participation aux coûts de fonctionnement de 1'650 fr. par année, soit un total de 6'300 fr. pour deux ans. Sur ce montant, 4'300 fr. reviennent à pharmaSuisse et 2'000 fr. sont attribués à santésuisse pour le surcoût occasionné par l'adhésion et le suivi des membres non fédérés. Les membres de pharmaSuisse contribuent également aux coûts de conclusion et de fonctionnement de la Convention à hauteur de 500 fr. pour l'adhésion et de 350 fr. par année. [...] Sous l'empire des trois précédentes conventions, les membres de pharmaSuisse ne versaient que leurs cotisations d'adhésion. Ils ne s'acquittaient d'aucune autre contribution. C'est au vu des résultats déficitaires de l'application des trois premières conventions qu'il leur a été demandé de verser une contribution spécifique en plus de leurs cotisations. La différence entre le montant demandé aux membres et aux non-membres de pharmaSuisse se justifie d'une part par le surcoût lié au traitement et au suivi par Santésuisse des adhésions individuelles (2'000 fr.) et par la subvention de pharmaSuisse au profit de ses membres. » A l'instar des défenderesses, il convient de constater que la négociation d'une Convention tarifaire entre une fédération de pharmaciens et une fédération d'assureurs est un travail de longue haleine impliquant nécessairement des coûts élevés ; il s'agit d'une convention d'envergure nationale qui nécessite une structure appropriée pour gérer des enjeux financiers colossaux. L'OFSP a expressément reconnu que « les coûts engendrés par l'élaboration d'une telle convention (sont) notoirement élevés » en raison d'une procédure compliquée et d'enjeux très conséquents. Le Conseil fédéral s'est fondé sur ce constat

- 51 - pour approuver la Convention RBP IV dans son ensemble, y compris ses annexes fixant la quotité de la participation des membres et des non-membres. Soulignons qu'en approuvant la Convention, le Conseil fédéral la limite également dans le temps, augmentant de ce fait inévitablement les coûts de négociation. Rien n'est acquis en pareil cas ; chaque

fois qu'une convention est renégociée, les acteurs tentent d'améliorer leurs positions respectives et tout est susceptible d'être renégocié. Il faut notamment élaborer de nouvelles prestations, financer de nouvelles études, obtenir de nouvelles données relatives au marché. Il n'y a pas de raison de mettre en doute les affirmations des défenderesses selon lesquelles les négociations tarifaires se déroulent sur des mois, voire plusieurs années comme pour les conventions nationales avec les pharmaciens. Dans leurs déterminations du 31 juillet 2014, elles exposent notamment que chaque partie est représentée par une délégation de négociation composée de spécialistes et de chefs de projets. Préalablement aux intenses séances de négociation, des analyses et des études diverses sont nécessaires. Une fois que les négociations proprement dites ont abouti, il faut s'entendre sur les termes de la convention tarifaire. Cela fait, la convention signée est soumise à l'approbation de l'autorité compétente, en l'espèce le Conseil fédéral. Viennent ensuite toutes les démarches liées aux adhésions des membres et des non-membres à la Convention. Concernant la négociation, la conclusion et le suivi de la convention nationale de l'envergure de la RBP IV (LOA IV), il est difficilement contestable que toutes ces tâches requièrent des compétences variées et de très haut niveau. Par la force des choses, leur coût est élevé. Les défenderesses ajoutent encore qu'il ne faut pas oublier non plus que de nouvelles négociations sont engagées pour le renouvellement de la convention avant son échéance, que ce fut bien le cas pour la RBP IV et que c'est un travail sans fin dont les adhérents individuels ne peuvent profiter qu'à condition de prendre leur part des coûts. Comme cela ressort du courrier rédigé le 3 juin 2014 par tarifsuisse SA, les sommes encaissées au titre de frais liés à la Convention

- 52 - sont affectées pour 2/3 à pharmaSuisse et pour 1/3 à tarifsuisse SA. Elles servent notamment à couvrir les frais occasionnés en rapport avec la convention pour le calcul des tarifs, les travaux de révision tarifaire, les négociations contractuelles, les travaux au sein de la commission paritaire de confiance, de la commission paritaire de qualité et de la commission administrative du fonds VKF ainsi que la fourniture de réponses aux demandes formulées. S'y ajoutent du côté de tarifsuisse SA les travaux administratifs relatifs à la facturation, à l'encaissement, à la gestion des membres et aux mutations, etc. Les charges salariales du département des négociations tarifaires, les coûts liés à ces tâches, les frais liés à la qualité, à la communication, aux informations internes, aux circulaires, au registre des codes créanciers, au registre des conventions et aux frais généraux tels que loyer, infrastructures, informatique. L'écriture du 30 septembre 2013 énonce également ce qui suit : « [La] limitation dans le temps a pour conséquence que les premières conventions ont été marquées par un déficit relativement important. Pour parer à ces pertes, les défenderesses ont dû prendre des mesures parmi lesquelles l'ajustement des cotisations demandées non seulement aux non-membres mais également à leurs membres. Les défenderesses sont également plus prudentes désormais concernant leurs différents calculs. Elles y incluent par prudence un montant supplémentaire destiné à éviter une nouvelle situation déficitaire. Cela est d'autant plus justifié que les non-membres de pharmaSuisse qui adhèrent à la RBP IV profitent en réalité de certains avantages tirés des précédentes conventions. » S'agissant de l'adéquation entre coûts de la convention et participation, il y a lieu de rappeler que les défenderesses ont fixé le montant de la participation demandées aux pharmaciens a priori en se fondant sur des estimations et des projections, autrement dit avant de savoir précisément ce que la Convention RBP IV allait effectivement coûter. Ainsi, la fixation de la taxe d'adhésion et des contributions est fondée en partie sur des prévisions, de sorte que, compte tenu de la liberté d'appréciation dont jouit l'autorité d'approbation de la Convention et de la relative insécurité des prévisions effectuées, elle ne saurait être remise en cause qu'en cas

d'arbitraire (ATF 135 V 39).

- 53 - Les défenderesses énoncent avoir pris deux types de précautions : la première consistait en une estimation prudente du nombre de pharmacies qui adhèreraient à la nouvelle convention et la seconde en un prélèvement d'une marge de sécurité de 10%. Leurs estimations portant sur le nombre de pharmacies qui adhèreraient à la Convention RBP IV étaient inférieures au nombre effectif d'adhérents à la Convention RBP III. Les défenderesses ont exposé (cf. réponse du 30 septembre 2013) que « contrairement à ce qui a été avancé par erreur par pharmaSuisse dans son tableau du 15 mars 2011, le nombre de 1'450 retenu à titre d'estimation ne correspondait pas à 95% mais à près de 90% des 1'620 pharmacies qui avaient adhéré à la précédente convention ». Elles avaient cependant plusieurs raisons pour une estimation prudente : - en 2008 et 2009, il existait une phase de constitution de grandes chaînes de pharmacies qui était susceptible de remettre en question l'adhésion de certains membres ; - certains membres ne souhaitaient plus adhérer à la convention et les défenderesses craignaient qu'ils ne préfèrent retourner au système du tiers garant ; - les coûts élevés de conclusion et d'application de la convention pouvaient décourager un certain nombre de pharmacies d'y adhérer. La deuxième mesure prise était l'inclusion d'une marge de calcul de 10%. Ces bases posées, les défenderesses reprenaient le calcul des coûts fait par pharmaSuisse le 15 mars 2011, à l'instar du demandeur : « Il ressort de son tableau que les coûts escomptés en relation avec la Convention s'élèvent à 4'194'400 fr. pour 2007 à 2009. Si l'on se fonde sur l'estimation de 1'450 pharmacies, on arrive à 2'892 fr. 98 par pharmacie pour deux ans, soit 1446 fr. 34 par an. A ce chiffre, pharmaSuisse ajoute 500 fr. pour parer aux frais supplémentaires ainsi qu'une marge de sécurité de 10%. Le coût par année et par pharmacie s'élève donc au total de 2'092 fr. 68 auquel il convient

- 54 - d'ajouter 8% de TVA puisqu'il s'agit de prestations imposées à ce titre. [...] Il s'agit pour les défenderesses d'un coût effectif [...]. Le total final s'élève à 2'260 fr. 10 par année donc à 4'520 fr. 20 pour les deux ans de la Convention. Au regard de ces coûts, la participation de 4'300 fr. demandée aux non-membres par pharmaSuisse apparaît pleinement justifiée. En effet, cette contribution doit être équitable non seulement du point de vue des non-membres mais également du point de vue des fédérations qui ont fourni un travail extrêmement conséquent pour aboutir à une convention viable et qui doivent faire preuve d'une certaine prudence dans l'estimation des coûts pour le maintien de cette institution. »

## **E. 5**

Il convient encore de se prononcer sur le grief du demandeur s'agissant de la prétendue contrainte d'affiliation. Cet argument repose sur la comparaison entre une année de cotisation à pharmaSuisse et une année d'adhésion à la Convention RBP IV pour les non-membres. Le demandeur prétend que l'on peut en déduire l'existence d'une prétendue contrainte d'affiliation qui reviendrait à faire financer aux non-membres des tâches dont bénéficient exclusivement les membres. De l'avis des défenderesses, auquel le Tribunal se rallie, le demandeur ne saurait être suivi. Premièrement, la base de comparaison est erronée car le demandeur compare les 4'500 fr. demandés la première année aux non-membres pour leur adhésion à la RBP IV avec une année de cotisation des membres de pharmaSuisse. Or la Convention s'applique pour deux ans au moins, voire davantage et la taxe d'entrée de 3'000 fr. n'est perçue que la première année. Ainsi, si l'on prend comme base une durée de deux ans, on arrive à 6'000 fr. pour adhérer à la RBP IV contre quelque 10'000 fr. de

cotisations pour les membres si l'on reprend les chiffres de la demande. Cette différence s'amplifie si l'on prend trois ans pour base de calcul. En aucun cas on ne peut déduire de ces chiffres l'existence d'une contrainte d'affiliation. Deuxièmement, les pharmacies ne sont pas contraintes d'adhérer à la Convention si elles souhaitent faire bénéficier leurs clients du système du tiers payant. Au contraire, elles ont toute latitude pour négocier avec un ou plusieurs assureurs un accord permettant une telle prise en charge (art. 42 al. 2 LAMal). Partant, les pharmaciens sont libres de choisir la solution qui leur paraît la mieux adaptée, quitte à se satisfaire du système du tiers-garant, modèle que le législateur a choisi par défaut (art. 42 al. 1 LAMal). Partant, c'est à tort que le demandeur prétend avoir été contraint d'adhérer à la Convention RBP IV sous peine de perdre le statut de tiers payant. On rappellera que ce statut ne relève pas du régime ordinaire prévu par la loi mais d'une exception qui suppose un accord (art. 42 LAMal). Autrement dit, le risque de ne pas obtenir ou de perdre le statut de tiers payant ne saurait être considéré comme une menace assimilable à une contrainte d'adhésion à la Convention RBP IV pour les fournisseurs de prestations qui ne sont pas membres de pharmaSuisse. On soulignera en outre que les pièces produites à l'audience du 5 mai 2015 ne changent rien quant au raisonnement selon lequel le demandeur n'est pas lié par la Convention s'il ne souhaite pas y adhérer et qu'en théorie, il est libre de conclure d'autres conventions.

## **E. 6**

Dans un autre grief, le demandeur soutient que les taxes exigées des non-membres ne sauraient servir à couvrir les coûts de fonctionnement de pharmaSuisse sans rapport avec la conclusion et le fonctionnement de la Convention. Il relève que pharmaSuisse admettait dans sa lettre du 4 avril 2011 avoir subventionné ses membres pour une partie des frais de la Convention RBP IV, allégation qui, selon lui, n'apparaît pas crédible en raison du montant que cela représente par rapport aux cotisations des membres et au regard des tâches dont cette association faîtière a la charge. Le 27 août 2014, il s'exprimait comme suit : « En effet si, comme l'affirmait pharmaSuisse dans une lettre du 4 avril 2011 à l'un de ses membres (M. K. \_\_\_\_\_) (pièce 6 annexée à la demande), il avait été « particulièrement veillé [...] à ne pas être discriminatoire au sens de la loi (article 46 alinéa 2 LAMal) », et que les « coûts réels » avaient été calculés pour déterminer la part de ces coûts subventionnés réellement par les cotisations de ses membres, on peut, à partir des coûts de conclusion et de fonctionnement de la convention qui sont les mêmes pour les membres et les non-membres de pharmaSuisse, estimer à 5'418'000 francs au minimum, ce qui est invraisemblable comme on le verra ci-après.

- 56 - Les taxes convenues représentent ainsi - ou sont censées représenter ainsi - le coût moyen pour chaque pharmacien occasionné par la conclusion et le fonctionnement de la convention. En multipliant donc le montant total de ces taxes par le nombre des adhérents (membres et non-membres de pharmaSuisse) on obtient - ou devrait obtenir - le montant des frais auxquels les non-membres devraient participer équitablement - c'est-à-dire en acquittant des taxes qui ne sauraient dépasser la part des frais incombant aux membres qui sont supportés au moyen de leurs cotisations. Les frais de conclusion représentent 2'000 francs pour les membres et non-membres qui adhèrent à la convention, les frais pour les membres étant pris en charge par pharmaSuisse au moyen de leurs cotisations. Les frais de fonctionnement se montent eux à 1'500 francs, ce qui représente au total 3'500 francs (lettre du 4 avril 2011 déjà citée, avec ses annexes). Les pharmaciens membres de pharmaSuisse sont quelque 1'450 et les non-membres adhérents, 270, soit donc 1'720 au total. Pour

justifier le montant réclamé aux non-membres qui adhèrent à la convention, il faudrait par conséquent que les frais de conclusion et de fonctionnement de la convention s'élèvent à 3'150 francs x 1'720 adhérents = 5'418'000 francs, peu importe comment la part de ces frais est ou serait financée par les membres de pharmaSuisse ayant adhéré à la RBP IV. De tels frais n'apparaissent pas dans les comptes publiés de pharmaSuisse (sous réserve des charges pour l'assurance-qualité ; voir p. ex. le rapport annuel 2009, pièce 8) et sont dès lors invraisemblables, sauf preuve du contraire. Car les frais liés à la RBP IV selon pharmaSuisse, s'ils étaient avérés, ne laisseraient certainement à cette association que peu de moyens pour lui permettre d'exécuter ses nombreuses autres tâches statutaires. Cela ressort des éléments de la comptabilité qui ont été remis à M. K. \_\_\_\_\_, confrère du demandeur, sur lesquels pharmaSuisse affirme s'être fondée (pièce 6). On constatera que les coûts directs pour l'adhésion à la convention s'élèvent à 1'920'141 francs pour les années 2007 à 2009 (coûts directs pour les produits plus coûts salariaux directs). Viennent s'y ajouter des frais généraux de 2'274'259 francs calculés à partir des heures de travail consacrées à la RBP IV par rapport aux heures de travail globales de pharmaSuisse, qui a déclaré s'attendre finalement à des frais supplémentaires de 1'450'000 francs et prévu un risque de calcul de 10% qui s'élève 424'386 francs. Il en résulte un prix global de 6'068'786 francs (TVA exclue) ou de 6'554'289 francs (TVA de 8% incluse) pour la convention tarifaire, ce qui est encore plus invraisemblable. » En septembre 2013, les défenderesses mentionnaient que la participation totale exigée des membres et qui est en partie

- 57 - subventionnée n'est pas la même que celle qui est demandée aux non-membres, ajoutant ce qui suit : « Différence de traitement ne signifie toutefois pas encore discrimination si elle repose sur des éléments objectifs. Les non-membres paient effectivement 6'300 fr. au total pour adhérer à la convention pour deux ans. Sur ce montant, 4'300 fr. reviennent à pharmaSuisse pour ses frais de conclusion et d'application. Le solde revient à Santésuisse qui s'occupe des adhésions individuelles non fédérées. Ces adhésions impliquent une surcharge de travail importante pour l'enregistrement, le suivi, la facturation, les rappels, etc. Cette tâche est assumée par Santésuisse et justifie le montant de 2'000 fr. que les non-membres doivent payer. Il serait inéquitable de faire supporter aux membres des coûts que seuls les non-membres engendrent par leur adhésion. Cela explique pourquoi, dans son analyse des coûts du 4 avril 2011 et « dans le cadre de la convention RBP IV, pharmaSuisse a fixé des coûts de CHF 2'000.- pour l'adhésion à la convention tarifaire RBP IV et de 1'150.- par an pour sa mise en application (contrôle de la qualité inclus) ». Cela correspond à un total de 4'300 fr., le solde de 2'000 fr. revenant à Santésuisse pour les raisons évoquées ci-dessus. [...] Cette participation est partiellement subventionnée pour les membres de pharmaSuisse. La subvention s'élève à 3'100 fr. (4'300 — 1'200) et non pas à 5'100 fr. comme le prétend le demandeur. » Ainsi, à l'instar des défenderesses, il faut constater qu'il ressort de ce qui précède que s'agissant de la stricte participation aux coûts de conclusion et d'application de la Convention, membres et non-membres de pharmaSuisse sont sur un pied d'égalité. Les uns et les autres sont tenus de participer aux frais de conclusion et d'application de la Convention RBP IV à hauteur de 4'300 fr. pour deux ans. De plus, ne serait-ce que du fait de la différence entre le montant de 5'100 fr. retenu par le demandeur et celui de 3'100 fr. exposé par les défenderesses, la démonstration du demandeur tombe à faux car elle se fonde sur des chiffres erronés. Les défenderesses ajoutaient en outre ce qui suit : « [...] comme le relève le demandeur, il est vrai que pharmaSuisse subventionne également la participation de ses membres à la

- 58 - Convention conclue avec les assurances accidents, militaire et invalidité. Le coût d'adhésion à cette convention est de 500 francs. S'y ajoute une participation aux frais de fonctionnement de 350 fr. par pharmacie par année. Pour cette convention, le montant par pharmacie s'élève au total de 1'200 fr. pour deux ans. Comme la moitié de cette somme revient à pharmaSuisse, elle n'a en réalité besoin de financer que 600 fr. par pharmacie. En résumé, la subvention de pharmaSuisse à ses membres se calcule comme suit : Subvention RBP IV pour deux ans = 3'100 fr. x 1'352 pharmacies = 4'194'300 fr. Subvention Convention AA, AI, AM = 600 fr. x 1'352 pharmacies = 811'800 fr Total : 5'006'100 fr. On est très loin du chiffre de 8'050'350 fr. avancé par le demandeur et repris de l'expertise du M. K.\_\_\_\_\_. Il ressort de la comptabilité de pharmaSuisse que le total des cotisations des membres pour deux ans (2006-2009) se monte à 14'658'367 francs. La subvention de pharmaSuisse en faveur de ses membres ne représente donc qu'un tiers du montant total des cotisations de ses membres. Il est donc faux de dire que les cotisations des membres à pharmaSuisse ne permettent pas de couvrir la part subventionnée. » Il apparaît ainsi, selon toute vraisemblance, que les non- membres ne paient pas pour les membres de pharmaSuisse. A cet égard, le demandeur a renoncé à la mesure d'instruction qui aurait permis de l'établir.

#### **E. 7**

Il ressort des documents produits et des explications de pharmaSuisse et santésuisse que leurs calculs des frais de négociation, conclusion et fonctionnement de la Convention tarifaire RBP IV – tels que présentés dans la pièce n° 6 du demandeur, des conventions tarifaires RBP I à III (pièce n° 102 des défenderesses) et au vu des coûts de conclusion et de fonctionnement résultant des comptes d'exploitation 2010 à 2012 de tarifsuisse SA – sont suffisamment établis et correspondent à la réalité. Il s'ensuit que, selon la vraisemblance prépondérante, les contributions prévues à l'art. 2 ch. 1 de l'annexe 6 à la Convention revêtent un caractère équitable au sens de l'art. 46 al. 2 LAMal.

- 59 -

#### **E. 8**

Compte tenu des griefs invoqués et du fait que K.\_\_\_\_\_ n'a pas le titre d'expert pour apprécier des éléments comptables, il ne saurait être entendu en cette qualité par le Tribunal de céans. Au surplus, en l'état du dossier, aucune autre mesure d'instruction n'apparaît nécessaire, les faits pertinents ayant pu être constatés à satisfaction de droit, étant rappelé que les parties y ayant au demeurant renoncé (appréciation anticipée des preuves ; cf. ATF 122 II 464 cons. 4a, TF 8C\_764/2009 du 12 octobre 2009 cons. 3.2, TF 9C\_440/2008 du 5 avril 2008).

#### **E. 9**

Vu ce qui précède, la demande doit être rejetée. Le demandeur, qui voit ses conclusions intégralement rejetées, supportera les frais de la procédure devant le Tribunal arbitral, sans pouvoir prétendre à des dépens (art. 45, 49 al. 1 et 55 al. 1 LPA-VD et 95 al. 1 et 2 CPC [code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272], par renvoi des art. 109 al. 1 et 116 LPA-VD). Les frais de procédure comportent l'émolument judiciaire perçu par le Tribunal cantonal, arrêté à 5'625 fr., ainsi que la rémunération des arbitres, qu'il y a lieu de fixer à 3'000 fr. par arbitre, soit un total de 11'625 francs. Les défenderesses, qui ont versé une avance de frais de 3'000 fr. (part aux honoraires des arbitres), se verront rembourser leur avance. De plus, représentées par un avocat et obtenant gain de cause, elles ont droit à

des dépens à la charge du demandeur, qu'il convient d'arrêter à 3'500 fr. (art. 55 LPA-VD et 95 al. 3 CPC par renvoi des art. 109 al. 2 et 116 LPA-VD ; art. 7 et 8 TFJAS [tarif des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales du 2 décembre 2008 ; RSV 173.36.5.2] et art. 4 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]).

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