

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2622/2007

ATAS/261/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL ARBITRAL
DES ASSURANCES**

Chambre 7

du 10 mars 2010

En la cause

ASSURA - ASSURANCE-MALADIE ET ACCIDENTS, sise
avenue C.-F. Ramuz 70, PULLY

demandereses

ATUPRI KRANKENKASSE, sise Zieglerstrasse 29, BERN

MOVE SYMPANY, sise Jupiterstrasse 15, BERN

CONCORDIA ASSURANCE SUISSE DE MALADIE ET
ACCIDENTS, sise Bundesplatz 15, LUZERN

KPT CPT KRANKENKASSE, sise Tellstrasse 18, BERNE

CSS VERSICHERUNG, sise Rösslinattstrasse 40, LUZERN

GROUPE MUTUEL, sis rue du Nord 5, MARTIGNY

MUTUEL ASSURANCES, sise rue du Nord 5, MARTIGNY

**Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Jacques-Alain WITZIG et Jean-Marc LEBET,
Arbitres**

AVENIR ASSURANCES, sise rue du Nord 5, MARTIGNY

HERMES, sise rue du Nord 5, MARTIGNY

UNIVERSA, sise rue du Nord 5, MARTIGNY

CMBB ASSURANCE MALADIE ET ACCIDENT, sise rue du Nord 5, MARTIGNY

LA CAISSE VAUDOISE, sise c/o Groupe Mutuel; rue du Nord 5, MARTIGNY

CAISSE-MALADIE DE LA FONCTION PUBLIQUE, sise c/o GROUPE MUTUEL, rue du Nord 5, MARTIGNY

CAISSE MALADIE DE TROISTORRENTS, sise c/o Groupe Mutuel, rue du Nord 5, MARTIGNY

CAISSE-MALADIE EOS, sise rue du Nord 5, MARTIGNY

AVANTIS ASSUREUR MALADIE, sis c/o Groupe Mutuel, rue du Nord 5, MARTIGNY

FONDATION NATURA ASSURANCES.CH, sise c/o Groupe Mutuel, rue du Nord 5, MARTIGNY

PANORAMA KRANKEN- UND UNFALLVERSICHERUNG, sise c/o Groupe Mutuel, rue du Nord 5, MARTIGNY

EASY SANA, sise c/o Groupe Mutuel; rue du Nord 5, MARTIGNY

PHILOS, sise Riond-Bosson, TOLOCHENAZ

HELSANA VERSICHERUNG AG, sise à ZURICH

INTRAS, sise rue Blavignac 10, CAROUGE

KOLPING KRANKENKASSE AG, sise Ringstrasse 16, DUBENDORF

OKK SCHWEIZ, sise rue Hans-Fries 2, FRIBOURG

PROGRES VERSICHERUNGEN AG, sise à ZURICH

PROVITA GESUNDHEITSVERISCHERUNG AG., sise Brunngrasse 4, WINTERTHUR

SANSAN VERSICHERUNGEN AG, sise à ZURICH

SUPRA CAISSE MALADIE, sise chemin de Primerose 35,
LAUSANNE

SWICA GESUNDHEITSORGANISATION, sise Römerstrasse, 38,
WINTERTHUR

Toutes représentées par Santésuisse Genève, et comparant avec
élection de domicile en l'étude de Me Mario-Dominique TORELLO

contre

Monsieur H_____, domicilié à GENEVE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître CARRARD Olivier

défendeur

EN FAIT

1. Monsieur H_____ (ci-après le médecin, puis le défendeur) est spécialiste FMH en gynécologie et obstétrique à Genève.
2. Selon les statistiques-facteurs (ci-après : statistiques RSS) de l'association Santésuisse, organisation faîtière des assureurs-maladie actifs dans le domaine de l'assurance-maladie sociale, le médecin présente des coûts par patient plus élevés que la moyenne de ses confrères de la même spécialité, par rapport à la moyenne de 100. Ainsi, son indice des coûts directs était en 2002 de 190 et celui des coûts directs et indirects (coûts totaux) de 151. En 2003, ces indices étaient de respectivement 207 et 164, en 2004 de 187 et 157, en 2005 de 241 et 178 et en 2006 de 220 et 169.
3. Par courrier du 30 décembre 2003, Santésuisse a informé le médecin qu'en 2002, ses frais médicaux étaient largement supérieurs à la moyenne du groupe comparatif et l'a invité à lui communiquer les particularités de sa pratique médicale, tout en attirant son attention sur l'obligation des médecins de respecter le principe d'économicité du traitement.
4. Le 26 août 2004, Santésuisse lui a signalé que ses indices statistiques étaient toujours trop élevés en 2003.
5. Le 7 février 2007, le médecin et son épouse ont été entendus par la Commission SPE au secrétariat de Santésuisse. Selon le procès-verbal du 8 février 2007 relatif à cette audition, le médecin a déclaré avoir repris en 2001 le cabinet du Pr L_____ qui avait habitué ses patientes à venir au cabinet deux fois par an. Le médecin avait essayé de diminuer la fréquence des consultations, mais en vain. Au sujet d'une facture de 516 fr. 75 établie par ses soins que la commission lui a soumise, le médecin a expliqué qu'il s'agissait d'un examen annuel typique du Pr L_____ et que les patientes insistaient pour faire ces examens. Il facturait systématiquement les ultrasons. La durée de la consultation, entre 40 à 50 minutes, dépendait des demandes des patientes. A cet égard, la commission a constaté que le médecin facturait quatre à six fois la position 22.0030 (consultation gynécologique spéciale par le spécialiste, par période de 5 minutes). Selon le médecin, 30 à 40% de sa clientèle était composée de femmes arabes, dont la moitié était à l'Hospice général, et elles parlaient pendant une heure. A l'issue de cette audition, la Commission a décidé de transmettre le dossier au Tribunal arbitral, en relevant que le contrôle gynécologique coûtait plus de 500 fr. par patiente chez le médecin, alors que la moyenne se situait entre 150 et 200 fr.
6. Par courrier du 26 mars 2007, le médecin a expliqué, par l'intermédiaire de son conseil, qu'il effectuait dans son précédent cabinet un travail différent, étant donné que la clientèle n'était pas la même. Celle qu'il avait reprise du Pr L_____

était plus âgée. Il y avait notamment de nombreuses femmes âgées de plus de 50 ans, lesquelles présentaient un risque plus important. Par ailleurs, ce n'était pas les patientes qui insistaient pour faire des examens, mais lui-même, sur la base de son évaluation, en tenant compte des différents facteurs de risque, dont notamment l'âge. Il s'agissait d'une question de responsabilité du médecin. Il a fait valoir également que les ultrasons et les mammographies étaient des examens indispensables pour les patientes de plus de cinquante ans. Quant à la clientèle arabe, elle était compliquée et avait besoin de beaucoup de temps pour être examinée. Il arrivait également que le mari exige d'assister à la consultation, voire même que l'épouse du médecin soit présente.

7. Le 19 avril 2007, SANTESSUISSE a fait part au médecin que son indice des statistiques RSS en 2005 était toujours largement supérieur à la moyenne de ses confrères. Elle considérait par ailleurs que les particularités de sa pratique étaient couvertes par la marge de sécurité de 30% du coût moyen admise par la jurisprudence. Partant, Santésuisse lui a fait savoir qu'elle s'apprêtait à lui réclamer un trop-perçu pour l'année statistique 2005 de 205'271 fr. et lui a accordé un délai pour se déterminer sur cette missive.
8. Le 29 mai 2007, le médecin a demandé une prolongation de ce délai jusqu'à fin juillet 2007, ce que Santésuisse a refusé, eu égard au délai de péremption.
9. Par demande déposée le 2 juillet 2007, différentes caisses-maladie, énumérées sur la page de garde du présent arrêt en tant que demanderesse du groupe I et représentées par Santésuisse et son conseil, ont saisi le Tribunal de céans d'une demande en restitution de la somme de 205'271 fr. à l'encontre du médecin, sous suite de dépens. Elles lui reprochent une polypragmasie en 2005. Pour le calcul de leur prétention en restitution, elles se sont fondées sur les coûts directs du médecin dépassant les 130% de la moyenne des coûts directs par patient de son groupe de comparaison. Elles ont estimé qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte de l'indice du défendeur relatif aux coûts directs et indirects, dans la mesure où seul un coût indirect en-dessous du niveau moyen du groupe de comparaison pouvait être pris en considération, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Il n'y avait par ailleurs pas lieu de tenir compte de l'âge de la clientèle du défendeur, dès lors que les statistiques ANOVA, qui étaient établies par Santésuisse au niveau national et prenaient en considération les différences de coûts dus à l'âge des patients, faisaient apparaître un indice du défendeur de 235 par rapport à la moyenne de 100 de ses confrères. En ce qui concernait les patientes de nationalité étrangère, en particulier arabes, les demanderesse ont relevé qu'il n'appartenait pas aux patients de fixer le déroulement de la consultation et que la présence de leur époux ne justifiait pas que la durée de la consultation soit plus longue. Elles ont ainsi estimé qu'aucune explication plausible ni spécificité quelconque justifiaient que la pratique du défendeur s'écarte de la moyenne du groupe de comparaison, augmentée de la marge de tolérance.

10. A l'audience du 24 août 2007, le Tribunal de céans a constaté l'échec de la tentative de conciliation. A cette occasion, les demanderesses ont désigné Monsieur I _____ comme arbitre.
11. Par courrier du 21 septembre 2007, le défendeur a désigné le Dr M _____ comme arbitre.
12. Par mémoire-réponse du 1^{er} octobre 2007, le défendeur a conclu au rejet de la demande, sous suite de dépens. Subsidiatement, il a demandé l'utilisation de la méthode analytique pour déterminer si sa pratique médicale révélait une polypragmasie. Concernant ses patientes qui demandaient deux visites annuelles, il avait essayé de les tempérer, mais l'acceptait parfois dans leur intérêt. Il était en outre d'origine égyptienne, ce qui expliquait qu'il recevait beaucoup de patientes arabes qui, pour des raisons culturelles, nécessitaient souvent plus de temps. Il a par ailleurs mis en cause la valeur probante des statistiques RSS de Santésuisse. Il convenait à tout le moins de prendre en considération l'indice des coûts totaux qui était de 178. De surcroît, il y avait lieu d'augmenter la marge de tolérance dans son cas, au vu des spécificités de son cabinet. Il s'est prévalu ensuite de la violation du principe de la proportionnalité, dans la mesure où son bénéfice en 2005 ne s'était élevé qu'à 60'792 fr. 44, compte tenu d'un chiffre d'affaires de 230'650 fr. 70 et de charges de 169'858 fr. 26, alors que les demanderesses lui réclamaient la somme de 205'271 fr. La restitution d'un tel montant lui causerait de sérieux problèmes financiers et il se verrait contraint de fermer son cabinet médical.
13. Par réplique du 23 novembre 2007, Santésuisse a conclu à ce que le défendeur soit condamné au paiement de la somme de 182'279 fr. 70, sous suite de dépens. Les demanderesses ont relevé que le défendeur ne donnait aucun élément précis sur le nombre de ses patientes âgées de plus de 50 ans. En tout état de cause, deux visites annuelles systématiques n'étaient pas justifiées. De surcroît, non seulement, il pratiquait sur ses patientes deux contrôles gynécologiques par an, mais en plus, ceux-ci étaient au moins deux fois plus coûteux que ceux pratiqués par ses confrères. En outre, son bénéfice n'était pas relevant, dans la mesure où les statistiques se fondaient sur les factures remboursées dans l'année en cause par les caisses-maladie. En ce qui concernait la question de savoir s'il y avait lieu de se fonder sur l'indice des coûts directs ou des coûts totaux, les demanderesses ont finalement considéré qu'il fallait se référer à l'indice ANOVA des coûts totaux de 186. En tenant compte de cet indice, le défendeur ne devait restituer que la somme de 182'279 fr. 69. Le défendeur n'avait par ailleurs pas justifié de traiter 30 à 40% de patientes étrangères. Il n'était en tout état de cause pas établi que ces patientes entraînaient des coûts de santé supérieurs, médicalement justifiés. Les demanderesses avaient également procédé à la comparaison d'un échantillon de dix factures du défendeur avec dix factures, prises au hasard parmi les médecins du groupe de comparaison, relatives aux contrôles gynécologiques. Les factures du défendeur s'élevaient entre 341 fr. 75 et 527 fr. 05, alors que le montant des dix

autres factures de ses confrères oscillait entre 127 fr. 80 et 261 fr. 85. Elles étaient donc toutes inférieures à la facture la plus basse du défendeur. Cela s'expliquait en particulier par le fait que neuf des factures de celui-ci comportaient le poste de sonographie andovaginale ou andorectale. Cinq factures mentionnaient un examen complet à ultrason des deux seins. Enfin, la durée moyenne d'une consultation chez le défendeur était de 35 minutes. Or, parmi les dix factures des confrères de la même spécialité, seules deux de celles-ci comportaient un examen de sonographie andovaginale ou andorectale et sur aucune des dix factures n'était mentionné un examen complet par ultrason des deux seins. La durée des consultations était également trop longue pour un contrôle gynécologique. Ces éléments ressortaient d'un examen analytique de sa pratique. Quant au fait que son bénéficiaire de l'année 2005 était largement inférieur au montant que les demanderesse lui réclamaient, elles ont répété que la demande de remboursement était fonction de la facturation émise par le médecin et qu'elle avait pour but de contenir les coûts de la santé à la charge de l'assurance obligatoire des soins.

14. Par courrier du 29 novembre 2007, les demanderesse ont corrigé une erreur qui s'était glissée dans leurs dernières écritures. Contrairement à ce qu'elles avaient allégué, la première des dix factures du défendeur produites dans la procédure n'était pas du même type que les autres, dans la mesure où il s'agissait d'une consultation d'urgence. Elle ne pouvait ainsi être comparée aux autres factures et devait être écartée.

15. Par duplique du 22 janvier 2008, le défendeur a persisté dans ses conclusions. Il a souligné que, sur 2'422 patientes, 826 étaient nées avant 1960 et 1345 d'origine étrangère. A l'appui de ses dires, il a produit la liste anonymisée de ses patientes en 2007 avec indication de leur âge et nationalité. Il a par ailleurs insisté qu'il fallait prendre en considération le cas échéant l'indice des coûts totaux des statistiques RSS, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral. Quant à la valeur probante des statistiques, il a fait valoir que les critiques émises par le Conseil d'éthique de la statistique publique suisse à l'égard des statistiques de Santéuisse étaient récentes et n'avaient pas encore été prises en considération par notre Haute Cour. Il était dès lors insuffisant de renvoyer à la jurisprudence de celle-ci pour clôturer le débat à ce sujet. Ces critiques étaient en outre partagées par une partie de la doctrine. Le défendeur a ainsi demandé l'examen de sa pratique par la méthode analytique. Quant à la comparaison effectuée par les demanderesse sur la base d'un échantillon de dix factures, le défendeur leur a reproché de s'être montrées négligentes pour cette analyse. Preuve en était qu'elles s'étaient trompées pour la première facture, qui avait été établie pour une consultation d'urgence. Il a aussi mis en doute que le choix des factures avait été fait au hasard. A son avis, il faudrait prendre des personnes du même âge, souffrant du même problème, subissant le même traitement, pour pouvoir comparer les factures. Ces principes fondamentaux n'ayant pas été respectés, les résultats de cette analyse ne sauraient être pris en

compte. Il a enfin persisté de considérer que la demande de restitution des demanderesses était disproportionnée par rapport au bénéfice d'exploitation.

16. Le 23 mai 2008, Santésuisse a informé le défendeur qu'en 2006, son indice ANOVA (175) était toujours largement supérieur à l'indice moyen du groupe de comparaison et que les particularités de sa pratique étaient déjà couvertes par la marge de sécurité de 30 %. Les assureurs-maladies étaient sur le point de lui demander la restitution de la somme de 132'236 fr.
17. Le 17 juin 2008, le défendeur a contesté les prétentions de Santésuisse et a sollicité une prolongation du délai qui lui avait été accordé. Santésuisse n'a pas accédé à cette demande, en raison du délai de péremption d'une année.
18. Par demande du 23 juillet 2008, les caisses maladies mentionnées en tant que demanderesses du groupe II, ont saisi le Tribunal de céans d'une demande de restitution de la somme de 132'236 fr., sous suite de dépens, à l'encontre du défendeur. Subsidièrement, elles ont demandé la restitution de la somme de 118'989 fr. Leur demande est fondée sur le reproche d'une polypragmasie du médecin en 2006. Elles ont relevé que Santésuisse avait décidé d'uniformiser sa pratique au niveau suisse et de ne prendre en considération que l'indice ANOVA des coûts totaux. Or, celui-ci avait été de 175 en 2006. En se fondant sur l'indice RSS des coûts directs et indirects de 169, il s'avérait que le défendeur avait facturé la somme de 118'989 fr. en trop. Les demanderesses ont par ailleurs expliqué les avantages de la méthode statistique ANOVA. Cette méthode permettait de prendre en compte les facteurs qui avaient une influence significative sur les coûts moyens du fournisseur de prestations, soit la spécialité médicale du médecin, la structure d'âge et le sexe des patients et le niveau de coût par canton. Les coûts moyens étaient ensuite corrigés par la « méthode des moindres carrés » ou du « plus petit carré », afin d'obtenir des « coûts standardisés ». Chaque fournisseur de prestations était ensuite comparé à partir de ces coûts moyens corrigés aux médecins de la même spécialité et par rapport à un groupe témoin couvrant le territoire national. L'indice ANOVA était uniquement calculé pour les fournisseurs de prestations s'occupant de plus de 50 patients par an et facturant des coûts de plus de 100'000 fr., ce qui permettait d'optimiser l'homogénéité du groupe de comparaison. A titre subsidiaire, les demanderesses du groupe II ont fait valoir qu'il n'était pas justifié en l'espèce de prendre en considération les coûts totaux résultant des statistiques RSS, les coûts indirects du défendeur s'étant élevés à 108 en 2006. Or, selon les demanderesses, le Tribunal fédéral n'admettait de prendre en considération les coûts totaux que lorsque l'indice des coûts indirects était notablement inférieur à la moyenne. En ce qui concerne l'argument du défendeur, selon lequel ses patientes étaient âgées, elles ont souligné que l'indice ANOVA des coûts directs, qui prenait en compte les différences de coûts dues à l'âge des patients, était de 213. Pour le surplus, elles ont repris leurs précédents arguments.

19. Le 5 août 2008, le Tribunal de céans a convoqué les parties à une audience de comparution personnelle pour le 10 octobre 2008 dans le cadre de la première demande et à une audience de conciliation à la même date dans le cadre de la seconde demande.
20. Le 2 octobre 2008, le défendeur a informé le Tribunal de céans qu'il était en arrêt de travail à 100% et a demandé à être dispensé de comparaître personnellement aux audiences fixée au 10 suivant. De ce fait, l'audience de comparution personnelle des parties a été annulée.
21. Le 10 octobre 2008, le Tribunal de céans a procédé à une tentative de conciliation des parties dans le cadre de la seconde demande, tentative qui a échoué. A cette audience, le Tribunal de céans a par ailleurs ordonné la jonction des deux demandes sous le no de procédure A/2622/2007.
22. Le 13 février 2009, le défendeur a répondu à la seconde demande et a conclu à son rejet, sous suite de dépens. Subsidiairement, il a conclu à ce que la méthode analytique soit utilisée pour déterminer s'il y a eu polypragmasie, en tenant compte de l'ensemble des coûts directs et indirects. Il a informé le Tribunal de céans avoir remis son cabinet au Dr N_____, en raison de son arrêt maladie depuis le 1^{er} octobre 2008. Concernant la méthode ANOVA, il a fait valoir que celle-ci ne faisait de loin pas l'unanimité. Il lui a semblé par ailleurs que le choix de la méthode ANOVA était opportuniste, dans la mesure où les indices des statistiques ANOVA le concernant étaient supérieurs à ceux des statistiques RSS. Ainsi, il a estimé, à titre subsidiaire, qu'il fallait tenir compte des statistiques RSS. Pour le surplus, il a maintenu ses précédents arguments. Concernant la violation du principe de la proportionnalité en 2006, il a affirmé avoir réalisé un bénéfice net de 225'814 fr. 95 en 2006. Par ailleurs, du fait de la fermeture son cabinet médical pour des raisons de santé, il n'était au bénéfice que d'une petite indemnité d'assurances découlant de son incapacité de travail. La restitution des sommes réclamées lui causerait ainsi de sérieux problèmes financiers.
23. Par courrier du 16 février 2010, le défendeur a communiqué au Tribunal de céans, par l'intermédiaire de son conseil, copie d'un compte-rendu de l'examen neuropsychologique par Madame Myriam J_____, neuropsychologue, examen dont il a fait l'objet le 29 novembre 2005. Il lui a également transmis copie d'un courrier du 23 janvier 2009 du Dr O_____, neurologue, au président de l'Association des médecins de Genève (AMG), le Dr P_____. Le défendeur a fait valoir qu'il ressortait de ces documents qu'il était atteint de la maladie d'Alzheimer, ce qui expliquait qu'il ait été mis en arrêt maladie pour une durée indéterminée dès le 1^{er} octobre 2008. La maladie avait été diagnostiquée en janvier 2009 et était certainement liée aux troubles cognitifs constatés déjà en 2005 par Madame J_____. Selon le défendeur, il était ainsi hautement vraisemblable que sa capacité de discernement et sa faculté d'agir raisonnablement fussent altérées

par la maladie d'Alzheimer. Compte tenu de ce fait nouveau, il a sollicité une audience de comparution des mandataires, afin d'examiner quelles en étaient les conséquences pour la procédure. Il s'est réservé également la possibilité de solliciter le dépôt d'une écriture complémentaire ou une expertise pour apprécier la question de sa capacité de discernement.

24. Dans son compte-rendu du 29 novembre 2005, Madame J_____ a relevé que le défendeur souhaitait, par le biais d'un examen neuropsychologique, faire le point sur un certain nombre de plaintes cognitives. Il avait en effet remarqué, depuis un an environ, des oublis, une moindre fluidité dans le cours de ses activités et du fil de ses idées, une recherche du nom propre et un manque de concentration. A cet égard, il a évoqué un contexte de surcharge de travail avec un éventuel burn-out, mais craignait aussi une participation organique à la symptomatologie. A l'examen, il ne présentait pas de ralentissement ni de fatigabilité. La neuropsychologue a mentionné qu'il décrivait finement ses troubles et son contexte personnel. L'orientation temporelle et spatiale était sans problème. Le langage était spontané, fluant et informatif. Le lexique était bon à la dénomination fine et la fluence verbale riche. Toutefois, les épreuves continues de dénomination et lecture étaient ralenties. Des erreurs d'interférence et autocorrections étaient mises en évidence, avec une tendance à la désorganisation des procédures. Les stratégies de résolution de problèmes étaient adéquates. Enfin, la créativité non verbale fine était aussi adéquate. Dans ses conclusions, Madame J_____ a constaté des difficultés importantes à une épreuve d'apprentissage verbal, avec la production de confabulations. En modalité visuo-spatiale, ces tendances étaient plus légères et le résultat était resté dans la limite de la norme. Il y avait aussi des difficultés modérées aux épreuves exécutives de flexibilité mentale, dans le sens d'une difficulté à la programmation fine et à l'inhibition. Madame J_____ a fait aussi état d'un début de dyspraxie idéomotrice et d'une légère difficulté aux praxies constructives. Ces difficultés cognitives étaient associées à des éléments du contexte personnel et professionnel évoquant clairement un burn-out. Toutefois, l'intensité des troubles cognitifs observés faisait craindre une participation organique. C'est la raison pour laquelle Madame J_____ a adressé le défendeur au Docteur O_____ pour approfondir les investigations.
25. Dans le courrier du 23 janvier 2009 du Docteur O_____ précité, celui-ci a demandé au président de l'AMG de conseiller l'épouse du défendeur quant à l'attitude à adopter sur la résiliation ou non du droit de pratique de son mari. Le Dr O_____ a par ailleurs fait état d'une lettre du médecin cantonal, laquelle n'a cependant pas été versée à la procédure. Le Dr O_____ a enfin relevé que le défendeur développait une maladie d'Alzheimer et que les troubles augmentaient progressivement.
26. Le 10 mars 2010, une audience de comparution des mandataires a eu lieu. Lors de celle-ci, le mandataire du défendeur a requis une expertise psychiatrique, voire

multidisciplinaire, afin de déterminer si son mandant avait disposé de la pleine capacité de discernement au moment des faits litigieux. Il a relevé à cet égard que la maladie d'Alzheimer se développait progressivement et qu'il était difficile d'établir, à quel moment le malade n'était plus capable de discernement. De ce fait, la mise en œuvre d'une expertise était nécessaire, d'autant plus que la question de la polypragmasie était un domaine complexe et ardu, même pour les médecins en pleine possession de leurs moyens. L'avocat du défendeur a indiqué également que c'était l'épouse du défendeur qui gérait actuellement ses affaires. Elle était complètement perdue, ce qui expliquait qu'elle avait tardé à informer l'avocat du défendeur de la maladie. Le mandataire des demanderesse s'est opposé à la mise en œuvre d'une expertise médicale, contestant que le défendeur présentait une incapacité de discernement au moment des faits déterminants. Il a souligné que celui-ci avait continué à travailler en tant que médecin pendant les années litigieuses et que même les incapables de discernement pouvaient être tenus de réparer le dommage, à certaines conditions. Or, le dommage était en l'espèce indéniable. Il a douté aussi que la situation fin 2006 était comparable à celle en 2009, la maladie ayant évolué pendant ce laps de temps.

27. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. L'objet du litige est la question de savoir si la pratique du défendeur en 2005 et 2006 révèle une polypragmasie et, dans l'affirmative, la détermination du trop-perçu.
2. Aux termes de l'art. 56 al. 1 et 2 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie, du 18 mars 1994 (LAMal ; RS 832.10), le fournisseur de prestations doit limiter ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement. La rémunération des prestations qui dépasse cette limite peut être refusée et le fournisseur de prestations peut être tenu de restituer les sommes reçues à tort au sens de cette loi.
3. a) Selon l'art. 25 al. 2 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1), le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'institution d'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. 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^{er} janvier 2003, l'art. 47 al. 2

de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10) 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 des statistiques, par devant l'organe conventionnel, l'instance de conciliation légale ou le Tribunal arbitral (RAMA 2003, p. 218, consid. 2.2.1). Le délai commence à courir au moment où les statistiques déterminantes sont portées à la connaissance des assureurs suisses (ATFA non publié du 16 juin 2004, cause K 124/03, consid. 5.2). Il convient à cet égard de préciser que le Tribunal fédéral a récemment jugé qu'il n'était pas arbitraire de se fonder sur les dates de la préparation des données figurant sur ces statistiques, en l'absence de pièces permettant d'envisager leur publication antérieure. Il ne suffit notamment pas d'émettre des suppositions ou des hypothèses, selon lesquelles ces statistiques étaient connues des assureurs à une date antérieure (arrêt du Tribunal fédéral 9C_205/2008 du 19 décembre 2008, consid. 2.2).

b) En l'espèce, les statistiques de Santésuisse concernant les années 2005 et 2006 ont été portées à la connaissance des demanderesse au plus tôt respectivement le 3 juillet 2006 et le 23 juillet 2007, dates qui correspondent à celles de la préparation des données figurant sur ces statistiques. Dans la mesure où les demandes ont été déposées les 2 juillet 2007 et 23 juillet 2008, il sied dès lors de constater qu'elles respectent le délai légal d'une année.

4. a) Aux termes de l'art. 56 al. 2 let. a LAMal ont qualité pour demander la restitution l'assuré ou, conformément à l'art 89 al. 3 LAMal, l'assureur dans le système du tiers garant. Selon la jurisprudence en la matière, il s'agit de l'assureur qui a effectivement pris en charge la facture. Par ailleurs, les assureurs, représentés le cas échéant par leur fédération, sont habilités à introduire une action collective à l'encontre du fournisseur de prestations, sans spécifier pour chaque assureur les montants remboursés (ATF 127 V 286 consid. 5d).

Néanmoins, la prétention en remboursement appartient à chaque assureur-maladie, raison pour laquelle il doit être mentionné dans la demande, ainsi que dans l'arrêt (RAMA 2003, p. 221). Lorsqu'un groupe d'assureurs introduit une demande collective, il ne peut dès lors réclamer que le montant que les membres de ce groupe ont payé. Il n'est pas habilité d'exiger le remboursement d'un montant que d'autres assureurs, lesquels ne sont pas représentés par ce groupe, ont pris en charge.

b) En l'espèce, le défendeur ne conteste pas que les demanderesse ont remboursé des factures pour ses patients et n'allèguent pas non plus que d'autres assureurs-maladie, qui ne figurent pas parmi les demanderesse, auraient également pris en charge des factures. Partant, le Tribunal de céans admettra que les demanderesse sont légitimées pour réclamer la totalité des sommes que le défendeur a éventuellement facturées en trop, en violation du principe de l'économicité du traitement.

5. Le défendeur demande préalablement la mise en œuvre d'une expertise médicale judiciaire afin d'établir si sa capacité de discernement était déjà altérée en 2005 et 2006.

a) Le discernement comporte un élément intellectuel, la capacité d'apprécier le sens et les effets d'un acte déterminé, et un élément caractériel, la faculté d'agir en fonction de cette compréhension raisonnable, selon sa libre volonté (ATF 117 II 231). Jouit de la faculté d'agir raisonnablement celui qui peut se rendre compte de la portée de ses actes et résister d'une façon normale à ceux qui tentent d'influencer sa volonté (ATF 127 I 16).

Le degré de la capacité de discernement doit être établi pour juger de l'étendue de la responsabilité déterminée par la faute (ATF 102 II 363)

La question de la capacité de discernement renvoie ainsi à la notion de la faute du médecin (intention ou négligence) dans la violation du principe d'économicité des traitements. Il n'est pas précisé dans la loi si la responsabilité du médecin est subordonnée à la commission d'une faute. Toutefois, on voit mal comment ce principe pourrait être violé par une personne incapable de discernement.

b) En tout état de cause, cette question peut rester ouverte. En effet, de l'avis du Tribunal de céans, la capacité de discernement du défendeur était entière au moment des faits litigieux, dès lors qu'il a pu exercer son métier et facturer ses prestations. Il ne saurait non plus être admis qu'une maladie d'Alzheimer débutante exclue toute capacité de discernement. Cela ne ressort pas du compte-rendu de l'examen neuropsychologique du 29 novembre 2005 de Madame J_____. En effet, sur la base de ce document, il peut être constaté que le défendeur était tout à fait conscient de son état, pouvant décrire "finement" ses troubles et son contexte personnel. Le défendeur se plaignait essentiellement d'oublis, d'une moindre fluidité dans le cours de ses activités et du fil de ses idées, d'une recherche du nom propre et d'un manque de concentration. Or, ce genre de troubles n'affecte en principe que l'efficacité et la qualité du travail, mais non pas la capacité d'apprécier le sens et les effets d'un acte déterminé et d'agir en fonction de cette compréhension raisonnable.

A cela s'ajoute que le coût par patient du défendeur était plus élevé que la moyenne depuis 2002 déjà et ne coïncide donc pas avec l'apparition des troubles cognitifs environ fin 2004, selon les déclarations du défendeur à Madame J_____. Un

lien entre le coût élevé par patient et le début de la maladie d'Alzheimer ne peut donc être établi, ce qui constitue un indice que cette pathologie, respectivement l'éventuel manque de discernement consécutif, n'est pas la cause du dépassement des coûts moyens.

Ainsi, le Tribunal de céans estime que, selon toute vraisemblance, le défendeur était capable de discernement au moment des faits litigieux, en 2005 et 2006, de sorte qu'une expertise médicale n'est pas nécessaire. Le défendeur sera donc débouté de sa conclusion dans ce sens.

6. a) Pour établir l'existence d'une polypragmasie, le Tribunal fédéral admet le recours à trois méthodes : la méthode statistique, la méthode analytique ou une combinaison des deux méthodes (consid. 6.1 non publié de l'ATF 130 V 377, ATF 119 V 453 consid. 4). Les tribunaux arbitraux sont en principe libres de choisir la méthode d'examen. Toutefois, la préférence doit être donnée à la méthode statistique par rapport à la méthode analytique, qui en règle générale est appliquée seulement lorsque des données fiables pour une comparaison des coûts moyens font défaut (consid. 6.1 non publié de l'ATF 130 V 377, ATF 98 V 198).

b) La méthode statistique consiste à comparer la statistique des frais moyens de traitement auprès du médecin en cause avec celle concernant les traitements auprès d'autres médecins travaillant dans des conditions semblables, à condition que la comparaison s'étende sur une période assez longue et que les éléments statistiques soient rassemblés d'une manière analogue. Une polypragmasie doit être admise lorsqu'un nombre considérable de notes d'honoraires émises par un médecin à une caisse-maladie est en moyenne sensiblement plus élevé que celles d'autres médecins pratiquant dans une région et avec une clientèle semblable, alors qu'aucune circonstance particulière le justifie (ATF 119 V 453 consid. 4b). Il y a toutefois lieu de tenir systématiquement compte d'une marge de tolérance (ATF 119 V 454 consid. 4c in fine), ainsi que le cas échéant d'une marge supplémentaire (RAMA 1988 K 761, p. 92 consid. 4c ; SVR 2001 KV n° 19, p. 52 consid. 4b). La marge de tolérance ne doit pas dépasser l'indice de 130, afin de ne pas vider la méthode statistique de son sens et doit se situer entre les indices de 120 et de 130 (consid. 6.1 non publié de l'ATF 130 V 377).

c) Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral des assurances, il convient de prendre en considération pour l'examen de l'économicité l'indice de l'ensemble des coûts, à savoir aussi bien les coûts des traitements directs que des traitements indirects (coût des médicaments et autres coûts médicaux occasionnés par le médecin auprès d'autres fournisseurs de prestations), lorsque l'ensemble des coûts est inférieur aux coûts directs. Toutefois, lorsqu'il existe des indices concrets que les coûts inférieurs dans un domaine sont dus à des circonstances extérieures sans lien de causalité avec la façon de pratiquer du médecin, il n'y a pas lieu de procéder

à une prise en compte de l'ensemble des coûts (ATF 133 V 39 ss consid. 5.3.2 à 5.3.5).

d) Le médecin qui fait l'objet d'une procédure en remboursement en raison d'une polypragmasie doit établir par des exemples concrets pourquoi une certaine catégorie de ses malades engendrerait un surcoût. Il ne suffit pas de l'affirmer, de requérir l'intervention d'un expert ou de produire une liste de patients. Il appartient au contraire au médecin de rendre vraisemblable que sa pratique diffère fondamentalement de celle des autres médecins composant son groupe de comparaison (cf. arrêt du Tribunal fédéral K 150/03 du 18 mai 2004 consid. 4.6.2 et 4.7.3).

e) Lorsque l'existence de particularités du cabinet médical est établie, la jurisprudence admet l'utilisation de deux méthodes. La première consiste à ajouter un pourcentage supplémentaire à la marge de tolérance admise. Il est cependant également possible de déterminer les particularités spécifiques et de les quantifier, puis de déduire le montant ainsi déterminé des coûts directs totaux du cabinet médical, tels qu'ils résultent des statistiques RSS (ATF non publié du 30 juillet 2001, cause K 50/00, consid. 4b/bb et les références y citées). A cet égard, il n'est pas nécessaire de contrôler toutes les positions de l'ensemble des factures du groupe des patients pour lesquels un surcoût est allégué (ATF précité, consid. 5a; ATF 119 V 453, consid. 4b). Ainsi, le Tribunal fédéral a jugé conforme à sa jurisprudence de déduire les frais relatifs aux patients toxicomanes, avec des diagnostics psychiatriques, des coûts directs du médecin en cause et d'admettre une marge de tolérance de 20% pour le coût moyen des autres patients (ATF non publié précité, consid. 6a).

f) Lorsque les assureurs-maladie, par l'intermédiaire de leurs médecins-conseil, ont approuvé de manière spécifique les traitements du médecin mis en cause, ces approbations ne représentent pas seulement des garanties de remboursement des coûts, mais également la confirmation du caractère économique du traitement correspondant (RAMA 1999 p. 320 ss).

7. En l'occurrence, le défendeur conteste l'utilisation des statistiques de Santésuisse en ce qui le concerne.

En premier lieu, il met en cause leur fiabilité. La valeur probante des statistiques RSS établies par Santésuisse a été cependant expressément reconnue par le Tribunal fédéral des assurances. Notre Haute Cour a ainsi jugé que seules les statistiques RSS fournissaient les données qui permettaient une comparaison valable entre les différents fournisseurs de prestations et ainsi de se prononcer sur le respect ou la violation du principe de l'économicité (ATFA non publié du 18 mai 2004, K 150/03, consid. 6.4.2). De surcroît, la jurisprudence a développé des moyens pour compenser les défauts des statistiques RSS (ATFA non publié du 18

mai 2004, K 150/03, consid. 6.4.1). Toutefois, à ce jour, notre Haute Cour ne s'est pas encore prononcée sur la valeur probante des statistiques ANOVA.

8. En l'espèce, le défendeur fait essentiellement valoir avoir une clientèle composée de nombreuses femmes arabes, lesquelles parlent beaucoup et ont des exigences spéciales (présence des maris, voire de l'épouse du défendeur).

Le défendeur a produit la liste de ses patientes en 2007 dont le nombre se serait élevé à 2'422. Il convient en premier lieu de constater que cela ne paraît pas très vraisemblable. En effet, selon les statistiques RSS, le défendeur a traité en 2005 seulement 557 patientes et en 2006 503.

En admettant que la liste des patientes du défendeur comprend effectivement 2422 personnes, comme il l'allègue, il appert qu'environ 50 % de ses patientes sont étrangères, sans prendre en considération les patientes de nationalité française et belge. Bon nombre des patientes étrangères est en outre d'origine arabe. Il convient toutefois de tenir compte de ce que le défendeur est d'origine égyptienne et qu'il parle donc leur langue. Par conséquent, un surcoût ne saurait en principe se justifier. Il ne peut non plus être tenu compte des exigences particulières de cette clientèle, dès lors qu'il n'est guère admissible que des patients, pour la même affection ou les mêmes contrôles médicaux, coûtent plus cher à l'assurance-maladie uniquement à cause de leur origine. Seul peut être pris en considération le fait que les consultations sont éventuellement plus longues, en raison du manque de connaissances linguistiques du patient.

Il résulte par ailleurs des statistiques RSS que l'âge moyen des patientes du défendeur était de 45,9 ans en 2005 et de 45,2 en 2006. L'âge moyen des patientes du groupe de comparaison était de 44,61 ans en 2005 et de 45,24 ans en 2006. Il appert donc qu'en 2005, les patientes du défendeur étaient âgées de plus d'une année que la moyenne de ses confrères de sa spécialité, ce qui n'est pas significativement plus élevé. En 2006, il n'y avait quasiment pas de différence.

Il sied également de relever que le défendeur admet procéder fréquemment à deux contrôles annuels de ses patientes, alors que ses confrères n'en font qu'un. Il est en outre établi par l'échantillonnage des factures produites par les demanderesses que le défendeur procède à beaucoup plus d'exams médicaux lors des contrôles gynécologiques, de sorte que ceux-ci coûtent sensiblement plus cher. A cet égard, il conteste que les factures produites par les demanderesses aient été choisies au hasard. Toutefois, il n'a pas produit d'autres factures démontrant le contraire et n'a pas non expliqué en quoi les exams réalisés étaient justifiés dans le cas concret, en ce qui concerne les factures versées à la procédure par les demanderesses.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal de céans estime que les particularités de la pratique du défendeur ne forment pas obstacle à l'utilisation des statistiques. Par

ailleurs, ses particularités ne justifient pas la prise en considération d'un indice supérieur à 130 à la moyenne de 100 du groupe de comparaison.

9. En 2005, l'indice RSS des coûts totaux du défendeur étaient de 178, alors que celui des coûts directs étaient de 241. Partant, il y a lieu de se fonder sur l'indice des coûts totaux. Le calcul du trop-perçu s'établit ainsi comme suit :

Moyenne du coût par patient du groupe (indice 100 des coûts directs) :	328 fr. 04
Coût par patiente du défendeur (indice 178) :	583 fr.90
Nombre de patientes du défendeur :	557
Facturation par rapport au coût moyen (557 x 328,04) :	182'718 fr. 28
+ 30 % pour prendre en compte les spécificités du cabinet :	54'815 fr. 48
Total admis :	237'533 fr. 76
Facturation par le défendeur (557 x 583,90) :	325'232 fr. 30
Différence (arrondie) :	<u>87'698 fr.</u>

10. Pour 2006, les demanderesse ont pris en considération l'indice ANOVA supérieur à celui des statistiques RSS. Cependant, dans la mesure où il faut admettre que les statistiques constituent certes un instrument valable pour procéder à la comparaison des médecins avec les confrères de leur groupe, mais où elles ne peuvent néanmoins pas prendre en considération la totalité des différences d'un médecin à l'autre, le Tribunal de céans est de l'avis qu'il y a lieu d'appliquer l'indice le plus favorable des statistiques ANOVA et RSS, soit en l'occurrence l'indice RSS.

Il résulte par ailleurs des statistiques RSS de 2006 que l'indice des coûts totaux était de 169 et celui des coûts directs de 220. Partant, il y a lieu de prendre en compte l'indice des coûts totaux, plus favorable.

Pour l'année statistique 2006, la moyenne du coût par patiente du groupe de comparaison était de 329 fr. 88, (coût direct par malade du défendeur de 725 fr. 74 ./ son indice coûts directs de 220 x indice de 100).

Le calcul de la polypragmasie est ainsi le suivant :

Moyenne du coût par patiente du groupe (indice 100)	329 fr. 88
Coût par patiente du défendeur (indice 169)	557 fr. 49
Nombre de patientes du défendeur	503

Facturation par rapport au coût moyen (503 x 329,88) :	165'929 fr. 64
+ 30 % (marge de tolérance) :	49'778 fr. 89
Total admis :	215'708 fr. 53
Facturation par le défendeur (503 x 557,49) :	280'417 fr. 47
Différence (arrondie) :	<u>64'709 fr.</u>

11. Le défendeur se prévaut par ailleurs de la violation du principe de la proportionnalité, en faisant valoir que les sommes dont la restitution lui est réclamée sont disproportionnées par rapport aux bénéfices réalisés dans son cabinet.

a) Traditionnellement, le principe de la proportionnalité se compose des règles d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé -, de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés - et de proportionnalité au sens étroit - qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 125 I 474 consid. 3 p. 482 ; arrêt du Tribunal fédéral 1P. 269/2001 du 7 juin 2001 consid. 2c).

b) En l'occurrence, le défendeur reproche aux demanderesse d'avoir violé le principe de proportionnalité au sens étroit. A cet égard, il relève que son bénéfice net n'était en 2005 que de 67'792 fr. 40 et de 225'814 fr. 95 en 2006. Pour 2005, il indique par ailleurs que son chiffre d'affaires s'était élevé à 230'650 fr. 70. En 2006, le chiffre d'affaires était de 419'891 fr. 83. Il allègue par ailleurs qu'il a dû cesser son activité professionnelle pour des raisons de santé et qu'il n'a qu'une indemnité d'assurance modeste pour vivre, de sorte que la restitution des sommes réclamées le mettrait dans une situation particulièrement difficile.

En premier lieu, le Tribunal de céans s'étonne de la différence du chiffre d'affaires d'une année à l'autre, ceci d'autant plus qu'il ressort des statistiques RSS que les assureurs-maladies ont remboursé aux patientes du défendeur en 2005 la somme de 442'805 fr. et en 2006 la somme de 364'582 fr. Ainsi, le Tribunal de céans met en doute les chiffres communiqués par le défendeur, du moins pour 2005, de sorte qu'il est difficile d'examiner une éventuelle violation du principe de proportionnalité pour cette année.

En ce qui concerne 2006, il résulte de ce qui précède que le défendeur a facturé la somme de 64'615 fr. en violation du principe de l'économicité du traitement. Cette somme représente 28,6 % du bénéfice net de l'exercice de 225'814 fr. 95. Ce pourcentage est certes important, mais ne saurait être considéré comme excessif eu

égard à l'intérêt public de limiter les coûts de la santé et l'augmentation des primes d'assurance-maladie.

Partant, aucune violation du principe de proportionnalité ne saurait être retenue.

12. Cela étant, les demandes seront partiellement admises et le défendeur condamné à rembourser aux demanderesses du groupe I la somme de 87'698 fr. et aux demanderesses du groupe II la somme de 64'709 fr.
13. La procédure par-devant le Tribunal arbitral n'est pas gratuite (cf. art. 46 de la loi cantonale d'application de la LAMal du 29 mai 1997- LaLAMal; RS J 3 05).

Les frais du Tribunal, par 3'295 fr. et un émolument de 300 fr., seront mis à charge des parties par moitié, les demanderesses ayant obtenu moins que la moitié de la somme réclamée de 314'515 fr. De ce fait, les dépens seront en outre compensés entre les parties.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare les demandes recevables.

Au fond :

Préalablement:

2. Rejette la conclusion du défendeur tendant à la mise en œuvre d'une expertise médicale judiciaire.

Principalement:

3. Admet les demandes partiellement.
4. Condamne le défendeur à restituer aux demandresses, prises conjointement et solidairement, la somme de 152'407 fr. entre les mains de SANTESUISSE.
5. Met à la charge des parties un émolument de 300 fr. à part égale.
6. Met les frais du Tribunal de 3'295 fr. à la charge des parties à part égale.
7. Compense les dépens.
8. 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

La présidente

Claire CHAVANNES

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