

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1391/2021

ATAS/72/2025

ARRET INCIDENT
DU TRIBUNAL ARBITRAL
DES ASSURANCES

du 7 février 2025

En la cause

CSS ASSURANCE-MALADIE SA

demanderesse

contre

A_____
représenté par Me Marc MATHEY-DORET, avocat

défendeur

Siégeant : Jean-Louis BERARDI, Président suppléant

Attendu :

que par demande du 20 avril 2021, CSS ASSURANCE-MALADIE SA, INTRAS ASSURANCE-MALADIE SA et ARCOSANA SA ont conclu à ce que Monsieur A_____ soit condamné à la « réparation du dommage causé, lequel sera chiffré après l'entrée en force du jugement dans la procédure (ndr : pénale) n° P/1_____ (...), avec un intérêt compensatoire de 5% dès le 1^{er} janvier 2011 (période moyenne) » ;

que les parties ont désigné leur arbitre par courriers des 12 octobre 2021 et 3 novembre 2021 ;

que par ordonnance du 17 décembre 2021, le Tribunal arbitral des assurances (ci-après : le Tribunal arbitral ou le tribunal de céans) a suspendu la procédure jusqu'à droit définitivement jugé dans la procédure pénale n° P/1_____ en application de l'art. 14 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) ;

que par courrier du 18 janvier 2022, l'arbitre désignée par les demanderesses s'est récusée ;

que par jugement du 25 mai 2022, entré en force ensuite du retrait de l'appel formé par le défendeur, le Tribunal correctionnel de Genève a reconnu ce dernier coupable d'escroquerie par métier et prononcé à son encontre une créance compensatrice à hauteur de CHF 180'000.- en faveur de l'État de Genève. Ce Tribunal a en outre renvoyé les parties plaignantes (CSS ASSURANCE-MALADIE SA et ARCOSANA SA) agir au civil, considérant que leurs prétentions n'étaient pas suffisamment motivées ;

que par courrier du 2 mai 2023, CSS ASSURANCE-MALADIE SA a informé le tribunal de céans qu'elle avait repris les droits et obligations de INTRAS ASSURANCE-MALADIE SA et ARCOSANA SA ;

que par ordonnance du 22 décembre 2023, le tribunal de céans a repris l'instruction de la cause et impartit à CSS ASSURANCE-MALADIE SA un délai au 5 février 2024 pour produire ses conclusions finales, respectivement pour désigner son nouvel arbitre ;

que par courrier du 2 février 2024, CSS ASSURANCE-MALADIE SA a désigné Madame B_____ ;

que par envoi du 22 février 2024, CSS ASSURANCE-MALADIE SA a communiqué ses conclusions finales ;

que par courrier du 11 mars 2024, Mme B_____ a informé le tribunal de céans qu'elle n'était concernée par aucun motif de récusation en l'espèce ;

que le 6 mai 2024, le défendeur a produit son mémoire de réponse ;

que le 10 mai 2024, le tribunal de céans a convoqué les parties à une audience de comparution personnelle pour le 31 mai suivant ;

que par courrier du 14 mai 2024, Mme B_____ s'est récusée ;

que, dans ces circonstances, le 17 mai 2024, le tribunal de céans a demandé aux parties si elles seraient d'accord qu'il siège avec un seul arbitre lors de l'audience de comparution personnelle du 31 mai 2024 ;

que par courrier du 21 mai 2024, la demanderesse a répondu par la négative. Dans la mesure où le tribunal de céans serait amené à déterminer équitablement le dommage subi par CSS ASSURANCE-MALADIE SA conformément à l'art. 42 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220), la présence d'un arbitre représentant les assureurs permettrait de garantir non seulement la prise en compte des difficultés de la demanderesse à chiffrer le dommage, mais également une évaluation en toute équité ;

que par courrier du 23 mai 2024, le défendeur s'est déclaré d'accord pour que l'audience du 31 mai 2024 se tienne avec un seul arbitre ;

que le 24 mai 2024, le tribunal de céans a annulé l'audience du 31 mai 2024 ;

que le 30 mai 2024, il a invité la demanderesse à proposer un nouvel arbitre ;

que par courrier du 18 juin 2024, la demanderesse a désigné Monsieur C_____, Responsable Formation Suisse romande D_____ ;

que par acte du 27 juin 2024, la demanderesse a répliqué au mémoire de réponse de la défenderesse du 6 mai 2024 ;

que le 2 juillet 2024, le tribunal de céans a accordé au défendeur un délai au 5 août 2024, prolongé au 6 septembre 2024, pour se déterminer sur ladite réplique et produire diverses pièces ;

que le défendeur a communiqué ses observations et fourni les documents requis par écritures du 6 septembre 2024, complétées le 30 septembre 2024, suite à une relance du tribunal de céans du 16 septembre précédent ;

que la demanderesse s'est déterminée le 4 novembre 2024 concluant préalablement à ce que le tribunal de céans « instrui(se) la présente cause » ;

que le 13 novembre 2024, le tribunal de céans a imparti au défendeur un délai au 5 décembre 2024 pour lui communiquer les relevés annuels des comptes par lesquels il avait réglé les factures de ses fournisseurs entre 2006 et 2017 ;

que par courriers des 20 août et 24 septembre 2024, le défendeur s'est opposé à la désignation de M. C_____ : jusqu'à son départ en 2014, ce dernier avait travaillé pendant 20 ans pour la demanderesse, en particulier comme chef d'agence principale, puis chef de groupe ; ses fonctions actuelles l'amenaient à entretenir des contacts réguliers avec les responsables de formation, intervenants et experts actifs au sein du groupe CSS ; cette « très grande proximité » créait assurément et objectivement une apparence de prévention qui justifiait sa récusation ;

que par décision du 15 octobre 2024, la Délégation du Tribunal arbitral des assurances en matière de récusation a rejeté la demande de récusation ;

que le 13 novembre 2024, le défendeur a interjeté un recours contre cette décision auprès du Tribunal fédéral ;

que par courrier du 25 novembre 2024, le défendeur a estimé « problématique » que l'instruction de la cause se poursuive dès lors que la question de la récusation de M. C_____ était pendante devant le Tribunal fédéral et, qu'en l'état, le Tribunal arbitral n'était pas régulièrement constitué. L'art. 134A al. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) prévoyait que la composition et le fonctionnement du Tribunal arbitral étaient régis par la loi cantonale d'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 29 mai 1997 (LaLAMal - J 3 05). L'art. 42 LaLAMal stipulait que le Tribunal arbitral siège dans la composition d'un juge de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice, qui le préside, et de 2 arbitres représentant l'un les assureurs et l'autre les fournisseurs de prestations désignés, de cas en cas par les parties. L'art. 45 al. 2 LaLAMal attribuait au Tribunal arbitral la compétence exclusive de statuer sur le fond et « de procéder à toute mesure probatoire utile ». Partant, l'art. 133 LOJ (ndr : dont l'al. 3 prévoit que le juge qui préside la composition conduit la procédure et peut prendre seul les décisions incidentes y relatives) n'était pas applicable. Ni la LaLAMal, ni la LPA ne prévoyaient d'exception à cette règle, comme l'avait constaté le Tribunal fédéral dans un arrêt 9C_232/2018 du 8 juin 2018. Dès lors, il n'y avait pas délégation en faveur d'un Juge unique en l'espèce. Il s'imposait dès lors de suspendre l'instruction de la procédure dans l'attente de la décision du Tribunal fédéral sur la demande de récusation ;

que par courrier du 2 décembre 2024, le tribunal de céans a rejeté la requête de suspension, motif pris que, selon la jurisprudence, une demande de récusation n'empêchait pas le magistrat visé d'exercer ses fonctions dans la procédure en cours tant que l'autorité compétente pour statuer sur la demande n'avait pas rendu sa décision ; on ne voyait donc pas que, dans l'attente de l'issue du recours devant le Tribunal fédéral contestant la désignation de M. C_____ en remplacement de l'arbitre démissionnaire, le président de la composition ne pût plus poursuivre (seul) l'instruction de la présente cause comme l'y autorisait l'art. 133 al. 3 LOJ ;

que cela étant, il a imparti au défendeur un nouveau délai au 16 décembre 2024 pour produire les documents demandés dans son courrier du 13 novembre 2024 ;

que par courrier du 13 décembre 2024, le défendeur a requis le prononcé d'un refus de suspension sous forme d'un arrêt incident avec indication des voies de droit, et cela dans la composition prévue par la loi, conformément à un arrêt du Tribunal arbitral ATAS/17/2024 du 16 janvier 2024. Une telle décision ne relevait pas de la compétence du seul président et ne pouvait *a fortiori* être prise par un simple courrier de ce dernier. Il avait requis la suspension de la procédure pour éviter de devoir requérir l'annulation des actes auxquels l'arbitre C_____ aurait participé. Il n'avait appris qu'à la réception du courrier du 2 décembre 2024 que le président de céans poursuivait seul l'instruction de la procédure en vertu de l'art 133 al. 3 LOJ. Or cette disposition n'était pas applicable. L'art. 134A al. 2 LOJ renvoyait à la LaLAMal, qui était une *lex specialis*. L'art. 45 al. 2 LaLAMal attribuait au Tribunal arbitral, et non à son seul Président, la compétence exclusive de statuer sur le fond et de procéder à toute mesure probatoire utile. Par

conséquent, à l'instar de ce qui valait « s'agissant de la décision de refus de suspension », l'instruction de la procédure devait être conduite par le Tribunal arbitral, dans sa composition prévue par la loi. Le seul fait pour le défendeur d'avoir accepté qu'une audience se tînt sans la présence de l'arbitre représentant la partie des assureurs ne revenait assurément pas à accorder un blanc-seing pour que la procédure soit instruite par le seul Président de la juridiction en violation de ce que prévoyait la loi. C'était une chose d'accepter que l'instruction se poursuive, temporairement, sans l'arbitre désigné par son adverse partie. C'en était une autre d'accepter qu'elle se poursuivît sous l'égide du seul Président. Afin de dissiper toute ambiguïté à ce sujet, il s'y opposait catégoriquement. La demanderesse s'était elle-même opposée à ce que l'audience en question se déroulât hors de la présence de son arbitre, ce qui avait conduit son report *sine die* par le Tribunal arbitral. Il peinait à discerner pour quelles raisons le Tribunal arbitral avait donné droit sans sourciller à cette requête de la demanderesse qui s'était prévalu de la garantie conférée par la loi relative à la composition du Tribunal arbitral, alors que le droit du défendeur de se prévaloir de la même garantie était quant à lui purement et simplement ignoré. Il se réservait d'objecter la nullité de tous les actes de procédure effectués sans la présence de l'arbitre désigné par ses soins, respectivement de requérir l'annulation de tous les actes auxquels aurait participé l'arbitre désigné par la demanderesse, dont la récusation était demandée, en fonction de l'issue de la procédure pendante auprès du Tribunal fédéral ;

que « dans le souci de préserver ses droits au vu du délai qui lui avait été imparti », le défendeur a joint, dans ce même courrier, les relevés bancaires « du compte par lequel il a réglé les factures de ses fournisseurs durant les années 2015 et 2017 », précisant qu'il n'avait pas conservé, et la banque non plus, les décomptes des années antérieures, dès lors qu'ils remontaient à plus de dix ans, une obligation de conservation ne s'étendant pas au-delà ;

qu'il a également produit, spontanément, des « extraits de sa comptabilité, sur lesquels figurent les dépenses annuelles auprès des fournisseurs ainsi que le chiffre d'affaires, pour les années 2010 à 2018 » ;

qu'il a fait valoir qu'il ressortait de ces pièces que la marge bénéficiaire de la pharmacie n'avait que très peu varié durant toutes ces années ; le chiffre d'affaires annuel correspondait, peu ou prou, à 1.4 fois le montant des achats en médicament de l'année. En d'autres termes, le chiffre d'affaires était en tout temps corrélé aux achats de médicaments. Lorsque le volume de médicaments acheté augmentait, le chiffre d'affaires augmentait aussi et toujours dans les mêmes proportions. Cela était vrai tant pour les années durant lesquelles des substitutions de médicaments lui avaient été reprochées que pour les années non concernées. La marge bénéficiaire plus élevée observée en 2015 s'expliquait par la mise sur le marché et la vente de nouveaux médicaments spécialement chers. En résumé, les éventuelles substitutions de médicaments n'avaient pas eu d'impact mesurable sur le chiffre d'affaires de la pharmacie ;

que par courrier du 20 décembre 2024, le tribunal de céans a invité la demanderesse à se déterminer sur la demande de suspension ;

que par courrier du 7 janvier 2025, la demanderesse a déclaré s'en remettre à dire de justice ;

Et considérant :

qu'aux termes de l'art. 14 LPA, auquel renvoi l'art. 45 al. 2 LaLAMal, la procédure peut être suspendue lorsque son sort dépend de la solution d'une question de nature civile, pénale ou administrative pendante devant une autre autorité, jusqu'à droit connu sur ces questions ;

qu'en l'espèce, le défendeur a requis la suspension de la procédure dans l'attente de l'issue du recours déposé devant le Tribunal fédéral concernant sa demande récusation déposée à l'encontre de l'arbitre M. C _____. Il s'agit de lui éviter de devoir requérir l'annulation des actes auxquels l'arbitre C _____ aurait participé, dans l'hypothèse où le Tribunal fédéral devait finalement admettre la récusation de ce dernier ;

qu'un tel motif ne relève pas de l'art. 14 LPA ;

qu'on rappellera qu'il est généralement admis que le dépôt d'une demande de récusation n'entraîne pas *ipso facto* la suspension de la procédure ;

qu'en effet, même si la récusation de cet arbitre devait finalement être confirmée par le Tribunal fédéral, l'auteur de la demande de récusation est suffisamment protégé par la possibilité qui lui est donnée de requérir l'annulation des actes auxquels le magistrat ou l'autorité récusés a procédé ou a participé (arrêt du Tribunal fédéral 5A_156/2023 du 26 avril 2023 consid. 4.2) ;

qu'au demeurant, le défendeur n'a lui-même pas jugé opportun de requérir la suspension de la présente procédure dans le cadre de son recours du 13 novembre 2024 devant le Tribunal fédéral – lequel ne l'a pas non plus ordonnée d'office ;

qu'une suspension de l'instruction de la procédure ordonnée d'office en vertu de l'art. 78 let a LPA n'est pas non plus envisageable en l'espèce, la demanderesse n'ayant pas consenti à cette mesure ;

que le défendeur requiert également la suspension de l'instruction de la procédure, motif pris que le Président du Tribunal arbitral ne pourrait procéder seul à l'instruction de la cause, au regard du caractère collégial, respectivement paritaire, du Tribunal arbitral ;

qu'il se réfère à cet égard à un arrêt 9C_232/2018 du 9 juin 2018, dans lequel le Tribunal fédéral a annulé un jugement du Tribunal arbitral rendu par un juge unique et portant sur les frais et dépens, jugement prononcé accessoirement à la décision sur le fond ;

qu'à cet égard le Tribunal fédéral a relevé que le Tribunal arbitral aurait dû statuer dans une composition à trois juges, conformément à l'art. 42 LaLAMal, le droit cantonal ne prévoyant par ailleurs aucune exception quant à une composition inférieure à trois juges ;

que le défendeur ne saurait toutefois rien tirer de cet arrêt ;

que selon l'art. 30 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce qu'elle soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial. Autrement dit, cette disposition confère au justiciable le droit de voir les litiges auxquels il est partie soumis à un tribunal régulièrement constitué d'après une organisation judiciaire et une procédure déterminées par un texte légal (arrêt du Tribunal fédéral 9C_232/2018 précité consid. 1.1) ;

que la garantie d'un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial, n'empêche pas le juge d'interpréter la loi cantonale d'organisation judiciaire lorsqu'une telle opération s'avère nécessaire (arrêt du Tribunal fédéral 4A_263/2024 du 10 décembre 2024 consid 4.2) ;

que la composition paritaire prescrite à l'art. 89 al. 4 LAMal est une caractéristique essentielle du Tribunal arbitral. Elle doit être remplie pour toutes les décisions de droit matériel, y compris les décisions de non-entrée en matière pour cause d'incompétence matérielle ; les compétences du juge unique sont concevables en ce qui concerne les décisions purement formelles, telles que les liquidations de procès suite à un retrait ou à une transaction (arrêt du Tribunal fédéral 9C_149/2007 du 4 juin 2007 consid. 2.2.2) ;

qu'en tant qu'elle concerne l'établissement des faits, une mesure d'instruction n'est pas une décision d'ordre matériel ; il en va de même *a fortiori* d'une décision incidente suspendant l'instruction de la procédure ;

que ces mesures peuvent donc être prises par un seul juge, respectivement par le président du Tribunal arbitral, indépendamment du caractère collégial ou paritaire, de sa composition (*cf.* arrêt du Tribunal fédéral 9C_232/2018 précité consid. 1.2 et 1.3 *a contrario*) ;

qu'au surplus, postérieurement à ce dernier arrêt, l'art. 133 al. 3 LOJ, dans sa teneur en vigueur dès le 22 mai 2021, prévoit, désormais, que le juge qui préside la composition de la chambre des assurances sociales conduit la procédure et peut prendre seul les décisions incidentes y relatives ;

que la chambre des assurances sociales siège en principe à trois juges, dont deux juges assesseurs, représentant chacun l'un des partenaires sociaux (art. 133 al. 2 LOJ) ;

qu'à teneur de l'art. 134A al. 1 LOJ, entré en vigueur le 11 mai 2024, la chambre des assurances sociales exerce en outre les compétences du Tribunal arbitral prévues par l'art. 27quinquies de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité, du 19 juin 1959 (LAI - 831.20), de l'art. 89 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie, du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10), de l'art. 57 de la loi fédérale sur l'assurance-accidents, du 20 mars 1981 (LAA - RS 832.20), et de l'art. 27 de la loi fédérale sur l'assurance militaire, du 19 juin 1992 (LAM - RS 833.1) ;

que, dans ce cas, la composition et le fonctionnement de la chambre des assurances sociales, singulièrement du Tribunal arbitral, sont régis par la LaLAMal (art. 134A al. 2 LOJ) ;

qu'à teneur de l'art. 45 al. 2 LaLAMal, le Tribunal arbitral statue après avoir permis aux parties de s'expliquer, soit oralement, soit par un échange d'écritures, et après avoir procédé à toute mesure probatoire utile ;

que cette disposition n'interdit nullement au président du Tribunal arbitral, dûment constitué, de procéder seul à toute mesure probatoire utile, respectivement de se prononcer sur une demande de suspension de l'instruction de la procédure ;

qu'elle ne saurait être interprétée comme visant nécessairement le collège formé du président et des deux arbitres et interdisant une délégation de l'instruction audit président ;

que l'ATAS/17/2024 du 16 janvier 2024 invoqué par le défendeur a d'ailleurs été rendu par la seule présidente du Tribunal arbitral ;

que le nouvel art. 133 al. 3 LOJ est applicable en l'occurrence, le cas échéant par analogie ;

qu'en effet cette disposition concrétise la volonté du législateur, telle qu'elle résulte des travaux préparatoires (*cf.* PL 12'396 Projet de loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire [LOJ] [E 2 05] [Juge délégué], du 26 septembre 2018), d'ajouter, pour toutes les juridictions collégiales de la filière de droit public – dont fait partie le Tribunal arbitral – et en prenant en compte leur fonctionnement spécifique, un alinéa dans la LOJ permettant à un juge seul, « comme par le passé, mais cette fois-ci en toute légalité », de mener l'instruction et de prendre seul les décisions y relatives ainsi qu'un certain nombre de décisions finales (radiations du rôle et irrecevabilité pour cause de non-paiement de l'avance de frais dans le délai imparti, soit des décisions laissant très peu de pouvoir d'appréciation au juge) ;

que l'adoption de cette disposition fait suite à un arrêt du Tribunal fédéral 1C_678/2017 du 5 avril 2018 concernant une décision d'irrecevabilité pour non-paiement de l'avance de frais prise par un juge unique, dans lequel la Haute Cour a considéré que le règlement interne de la chambre administrative, pas plus que la longue pratique en la matière, ne pouvait justifier de déroger au texte clair de la LOJ, qui prévoyait que la chambre administrative siège à 3 ou à 5 juges ;

qu'en effet, selon l'exposé des motifs du Conseil d'Etat, l'obligation de prendre de très nombreuses décisions en impliquant de manière systématique 3 voire 5 juges au lieu d'un seul impliquait une perte de temps non négligeable pour les magistrats et les collaborateurs et avait des effets négatifs sur le rendement des différentes juridictions de droit public ;

qu'elle entraînait au surplus une charge financière importante si le juge qui présidait la composition ne pouvait rendre seul certaines décisions et qu'il devait solliciter l'intervention de 2 (voire 4 juges assesseurs), rémunérés au tarif usuel pour ce travail d'instruction ;

qu'on ne voit pas ce qui justifierait que la chambre des assurances sociales, soit une juridiction paritaire à l'instar du Tribunal arbitral, puisse fonctionner avec un juge (unique) présidant sa composition – ce dernier pouvant instruire seul la procédure,

respectivement en suspendre l'instruction –, alors qu'elle ne le pourrait plus lorsqu'elle exerce les compétences du Tribunal arbitral en vertu de l'art. 134A al. 1 LOJ, comme le permet l'art. 89 al. 4 LAMal ;

que le défendeur n'expose d'ailleurs pas en quoi les mesures en cause nécessiteraient une décision collégiale en l'espèce ;

que de surcroît, la position du défendeur se concilie mal avec l'exigence faite aux cantons de prévoir une procédure simple et rapide (art. 89 al. 5 LAMal, 1^{ère} phr.) ;

qu'en tout état, les mesures probatoires ordonnées par le président, ainsi que leur résultat, sont portés à la connaissance de deux autres membres du collège, au plus tard au moment de statuer, ces derniers disposant évidemment de la compétence de demander des mesures d'instruction supplémentaires s'ils le jugent utile (comp. arrêt du Tribunal fédéral 9C_593/2021 du 6 septembre 2022 consid. 2.3) ;

qu'on ne distingue ainsi aucune atteinte aux intérêts juridiquement protégés du défendeur ;

qu'enfin, s'agissant du questionnement du défendeur relatif au report *sine die* de l'audience de comparution personnelle fixée au 31 mai 2024, on rappellera qu'il s'agit en l'espèce de déterminer équitablement le montant d'un dommage qui ne peut être établi exactement (art. 42 CO), sinon de rechercher une solution transactionnelle entre les parties, - ce que la présence de leur arbitre respectif était susceptible de favoriser dans le cadre d'un débat contradictoire.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ARBITRAL DES ASSURANCES :**

Statuant sur incident

1. Rejette la demande de suspension déposée par le défendeur.
2. Fixe à la demanderesse un délai au 10 mars 2025 pour répliquer aux observations du défendeur du 13 décembre 2024.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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 - RS 173.110) ; 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

Le président suppléant

Christine RAVIER

Jean-Louis BERARDI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral de la santé publique par le greffe le