

BULLETIN MAI 2024

# Contrôle des coûts du médecin dans l'assurance obligatoire de soins : changement de jurisprudence

Tribunal fédéral, TF 9C\_135/2022 du 12 décembre 2023, destiné à publication

## I. INTRODUCTION

Les fournisseurs de prestations admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire de soins, ainsi que les personnes prodiguant des soins sur prescription, sont tenus de limiter leurs prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement (art. 56 al. 1 LAMal). Les prestations facturées à la charge de l'assurance obligatoire des soins doivent être efficaces, appropriées et économiques (art. 32 al. 1 LAMal).

Pour garantir le respect de cette disposition, le législateur a soumis à restitution les prestations non-économiques (art. 56 al. 2 LAMal), lorsque le fournisseur de soins, par exemple le médecin, en comparaison avec d'autres médecins de la même spécialité, sans pouvoir se prévaloir de particularités de pratique, facture en moyenne davantage que ses confrères (cas de polypragmasie).

Le législateur a également imposé aux assureurs et fournisseurs de prestations de convenir d'une méthode visant à contrôler le caractère économique des prestations. Cette « méthode » visée par la loi est actuellement la méthode de régression (ou méthode de *screening*), convenue le 20 mars 2018 entre les partenaires tarifaires, et dont une version actualisée est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2023.

L'analyse de régression a jusqu'à présent déployé un poids considérable dans les litiges d'économicité entre assureurs

et fournisseurs de soins, puisque le Tribunal fédéral accordait jusqu'à récemment une force probante aux résultats de la seule méthode statistique pour démontrer la non-économicité d'une pratique médicale donnée. Cette jurisprudence a toutefois subi un important revirement dans un arrêt du 12 décembre 2023 qui est exposé dans le présent bulletin.

En substance, les caractéristiques du cabinet médical doivent être examinées de manière individuelle, après la sélection statistique, la seule analyse statistique ne suffisant plus à démontrer une pratique non-économique. Selon notre Haute Cour, il revient à l'assureur de fournir la preuve fondant sa demande en restitution au sens de l'art. 56 al. 2 LAMal.

## II. L'ARRÊT DU TRIBUNAL FÉDÉRAL 9C\_135/2022

L'arrêt du Tribunal fédéral 9C\_135/2022 du 12 décembre 2023 (l'arrêt 9C\_135/2022), destiné à publication, concerne un spécialiste en médecine interne générale disposant d'une autorisation de gérer une pharmacie de cabinet. Ce médecin s'est vu reprocher une pratique non-économique à l'assurance maladie suite à l'application de la méthode de régression. Le Tribunal arbitral des assurances sociales du canton de Berne (le **Tribunal arbitral**) l'a condamné à rembourser la somme de CHF 266'998.40 pour l'année 2017. Contestant cette décision, le spécialiste porte l'affaire devant le Tribunal fédéral et conclut à l'annulation de la décision et au rejet de la demande remboursement.

Subsidiairement, il sollicite le renvoi de l'affaire à l'autorité précédente avec instruction d'appliquer la méthode analytique.

L'arrêt 9C\_135/2022 n'a pas directement traité la méthode de régression mise à jour au 1<sup>er</sup> janvier 2023, car celle-ci n'était pas encore en vigueur au moment des faits (consid. 4.3.3). Cependant, étant donné que la méthode mise à jour le 1<sup>er</sup> janvier 2023 n'est qu'une évolution de la méthode de régression en vigueur au moment des faits de l'arrêt, cette jurisprudence gardera toute sa pertinence pour de futures applications de l'actuel modèle de régression.

En premier lieu, le médecin recourant invoque que l'analyse statistique ne permet pas *per se* de constater un traitement non-économique. Par ailleurs, il critique la manière dont ont été traités les facteurs qui influencent la structure des coûts de son cabinet. Finalement, il reproche à l'instance inférieure, à savoir le Tribunal arbitral, d'avoir considéré à tort que son autorisation d'exploiter une pharmacie de cabinet n'avait pas d'importance dans l'appréciation de sa pratique.

Le Tribunal fédéral relève d'emblée qu'à teneur des chiffres 1 et 2 de la convention du 20 mars 2018 conclue entre les partenaires tarifaires, le modèle de régression s'applique en deux étapes : dans un premier temps, l'analyse de régression détecte les coûts « anormaux » dans la facturation. A juste titre, notre Haute Cour précise qu'en vertu de la lettre même de la convention du 20 mars 2018, la détection d'une « anomalie » ne signifie pas encore que la pratique du médecin serait non-économique. Seule une analyse individuelle de la pratique du médecin concerné doit élucider la question de l'éventuelle transgression du principe d'économicité (consid. 4.3.2 et 5.2.1).

L'analyse individuelle, sur laquelle le Tribunal fédéral porte son attention, n'est pas synonyme d'application de la méthode analytique d'analyse de l'économicité, dans laquelle les dossiers des patients du médecin sont sujets à revue. Selon notre Haute Cour, l'analyse « au cas par cas » doit permettre au médecin de justifier ses coûts. Dans certains cas, une sélection de dossiers médicaux pourra être effectuée. En ce sens, le Tribunal fédéral explique ne pas exclure pas que les particularités de pratique du cabinet qui ne sont statistiquement pas chiffrables soient analysées avec le concours d'un médecin-conseil, sur la base d'un nombre représentatif de factures (consid. 5.2.4).

Sur la base des considérations précitées, les juges de Mon-Repos concluent de manière intermédiaire que le résultat statistique de l'analyse de régression (*screening*) n'est pas encore un constat de non-économité et qu'ils doivent dès

lors en tirer une conséquence juridique en matière d'apport de la preuve dans le litige en économicité (consid. 5.3).

En ce sens, le Tribunal fédéral rappelle que son ancienne jurisprudence reconnaissait depuis longtemps le recours à la seule méthode statistique comme moyen de preuve permettant d'établir le caractère économique ou non des traitements prodigués par un médecin (ATF 136 V 415). La justification de cette position était que cette méthode permettait « *un examen anonyme, standardisé, large, rapide et continu de l'économicité par rapport à une méthode analytique coûteuse, difficile à réaliser à large échelle et mal adaptée lorsqu'il s'agit de déterminer l'ampleur de la polypragmasie [(surfacturation par un médecin à l'assurance-maladie)] et le montant à mettre à charge du médecin* » (ATF 136 V 415, consid. 6.2). Néanmoins, précise le Tribunal fédéral, pour apprécier le caractère économique selon la méthode statistique, il faut tout d'abord que le groupe de référence auquel le médecin est comparé soit composé de manière homogène.

Ce rappel de jurisprudence fait, le Tribunal fédéral s'en écarte désormais clairement, considérant que le résultat du modèle de régression, qui correspondrait pour ainsi dire à un « *red flag* », n'est pas suffisant *per se* pour servir de base à une demande en restitution de prestations non-économiques (consid. 5.3.1). L'analyse de régression doit toujours être complétée par une approche individualisée tenant compte de l'activité spécifique du médecin concerné. Il conviendra donc de compléter l'analyse statistique de régression qui a révélé une anomalie de coûts par une évaluation individuelle de la pratique du médecin. Au cours de cette deuxième phase, le fournisseur de soins peut invoquer des particularités de pratique qui n'ont pas été prises en compte par la méthode de *screening* (compétences spécifiques du médecin ou du cabinet, proportion de patients étrangers supérieure à la moyenne, visites à domicile, absence de patients en urgence, etc.) (consid. 5.3.2).

Dès lors, de l'avis de notre Haute Cour, ceci conformément à l'art. 8 CC, les assureurs-maladie supportent le fardeau de la preuve après avoir constaté une structure de coûts anormale. De ce fait, les assureurs supportent également les conséquences d'une absence de preuve. Le Tribunal fédéral rappelle cependant que le fournisseur de prestations est tenu de collaborer avec l'assureur pour établir les particularités de pratique dont il se prévaut, dans la mesure où le médecin dispose des données nécessaires à l'interprétation de la statistique des assureurs (consid. 5.3.2).

A la suite de ce revirement important de jurisprudence, notre Haute Cour développe ou rappelle d'autres

considérants relatifs à l'application du modèle de régression. Ces points sont décrits ci-dessous.

Sur la question de la marge de tolérance de 20 à 30 points par rapport à l'indice de référence utilisé dans la méthode de régression, les juges de Mon-Repos relèvent que la marge de tolérance ne saurait être appliquée sous la forme d'un supplément invariable de 20 points, la détermination du supplément entre 20 et 30 points étant laissée à l'appréciation des assureurs-maladie ou du tribunal arbitral (consid. 5.4).

Sur la question des facteurs pouvant influencer la structure de coûts d'un cabinet médical, le Tribunal fédéral estime que les caractéristiques à examiner dépendent des caractéristiques apparentes ou vraisemblables de la pratique du médecin concerné (par exemple, si le fournisseur de soins dispose de compétences particulières). Ces caractéristiques du fournisseur de soins sont à distinguer des caractéristiques variables de la patientèle elle-même, selon les juges de Mon-Repos. Ces derniers précisent d'ailleurs que le fait qu'un facteur ayant un impact sur les coûts soit intégré dans l'analyse de régression n'exclut pas une prise en compte de ce facteur comme particularité de la pratique du médecin à l'étape de l'analyse individuelle. A titre d'exemple, dans le cas d'un cabinet traitant un nombre supérieur en moyenne de maladies chroniques, avec toutefois une remise plus faible de médicaments, le facteur de morbidité « *Pharmaceutical Cost Groups* » pris en considération dans l'analyse de régression peut nécessiter un correctif au stade de l'examen individuel (consid. 5.5).

Dans un dernier considérant en droit, le Tribunal fédéral soulève qu'il n'appartient pas en première ligne à l'autorité judiciaire de combler les lacunes de l'examen d'économicité de l'assureur-maladie, quand bien même les tribunaux arbitraux instaurés par l'art. 89 al. 4 LAMal soient composés de représentants des assureurs et des fournisseurs de soins. Par conséquent, l'assureur est tenu de réaliser une analyse complète, examen individuel de la pratique du médecin compris, avant d'intenter une action par-devant le tribunal arbitral (consid. 5.6).

Dans le cas d'espèce, il ressort du dossier de la procédure qu'aucun examen individuel n'a été réalisé, alors qu'un résultat anormal de l'analyse de *screening* devait conduire à un tel examen. En outre, le Tribunal fédéral est d'avis qu'à l'inverse de ce qui a été retenu par l'autorité précédente, l'autorisation cantonale d'exploiter une pharmacie de cabinet est une caractéristique qui devait être prise en considération, car cela engendrait des coûts de prescription de médicaments plus élevés pour le médecin recourant. Le Tribunal fédéral précise que cette autorisation d'exploiter

une pharmacie de cabinet n'est pas entièrement intégrée dans les indicateurs des groupes de coûts pharmaceutiques (*Pharmaceutical Cost Groups*). Ainsi, il convenait de la prendre en compte dans l'examen individuel de la pratique du médecin recourant.

Compte tenu du fait que le résultat de l'analyse de régression ne vaut pas encore constat de non-économicité, le Tribunal fédéral a relevé sans équivoque que cette seule analyse ne saurait servir de base à une demande en restitution au sens de l'art. 56 al. 2 LAMal. Une telle demande ne peut être fondée que sur un examen individuel tel que prévu par la convention entre partenaires tarifaires.

Le Tribunal fédéral admet ainsi le recours et renvoie l'affaire au Tribunal arbitral.

### III. CONSÉQUENCES PRATIQUES

L'arrêt du Tribunal fédéral corrige quelque peu le rapport de force entre médecins et assureurs, les seconds ne pouvant plus s'appuyer sur la seule analyse statistique de régression pour démontrer d'emblée que la pratique du médecin ne serait pas économique au sens de la LAMal.

Une analyse individualisée de la pratique du médecin par les assureurs-maladie est ainsi obligatoire, ce qui est en ligne avec l'actuelle convention entre partenaires tarifaires au sens de l'art. 56 al. 6 LAMal. Le fournisseur de soins n'en demeurera toutefois pas dispensé de collaborer avec l'assureur, dans le but de démontrer d'éventuelles particularités de sa pratique.

Notons enfin qu'à juste titre, le Tribunal fédéral estime que l'examen individuel exigé par la convention entre partenaires tarifaires n'est pas en première ligne du ressort des tribunaux arbitraux. Cette analyse est en premier lieu de la responsabilité de l'assureur-maladie. A notre sens, il en découle que l'assureur ne peut désormais plus se contenter de déposer une demande en restitution avant d'avoir effectué l'examen individuel du médecin dont les coûts ressortent de la statistique de régression.

## VOS CONTACTS



Marc Balavoine, avocat, associé  
marc.balavoine@jslegal.ch  
Tél. +41 22 716 96 96



Marco Carezza, avocat  
marco.carezza@jslegal.ch  
Tél. +41 22 716 96 96



Maida Avdic, avocate stagiaire  
maida.avdic@jslegal.ch  
Tél. +41 22 716 96 96

## NOTRE ÉTUDE

Jacquemoud Stanislas  
10, place des Philosophes  
Case postale  
1211 Genève 4, Suisse  
Téléphone +41 22 716 96 96  
Fax +41 22 346 89 64  
jslegal.ch

## MENTION LÉGALE

Le présent bulletin exprime les opinions générales des auteurs à la date du bulletin, sans tenir compte des faits et circonstances propres à une personne ou à une transaction particulière ou un cas particulier. Il ne constitue pas un avis juridique. Toute responsabilité quant à l'exactitude ou la justesse du contenu de ce bulletin est explicitement exclue.