



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1391/2021

ATAS/799/2024

COUR DE JUSTICE

**Délégation du Tribunal arbitral des assurances
en matière de récusation**

Décision du 15 octobre 2024

En la cause

A _____
représenté par Me Marc MATHEY-DORET, avocat

demandeur de
la récusation

contre

Alain-Gérard SCHERWEY

défendeur de
la récusation

**Siégeant : Jean-Louis BERARDI, Président suppléant ; Doris GALEAZZI et
Maya CRAMER, présidentes suppléantes**

EN FAIT

- A.** **a.** 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) P/1_____ (...), avec un intérêt compensatoire de 5% dès le 1^{er} janvier 2011 (période moyenne) », avec suite de frais et dépens. Préalablement, les demanderesses ont requis la suspension de la procédure dans l'attente d'un jugement définitif rendu dans la procédure pénale.
- b.** Lors de l'audience de conciliation du 4 juin 2021, les demanderesses ont déclaré que la procédure pénale devrait leur permettre « de préciser nos calculs et d'évaluer au mieux les montants réclamés ».
- c.** Les parties ont désigné leur arbitre par courriers des 12 octobre 2021 et 3 novembre 2021.
- d.** Par ordonnance du 17 décembre 2021, le tribunal de céans a suspendu la procédure jusqu'à droit définitivement jugé au fond 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).
- e.** Par courrier du 18 janvier 2022, l'arbitre désignée par les demanderesses (Madame Christine NICOD REVAZ) s'est récusée.
- f.** 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, d'une part, et que, le 25 mai 2022, le Tribunal correctionnel de Genève avait rendu son jugement, lequel avait toutefois fait l'objet d'appels auprès de la chambre pénale d'appel et de révision de la Cour de justice, d'autre part.
- g.** Par courrier du 13 décembre 2023, CSS ASSURANCE-MALADIE SA a informé le tribunal de céans que le défendeur avait retiré son appel le 25 septembre 2023, si bien que le jugement du Tribunal correctionnel du 25 mai 2022 était entré en force le concernant.
- h.** Par ordonnance du 22 décembre 2023, le tribunal de céans a repris l'instruction de la cause et imparti à CSS ASSURANCE- MALADIE SA un délai au 5 février 2024 pour produire ses conclusions finales, respectivement pour désigner son nouvel arbitre.
- i.** Par courrier du 2 février 2024, CSS ASSURANCE-MALADIE SA a désigné Madame Csilla HORBER.
- j.** Par envoi du 22 février 2024, CSS ASSURANCE-MALADIE SA a produit ses conclusions finales.

k. Par courrier du 11 mars 2024, Mme DONZÉ-HORBER a informé le tribunal de céans qu'elle n'était concernée par aucun motif de récusation en l'espèce.

l. Le 6 mai 2024, le défendeur a produit son mémoire de réponse.

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

n. Par courrier du 14 mai 2024, Mme DONZÉ-HORBER a informé le tribunal qu'elle se récusait en l'espèce, après examen des « pièces complémentaires reçues, en particulier du jugement du Tribunal correctionnel du 25 mai 2022 », au motif qu'elle était employée par le groupe ASSURA, dont faisait partie ASSURA BASIS SA (ndr : également partie plaignante dans la cause ayant donné lieu audit jugement).

o. 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.

p. 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 CO, 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.

q. 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.

r. Le 24 mai 2024, le tribunal de céans a annulé l'audience du 31 mai 2024.

s. Le 30 mai 2024, il a invité la demanderesse à proposer un nouvel arbitre.

B. a. Par courrier du 18 juin 2024, la demanderesse a désigné Monsieur Alain Gérard SCHERWEY, Responsable Formation Suisse romande de santésuisse.

b. Par acte du 27 juin 2024, la demanderesse a répliqué au mémoire de réponse de la défenderesse du 6 mai 2024.

c. Par courrier du 24 juillet 2024, auquel était joint son curriculum vitae, M. SCHERWEY a accepté sa désignation estimant pouvoir statuer en toute impartialité : le fait d'avoir travaillé puis quitté la CSS il y avait plus de dix ans n'engendrait pas d'animosité de sa part envers cette dernière ; son activité professionnelle pour le département formation de santésuisse (ndr : depuis 2014) le mettait cependant en contact avec tous les assureurs-maladie qui soutenaient et encourageaient la formation professionnelle de leur personnel, dont le groupe CSS ; de ce fait, il ne pouvait renoncer aux contacts imposés par son activité professionnelle avec les apprentis ou candidats aux examens, ainsi que les responsables de formation, intervenants et experts actifs au sein du groupe CSS, lequel était étroitement lié à la demanderesse. Par ailleurs, il payait

mensuellement les primes d'assurance-maladie de l'un de ses fils, affilié auprès de la demanderesse, mais espérait que cette circonstance ne soit pas de nature à compromettre son élection.

d. Par courrier du 13 août 2024, la demanderesse a maintenu la désignation de M. SCHERWEY comme arbitre.

e. Par courrier du 20 août 2024, le défendeur s'y est opposé, invoquant les liens « particulièrement étroits » entre M. SCHERWEY et la demanderesse.

Ce dernier avait travaillé pendant 20 ans pour la demanderesse, comme collaborateur, Chef d'agence principale, puis Chef de groupe, « expert en prestations » ; outre la durée de cette collaboration, l'intéressé avait également occupé des fonctions élevées ; 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 », continue sur trois décennies, à un niveau élevé, créait assurément et objectivement une apparence de prévention qui justifiait sa récusation ; les considérations subjectives quant à la conscience de M. SCHERWEY de ses obligations en matière d'intégrité en tant qu'arbitre n'étaient à cet égard pas pertinentes.

f. Par pli du 12 septembre 2024, la demanderesse a maintenu sa proposition.

Les contacts réguliers que M. SCHERWEY était amené à entretenir dans le cadre de son activité professionnelle avec les collaborateurs de la demanderesse n'apparaissaient pas constituer un motif de récusation au sens de la jurisprudence. On ne pouvait concevoir de rapport d'amitié ou d'inimitié avec une personne morale. À sa connaissance, depuis son départ, M. SCHERWEY n'avait pas entretenu de contacts plus étroits avec la CSS qu'avec les autres assureurs. Le temps écoulé (ndr : depuis 2014) devait plaider en faveur de son impartialité. En sa qualité de formateur dans le domaine de l'assurance-maladie, l'intéressé était tenu à une rigueur intellectuelle et à une objectivité qui garantissaient son intégrité dans l'exercice du rôle d'arbitre. Dans la liste des trois arbitres précédemment soumise par le tribunal de céans, elle avait proposé la seule arbitre qui n'avait pas de liens avec la CSS ; elle n'avait ainsi pas eu d'autre choix que de désigner sa remplaçante, Mme HORBER. Selon le *rubrum* du jugement du Tribunal correctionnel du 25 mai 2022, la procédure pénale avait occupé cinq des plus grands groupes d'assureurs suisses, et ce durant dix ans. Il devenait dès lors très compliqué de trouver un représentant des assureurs-maladie qui ne présentait pas de lien actuel ou passé avec la CSS et dont l'employeur n'avait pas été impliqué dans la procédure pénale.

g. Par courrier du 24 septembre 2024, le défendeur a persisté dans sa demande de récusation.

Il n'était pas relevant que M. SCHERWEY ne soit, sur un plan strictement contractuel, plus employé de la demanderesse depuis dix ans, au vu de l'intensité et de la durée de la relation de travail précédente, au sens où l'entendait

l'ATAS/645/2024 du 23 août 2024 ; c'était précisément en raison de ses liens avec la demanderesse qu'une précédente arbitre (ndr : Mme DONZÉ-HORBER) s'était récusée, si bien qu'il ne pouvait qu'en aller de même concernant M. SCHERWEY.

EN DROIT

1. Selon l'art. 89 al. 5 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10), les cantons fixent la procédure devant le Tribunal arbitral qui doit être simple et rapide. Ce dernier établit avec la collaboration des parties les faits déterminants pour la solution du litige et administre les preuves nécessaires et les apprécie librement. Cette délégation de compétence a été concrétisée, à Genève, à l'art. 45 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 29 mai 1997 (LaLAMal - J 3 05) (dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1998), à teneur duquel le Tribunal arbitral doit être saisi par une requête adressée au greffe.

2.
 - 2.1 Les art. 39 ss LaLAMal (dans leur teneur en vigueur au 11 mai 2024) règlent la procédure devant le Tribunal arbitral.

Selon l'art. 42 LaLAMal, 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 deux 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. 4 LaLAMal prévoit que les dispositions de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA-GE - E 5 10) s'appliquent, notamment en ce qui concerne la récusation des membres du tribunal de céans et l'établissement des faits.
 - 2.2 En vertu de l'art. 15A al. 5 LPA, la décision sur la récusation d'un juge, d'un membre d'une juridiction ou d'un membre du personnel d'une juridiction est prise par une délégation de trois juges, dont le président ou le vice-président et deux juges titulaires ; l'art. 30 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) s'applique. Si la demande de récusation vise un juge titulaire, un membre d'une juridiction ou un membre du personnel d'une juridiction, ce dernier ne peut participer à la décision.

3. Les causes de récusation sont énoncées à l'art. 15A al. 1 LPA. L'art. 15 al. 1 let. f LPA prévoit qu'au-delà des causes de récusation objectives visées aux let. a à e de cette disposition, est récusable le juge qui est prévenu de toute autre manière, notamment en raison d'un rapport d'amitié ou d'inimitié avec une partie ou son représentant.

Sont ainsi visées toutes les circonstances propres à révéler une apparence de prévention et à faire douter de l'impartialité du juge. Il y a notamment apparence de prévention lorsque les circonstances, envisagées objectivement, font naître un doute quant à l'impartialité du juge. Seul l'aspect objectif compte, les considérations subjectives n'étant pas pertinentes. Ainsi, une apparence de prévention ne saurait être retenue sur la base des impressions purement individuelles au procès (ATF 144 I 159 consid. 4.3 ; 137 I 227 consid. 2.1). Le risque de prévention ne saurait en effet être admis trop facilement, sous peine de compromettre le fonctionnement normal des tribunaux (ATF 144 I 159 consid. 4.4). L'impartialité se présume, jusqu'à preuve du contraire (Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol II, 2^{ème} éd. : Les droits fondamentaux, Berne 2006, p. 576 ch. 1238).

Conformément à la jurisprudence, une relation d'amitié ou d'inimitié entre un juge et un avocat (respectivement l'ancien employeur du juge) ne peut constituer un motif de récusation que dans des circonstances spéciales, qui ne peuvent être admises qu'avec retenue ; il faudrait qu'il y ait un lien qui, par son intensité et sa qualité, soit de nature à faire craindre objectivement qu'il influence le juge dans la conduite de la procédure et dans sa décision (ATF 144 I 159 consid. 4.4 ; 138 I 1 consid. 2.4).

4.

4.1 En l'espèce le défendeur voit un motif de récusation dans le fait que l'arbitre proposé par la demanderesse aurait des liens particulièrement étroits avec cette dernière. L'intéressé avait travaillé pendant 20 ans pour la demanderesse dans des fonctions élevées et 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 », continue sur trois décennies, à un niveau élevé, créait une apparence de prévention.

4.2 Les arguments invoqués par le défendeur ne permettent pas de conclure à l'existence d'un motif de récusation en l'espèce.

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser qu'il arrive fréquemment qu'un juge et un avocat se connaissent. Par exemple, ils peuvent avoir fait leurs études ensemble, être membres d'un même parti politique, avoir été collègues à un certain stade de leur carrière ou encore pratiquer les mêmes loisirs. Selon la jurisprudence, une de ces situations banales ne saurait suffire pour constituer un motif de récusation. Que le juge ait gardé de bons contacts avec ses anciens collègues ne suffit pas pour supposer objectivement qu'il n'aurait pas le recul nécessaire pour traiter en toute impartialité les causes qui lui sont soumises. Une relation d'amitié ou d'inimitié entre un juge et un avocat ne peut constituer un motif de récusation que dans des circonstances spéciales, qui ne peuvent être admises qu'avec retenue ; il faudrait qu'il y ait un lien qui, par son intensité et sa qualité, soit de nature à faire

craindre objectivement qu'il influence le juge dans la conduite de la procédure et dans sa décision (ATF 144 I 159 consid. 4.4 ; 138 I 1 consid. 2.4).

Ainsi, même si la constellation du cas d'espèce n'est peut-être pas idéale, le fait que l'arbitre intimé ait travaillé, dans des fonctions élevées, pendant vingt années, pour la demanderesse, ne suffit pas, en l'absence d'autres circonstances spéciales, à justifier la suspicion de partialité de l'arbitre intimé. Le Tribunal fédéral a en effet précisé qu'un partenariat de bureau – même de longue durée – ne permettait pas à lui seul de conclure à un rapport d'amitié particulier qui constituerait un motif de récusation (arrêts 1B_55/2015 du 17 août 2015 consid. 4.5 ; 1C_474/2014 du 9 février 2015 consid. 3.1). Le fait qu'un juge se réunisse régulièrement avec des amis (dont l'avocat d'une partie recourante) pour faire du sport et dîner ensuite, en discutant parfois de questions juridiques (mais pas de cas), ne constitue pas non plus une circonstance qui devrait obligatoirement justifier une récusation (arrêts 1B_55/2015 du 17 août 2015 consid. 4.4 et 5A_253/2010 du 10 mai 2010). De même, le cas d'un juge ayant statué dans un dossier plus d'un an et demi après la fin d'une longue relation professionnelle en qualité de partenaire dans une étude d'avocat représentant l'une des parties n'était pas de nature à susciter un doute légitime quant à l'impartialité du juge, faute d'autres circonstances concrètes (arrêt 1C_474/2014 du 9 février 2015 consid. 3.1).

A fortiori, il en va de même lorsque, comme dans le cas d'espèce, l'arbitre intimé a œuvré en tant que simple salarié au sein de la demanderesse et non, par exemple, en tant qu'organe. Le défendeur n'invoque en l'occurrence aucun autre élément permettant de conclure à un rapport d'amitié particulier entre l'arbitre intimé et la demanderesse, qui fonderait une apparence de partialité. Que l'arbitre intimé, dans le cadre de ses fonctions auprès de santésuisse depuis 2014 soit amené à entretenir des contacts réguliers avec des responsables de formation, intervenants et experts actifs au sein du groupe CSS n'y change rien. En outre, il n'apparaît pas que l'arbitre intimé ait eu à connaître du dossier du défendeur lorsqu'il était encore employé par la demanderesse : d'ailleurs, la plainte pénale ayant abouti au jugement du Tribunal correctionnel du 25 mai 2022 a été déposée en 2016, soit deux ans après son départ.

Par ailleurs, dans la mesure où l'arbitre intimé a quitté CSS ASSURANCE-MALADIE SA depuis environ dix ans, on peut attendre de ce dernier la distance nécessaire afin de se prononcer de manière objective sur le litige divisant les parties (comp. arrêt du Tribunal fédéral 1C_145/2024 du 20 juin 2024, dans lequel le juge intimé avait quitté son ancien employeur depuis environ deux ans).

Le défendeur invoque en vain, à l'appui de sa position, l'ATAS/645/2024. En effet, dans cette affaire, la situation était différente, dans la mesure où les liens tissés entre l'expert intimé et son ancien employeur relevaient d'une amitié étroite – si ce n'est quasi fraternelle – qui pouvaient faire douter de sa liberté de jugement. Au demeurant, dans cette affaire, le Tribunal arbitral a finalement laissé ouverte la

question de la récusation. Le défendeur ne saurait non plus rien tirer du fait que la précédente arbitre désignée par CSS ASSURANCE-MALADIE SA (Mme DONZÉ-HORBER) se soit récusée en raison de ses liens avec la demanderesse (recte : avec ASSURA BASIS SA, soit une des parties plaignantes dans la procédure pénale), déjà parce que cette dernière était alors toujours employée du groupe ASSURA.

Dans ces conditions, il y a lieu de constater que la garantie du juge impartial a été respectée en l'espèce, de sorte que le grief tiré de la violation de l'art. 15 al. 1 let. f LPA doit être rejeté.

5. La procédure devant le Tribunal n'est pas gratuite. Conformément à l'art. 46 al. 1 LaLAMal, les frais du tribunal sont à la charge des parties. Ils comprennent les débours divers (notamment indemnités des arbitres, des témoins, et les frais d'expertise), ainsi qu'un émolument n'excédant pas CHF 50'000.-. Le tribunal de céans fixe le montant des frais et décide quelle partie doit les supporter (art. 46 al. 2 LaLAMal).

Eu égard au sort du litige, les frais du tribunal de céans, d'un montant de CHF 1'412.85, seront mis à la charge de A_____.

**PAR CES MOTIFS,
LA DÉLÉGATION DES JUGES DU TRIBUNAL ARBITRAL DES
ASSURANCES
EN MATIÈRE DE RÉCUSATION :**

1. Rejette la demande dans la mesure de sa recevabilité.
2. Condamne A_____ au paiement des frais du Tribunal arbitral des assurances de CHF 1'412.85
3. 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

Le président

Christine RAVIER

Jean-Louis BERARDI

Une copie conforme de la présente décision est notifiée à Alain-Géard SCHERWEY ainsi qu'aux parties par le greffe le