3RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2333/2018 **ATAS/1065/2021**

ARRET

DU TRIBUNAL ARBITRAL DES ASSURANCES

du 30 septembre 2021

En la cause

CSS KRANKEN-VERSICHERUNG AG demanderesses

AQUILANA VERSICHERUNGEN

SUPRA - 1846 SA

CONCORDIA KRANKEN-UND UNFALLVERSICHERUNG

ATUPRI GESUNDHEITSVERSICHERUNG

AVENIR ASSURANCE MALADIE SA

KPT KRANKENKASSE AG

ÖKK KRANKEN-UND UNFALLVERSICHERUNGEN AG

KOLPING KRANKENKASSE AG

EASY SANA ASSURANCE MALADIE SA

EGK GRUNDVERSICHERUNGEN

PROGRÈS VERSICHERUNGEN AG

Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente; G_____ et F_____, Arbitres

WINCARE VERSICHERUNGEN AG

SWICA GESUNDHEITSORGANISATION

MUTUEL ASSURANCE MALADIE SA

SANITAS KRANKENVERSICHERUNG

INTRAS ASSURANCE-MALADIE SA

PHILOS ASSURANCE MALADIE SA

ASSURA-BASIS SA

VISANA AG

HELSANA VERSICHERUNGEN AG

AVANEX VERSICHERUNGEN AG

SANSAN VERSICHERUNGEN AG

SANA24 AG

ARCOSANA AG

VIVACARE AG

Toutes représentées par SANTESUISSE, sis Rue des Terreaux 23, Lausanne, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Olivier BURNET

contre

Monsieur A_____, domicilié à Genève, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Yves MABILLARD — défendeur

EN FAIT

1. Le docteur A_____ (ci-après : le médecin ou le défendeur), né le _____ 1965, exerçait la profession de médecin généraliste à titre indépendant dans le cadre de deux cabinets, l'un à Montreux au B_____ et l'autre à Genève au C_____ depuis 2013.

2. Le médecin a transmis pour la période s'écoulant de janvier 2013 à mai 2015 à AVENIR ASSURANCE MALADIE SA, PHILOS ASSURANCE MALADIE SA, EASY SANA ASSURANCE MALADIE SA et MUTUEL ASSURANCE MALADIE SA, des factures pour un montant de CHF 675'194.90 s'agissant de son cabinet à Montreux et de CHF 367'738.95 s'agissant de son cabinet à Genève, afin d'en obtenir la prise en charge au titre de l'assurance obligatoire des soins,

   Ces assureurs, considérant qu'il y avait surfacturation, ont déposé auprès du Tribunal arbitral des assurances à Genève et du Tribunal arbitral des assurances du canton de Vaud, deux actions de droit administratif le 21 août 2015, visant à ce que le médecin soit condamné à leur restituer les sommes précitées.

   Par arrêt du 9 octobre 2015 (ATAS/755/2015), le Tribunal arbitral genevois a rappelé que pour déterminer laquelle des deux juridictions devait traiter l'ensemble du litige, il convenait de retenir des critères objectifs tels que les dates auxquelles les demandes ont été déposées ou le montant de la valeur litigieuse. Aussi, constatant que la demande introduite auprès du Tribunal vaudois portait sur un montant plus élevé, et après échanges de vues avec ce dernier, lui a-t-il transmis la demande dont il avait été saisi, comme objet de sa compétence.

   Les parties ont finalement réglé le litige à l'amiable le 20 juillet 2016. Il a été convenu que le défendeur verserait à SANTESUISSE, pour solde de tout compte et de toute prétention, s'agissant des statistiques de janvier 2012 à fin décembre 2015, pour ses cabinets tant genevois que vaudois, une somme de CHF 350'000.- en capital, qu'il s'en acquitterait par un premier acompte de CHF 90'000.- dans un délai de trente jours dès signature de la transaction, puis d'acomptes réguliers de CHF 5'000.-, à raison de 52 mensualités versées le 28 de chaque mois. Aussi SANTESUISSE a-t-elle retiré sa requête.

3. Ayant établi que, selon la statistique des factureurs (RSS) de l'année 2016, les coûts totaux par patient du défendeur se situaient à un indice de 240, soit nettement au-dessus de la moyenne du groupe de comparaison, 26 caisses-maladie, représentées par SANTESUISSE, ont saisi le Tribunal de céans le 5 juillet 2018, concluant au paiement par le médecin du montant de CHF 284'743.- pour l'année statistique 2016, au titre de violation du principe du caractère économique des prestations.

   Les caisses-maladie ont procédé au calcul suivant :

Total coût direct : prestations brutes	CHF 538'282.-
Indice ANOVA : coût par malade	276 points

Marge de tolérance 130 points

146 points

Dépassement =

Prestations brutes ÷ indice ANOVA x coûts directs CHF 284'743.-

Elles ont également conclu à ce que le médecin soit exclu définitivement de toute pratique à charge de l'assurance obligatoire des soins.

Elles ont par ailleurs indiqué qu'une procédure de rétrocession avait parallèlement été introduite auprès de la Commission paritaire cantonale vaudoise le 31 janvier 2018 s'agissant de sa pratique vaudoise pour l'année 2016.

4. Le 9 octobre 2018, le Tribunal arbitral a constaté l'échec de la tentative obligatoire de conciliation.

   A cette occasion, le défendeur a indiqué qu'il n'avait plus aucun cabinet ni à Genève ni à Montreux depuis le 7 mars 2017, et qu'il était à la recherche d'un travail en tant que médecin salarié, ce à quoi il était autorisé par le juge pénal (cf. ci-dessous ch. 13, pour autant que son activité s'exerce sous la surveillance du médecin cantonal vaudois et qu'il ne facture pas lui-même ses prestations.

   Le 4 mars 2019, il a transmis au Tribunal arbitral une attestation établie par D_____ Sàrl, fiduciaire de E_____ SA, non datée, selon laquelle il était employé chez celle-ci depuis le 3 janvier 2019 en qualité de médecin généraliste, et avait été rémunéré à hauteur de CHF 2'500.- par mois en janvier et février, étant précisé que « nous pensons que le docteur arrivera à un salaire mensuel d'environ CHF 6'000.- d'ici quelques mois si son état de santé le permet ».

   Les demanderesses ont désigné Monsieur F_____ pour arbitre le 10 octobre 2018 et le défendeur Monsieur G_____ le 5 juillet 2019.

5. Dans sa réponse du 5 juillet 2019, le défendeur a conclu au rejet de la requête du 5 juillet 2018. Il relève que les demanderesses n'ont pas produit les courriers des 11 avril et 17 novembre 2014, selon lesquels il aurait été averti que rien ne justifiait que les indices 2013 soient supérieurs à la marge de tolérance, mais admet que c'est durant cette année 2014 que les caisses maladie lui ont reproché pour la première fois sa pratique de la médecine, respectivement le coût de sa pratique.

   Il précise que depuis janvier 2019, il a été engagé par la Clinique H_____, sous la supervision du Dr I_____.

   Il reproche à SANTESUISSE de n'avoir donné aucune explication sur le pool de médecins choisis à titre de comparaison et conclut préalablement à ce qu'il soit ordonné à SANTESUISSE de produire la liste nominative des médecins figurant dans son collectif de comparaison et les principaux indicateurs statistiques de chacun des médecins.

Il considère quoi qu'il en soit que ses statistiques ont été comparées avec celles d'un collectif de comparaison formé de praticiens qui ne travaillent pas dans des conditions semblables aux siennes et dont la pratique est différente.

Il explique que sa patientèle est principalement, voire exclusivement, constituée d'étrangers (lui-même est parfaitement trilingue, français, arabe, anglais), avec une proportion très importante de requérants et/ou réfugiés, souffrant de troubles psychiques liés aux événements graves dont ils ont été victimes dans leur pays d'origine (Syrie, Irak, Erythrée, et Afghanistan). En plus de la composante psychosociale nécessitant une lourde prise en charge, ces patients présentent des carences en fer et en vitamines, ainsi que des entorses, luxations, amputations et fractures d'origine traumatique nécessitant des soins chirurgicaux (extraction de corps étrangers tels qu'éclats de verre et métal, excision des blessures négligées et infectées, correction des cicatrices liées à des interventions chirurgicales pratiquées dans des conditions extrêmes, etc.). Ils sont également davantage sujets aux maladies rhumatismales arthrosiques. C'est ainsi qu'il pratique de manière régulière et soutenue la médecine d'urgence, la petite chirurgie, la médecine psychothérapique et la médecine rhumatologique / infiltration, soit des domaines dans lesquels le patient est vu plus souvent.

Il souligne que sa patientèle est également différente de celle du collectif de comparaison en tant qu'elle est plus jeune, plus dynamique et en majeure partie masculine, ce qui implique, selon lui, qu'elle est plus demandeuse de soins.

Il relève que la durée moyenne et le coût moyen d'une consultation sont inférieurs à ceux de ses collègues. Leur fréquence est en revanche supérieure, ce qui s'explique par le fait qu'il travaille davantage de jours que ses collègues.

Les conclusions d'un rapport établi par la Ctésias SA le 20 mai 2019, à laquelle il a fait appel pour faire analyser ses statistiques 2016, ont confirmé qu'il avait un nombre de patients beaucoup plus important que le collectif de comparaison, soit celui des médecins praticiens de Genève, et que ceux-ci étaient en moyenne plus jeunes.

Il considère que pour obtenir une comparaison admissible et équitable des statistiques entre les siennes et celles du collectif de comparaison, il faudrait nécessairement retrancher les statistiques concernant les positions d'urgence, la psychothérapie et la chirurgie. On obtiendrait ainsi un indice RSS de 140, ce qui représente seulement 10% de plus que la moyenne autorisée des collègues. Seule une polypragmasie légère de 10% pourrait dans ces conditions être retenue contre lui.

S'agissant enfin de la demande d'exclusion de toute pratique à charge de l'assurance obligatoire des soins, il relève qu'il s'agit là de la sanction la plus sévère, qui viole dès lors le principe de la proportionnalité (ATA 46/2001 et ATA 750/2004). Une polypragmasie ne dépassant pas 10% ne justifie aucunement une telle sanction. Depuis 2016, aucun reproche ne peut lui être adressé quant à la

manière de pratiquer à charge de l'assurance obligatoire. Aussi, aucune sanction ne doit-elle lui être infligée.

6. Dans sa réplique du 23 juillet 2019, SANTESUISSE a déclaré persister dans ses conclusions.

   À titre de mesure d'instruction, elle requiert la production de la copie du dossier complet concernant le défendeur auprès du Ministère public central du canton de Vaud et, subsidiairement, de l'ensemble des décisions judiciaires rendues, en particulier l'ordonnance du Tribunal des mesures de contrainte du 10 mars 2017.

   Elle précise que le défendeur a été comparé aux 233 médecins genevois compris dans le groupe des médecins praticiens et aux 1898 médecins praticiens exerçant en Suisse et répertoriés dans le groupe 53. Elle rappelle à cet égard que le défendeur ne dispose d'aucun titre FMH, ni d'une formation requise pour être admis dans un autre groupe. Il ne peut dès lors être comparé qu'à celui des médecins praticiens. Elle relève également qu'il ne dispose pas des droits acquis lui permettant d'exercer la psychothérapie, la rhumatologie et la chirurgie et que du reste, l'examen de ses notes d'honoraires démontre que de nombreuses prestations concernent des actes médicaux qu'il n'est pas autorisé à pratiquer.

   Elle constate pour le surplus que le défendeur se contente d'alléguer que sa pratique, spécifique, ne devrait pas être comparée aux médecins praticiens.

   Quant à la mesure d'exclusion, SANTESUISSE considère qu'elle est particulièrement justifiée, notamment au vu de la multiplication d'actes et d'activités prohibés, des antécédents judiciaires et du caractère récurrent de la polypragmasie.

7. Dans sa duplique du 26 septembre 2019, le défendeur a répété qu'il ne pouvait s'assurer de la fiabilité de la comparaison avec le groupe des médecins praticiens, les statistiques de SANTESUISSE ne donnant que peu d'information, voire aucune, raison pour laquelle il avait commandé une étude à la société Ctésias SA. Il a ainsi préalablement conclu à ce qu'il soit ordonné à SANTESUISSE de produire les principaux indicateurs statistiques de chacun des médecins figurant dans le collectif de comparaison, soit, le chiffre d'affaires de chaque médecin, le nombre de patients traités par jour et par année, le nombre de médecins qui pratiquent la petite chirurgie, les soins psychothérapiques, les infiltrations, les consultations urgentes et à quel pourcentage de leur chiffre d'affaires pour chacune de ces activités, le nombre de médecins praticiens du collectif de comparaison qui a dépassé la marge de tolérance des 30% en 2016 et combien ont reçu une lettre d'avertissement en 2016. Il a requis sa comparution personnelle, ainsi que l'audition de M. J_____ de Ctésias SA et du Dr I_____.

   Il insiste sur le fait qu'il est bel et bien médecin généraliste "au sens de la FMH", puisqu'il a été intégré par la FMH dans le groupe des médecins praticiens au vu de sa formation étrangère, qu'il dispose de droits acquis, qu'il pratique la médecine générale avec quelques spécificités - sans pour autant avoir facturé en tant que

spécialiste -, qu'il a enfin toujours réalisé des actes médicaux qu'il était en droit de pratiquer. Il rappelle à cet égard que sous l'ancienne version TARMED, soit avant 2018, les médecins praticiens étaient en droit de pratiquer ces actes médicaux. Ce n'est qu'à partir de 2018 que certaines de ces prestations ont été attribuées à des catégories de médecins spécifiques.

Il fait valoir qu'il a procédé à une comparaison de sa pratique, similaire à celle des médecins du groupe de comparaison, mais expurgée des actes que lui seul réalise (petite chirurgie, consultation psychothérapique et infiltration notamment) et qu'il a abouti à un indice coût par malade de 140 seulement, ce qui ne constituerait qu'un dépassement de 10%.

8. Par courrier du 4 novembre 2019, constatant que le défendeur demandait à ce que SANTESUISSE communique un certain nombre d'informations listées aux pages 10 et 11 de sa duplique du 26 septembre 2019, la Présidente du Tribunal arbitral a rappelé que la valeur de l'indice était déterminée par rapport au coût par patient et non par rapport au chiffre d'affaires. Elle a dès lors considéré que le droit d'être entendu du défendeur n'imposait pas qu'il connaisse les statistiques détaillées de chacun des médecins de son groupe et relevé que la production de tous les documents requis serait disproportionnée, compte tenu du nombre élevé des médecins qui composent le groupe de comparaison. Aussi a-t-elle rejeté la demande.

9. Par écriture spontanée du 11 novembre 2019, SANTESUISSE a souligné que le défendeur avait déjà fait l'objet d'avertissements pour sa pratique relative aux années 2012 et 2013. Elle relève également que le document émanant de la FHM et intitulé « Attestation de valeur intrinsèque », dont se prévaut le défendeur, est daté du 23 juillet 2019 et ne concerne, partant, pas l'année 2016. Ce document stipule au surplus, que « les droits acquis reposent sur une auto-déclaration du médecin ». Les certificats de formation continue n'avaient par ailleurs pas été produits.

   SANTESUISSE a par ailleurs persisté à affirmer, contrairement aux allégations du défendeur, selon lesquelles ce n'est qu'à partir de 2018 que certaines de ses prestations ont été attribuées à des catégories de médecins spécifiques, que celui-ci n'était plus en droit de pratiquer certains actes médicaux bien avant 2018.

10. Par écriture du 21 février 2020, le défendeur s'est déterminé sur les commentaires de SANTESUISSE comme suit :

    « Il est absolument impossible de pouvoir comprendre, comparer et vérifier le total de points de l'indice ANOVA attribué au défendeur par SANTESUISSE en l'absence de toute donnée sur le taux d'activité des médecins du collectif (travaillent-ils tous à plein temps ?), en l'absence d'information sur le nombre de patients moyens par médecin du collectif - cette donnée est d'autant plus importante que l'indice ANOVA est déterminé par rapport au coût par patient - en l'absence d'information sur leur pratique sur leur patientèle, etc. ».

Le défendeur maintient dans ces conditions sa demande de production d'informations complémentaires au sujet des données sur les médecins composant le collectif de comparaison pour assurer sa défense et qu'à défaut, il y a lieu d'admettre que la statistique ANOVA est inutilisable et indéfendable du point de vue scientifique et juridique.

Il répète que sa pratique est différente de celle de la moyenne de ses collègues, en ce sens que :

- il s'est installé à Genève et est parti de zéro
- le nombre de ses patients est plus élevé
- il a travaillé plus de jours
- sa patientèle est composée principalement de jeunes hommes étrangers, notamment de réfugiés, ce qui implique davantage de soins variés, tels que la psychiatrie, l'urgence, la petite chirurgie, les ponctions et la mise en place de voies veineuses.
- l'analyse de son activité montre d'importantes différences de pratique. Le pourcentage de son chiffre d'affaires par patient pour certains actes, plus particulièrement, est sensiblement différent de celui des médecins du groupe de comparaison.

Aussi l'indice ANOVA utilisé par SANTESUISSE ne le compare-t-il clairement pas avec des collègues ayant une pratique médicale comparable. La demande de rétrocession, basée sur l'indice ANOVA, ne tient pas compte des spécificités de sa pratique et sa patientèle.

Il répète qu'à partir du 1er janvier 2018, une nouvelle version TARMED a été publiée laquelle péjore le droit de facturation des médecins praticiens.

Il se réfère enfin à un arrêt du 25 janvier 2006 (K 45/04), dans lequel le Tribunal fédéral a confirmé une exclusion de deux ans à l'encontre d'un médecin ayant fréquemment pratiqué de manière polypragmasique entre 1976 et 2001 et ayant fait l'objet d'une demi-douzaine d'arrêts, pour en conclure que dans son cas, une exclusion définitive, voire temporaire, ne saurait s'envisager.

11. Le 16 avril 2020, le Tribunal des mesures de contrainte de Renens a transmis au Tribunal de céans, à la demande de celui-ci, son ordonnance du 10 mars 2017.

12. Dans sa détermination du 11 mai 2020, SANTESUISSE a rappelé que la méthode ANOVA n'avait pas pour but ni effet de lisser les chiffres, mais bien de calculer l'écart entre une pratique normale et celle de médecins pratiquant une tarification hors norme.

    Elle s'étonne de ce que le défendeur puisse se vanter d'exercer une médecine de qualité alors qu'il a traité en 2016 1748 patients sur deux cantons, et que les médecins praticiens ont soigné en Suisse, en moyenne, 705 patients durant cette même année.

Elle rappelle enfin, pour répondre au défendeur selon lequel les statistiques donneraient une importance disproportionnée à la spécialisation FMH, que le critère de la spécialisation a été voulu par les parties à la convention comme étant déterminant pour établir les groupes de comparaison.

13. Le 26 juin 2020, le défendeur, constatant que l'ordonnance pénale rendue par le Tribunal des mesures de contrainte de Renens du 10 mars 2017 figurait dorénavant dans le dossier, a sollicité la suspension de la présente procédure jusqu'à droit jugé au pénal, ce qui constituerait le « seul moyen permettant de respecter sans prévention sa présomption d'innocence ».

    Il prend note de la production par SANTESUISSE des pièces 22 et 23, intitulées respectivement "groupe de comparaison" et "audits de performances", et portant sur l'année 2016, mais persiste dans ses réquisitions de preuves du 21 février 2020 qui permettraient selon lui d'établir un comparatif objectif et impartial de sa situation avec celle de ses collègues.

    Il admet traiter un grand nombre de patients, ce qui vient démontrer sa « force de travail supérieure » à celle de ses confrères, d'une part, et la satisfaction de ses patients qui se « fidélisent », d'autre part.

14. Le 7 juillet 2020, SANTESUISSE a déclaré maintenir les termes et conclusions de ses précédentes écritures.

    Elle a rappelé le 8 septembre 2020 qu'un accord avait été passé avec le défendeur en juillet 2016, en relation avec sa pratique pour les années 2012 à 2015. Celui-ci s'était alors engagé à procéder à divers remboursements échelonnés, mais n'avait finalement effectué aucun versement.

15. Le défendeur a annoncé le 11 septembre 2020 qu'il entendait faire appel de l'arrêt qu'avait rendu le Tribunal correctionnel d'arrondissement de l'Est vaudois à son encontre le 31 août 2020 et maintenait sa requête en suspension de procédure.

    Le 12 octobre 2020, SANTESUISSE s'y est opposée.

    Par arrêt incident du 27 octobre 2020, le Tribunal de céans a rejeté la demande de suspension. Il a en effet considéré que la question de savoir si dans sa pratique le défendeur avait violé ou non le principe de l'économicité des prestations ne dépendait pas de l'issue de la procédure pénale.

    Le 6 janvier 2021, sur demande du Tribunal de céans, le Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois a transmis son jugement du 31 août 2020.

    Le 12 janvier 2021, le défendeur s'est étonné de ce que le Tribunal de céans avait requis de cette juridiction une copie intégrale de son jugement, alors que, par arrêt du 27 octobre 2020, il avait précisément considéré que la présente procédure était indépendante de la procédure pénale, raison pour laquelle il avait rejeté la demande de suspension. Il rappelle, quoi qu'il en soit, qu'il a fait appel de ce jugement.

Le 26 janvier 2021, la Présidente du Tribunal de céans a attiré son attention sur le fait que si la juridiction n'était effectivement pas liée par l'issue d'un procès pénal, elle pouvait en revanche être intéressée à connaître les faits résultant de l'instruction menée par le juge pénal. Aussi a-t-elle indiqué que ce document ne serait pas écarté de la présente procédure.

Invitée à se déterminer, SANTESUISSE a déclaré, le 7 avril 2021, qu'elle n'avait pas de détermination complémentaire à transmettre.

Par écriture du 3 mai 2021, le défendeur a répété que le jugement pénal du 31 août 2020 n'était pas exécutoire dès lors qu'un appel avait été déposé. Il constate quoi qu'il en soit que les faits qui lui sont reprochés dans le cadre de la procédure pénale concernent principalement la période 2013 à 2015, et souligne que le Tribunal correctionnel a abandonné le chef d'escroquerie au sens de l'art. 146 al. CP en lien avec la question d'une potentielle surfacturation.

Le défendeur se réfère, pour le fond, à ses écritures précédentes.

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

EN DROIT

1. a. Selon l'art. 89 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal), les litiges entre assureurs et fournisseurs sont jugés par le Tribunal arbitral. Est compétent le Tribunal arbitral du canton dont le tarif est appliqué ou dans lequel le fournisseur de prestations est installé à titre permanent (art. 89 al. 2 LAMal). Le Tribunal arbitral est aussi compétent si le débiteur de la rémunération est l'assuré (système du tiers garant, art. 42 al. 1 LAMal) ; en pareil cas, l'assureur représente, à ses frais, l'assuré au procès (art. 89 al. 3 LAMal). La procédure est régie par le droit cantonal (art. 89 al. 5 LAMal).

   b. En l'espèce, la qualité de fournisseur de prestations au sens des art. 35ss LAMal et 38ss de l'ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995 (OAMal) du défendeur n'est pas contestée. Quant aux demanderesses, elles entrent dans la catégorie des assureurs au sens de la LAMal. La compétence du Tribunal arbitral du canton de Genève est également acquise ratione loci, dans la mesure où le cabinet du défendeur y était installé à titre permanent durant l'année en cause.

   c. La présidente du Tribunal de céans a constaté, lors de l'audience du 19 février 2019, l'échec de la tentative obligatoire de conciliation, et des arbitres ont été désignés. Le Tribunal a ainsi été constitué.

   d. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La requête des demanderesses respecte les conditions de forme prescrites par les art. 64 al. 1 et 65 de la loi cantonale sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA).

Leur demande est dès lors recevable.

3. Le litige porte sur la question de savoir si la pratique du défendeur pendant l'année statistique 2016 est ou non contraire au principe de l'économicité, et dans l'affirmative, si et dans quelle mesure, les demanderesses sont habilitées à lui réclamer le trop-perçu.

4. Aux termes de l'art. 56 al. 1 et 2 LAMal, 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.

5. a. L'art. 25 al. 2 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (ci-après LPGA) prévoit que 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 V 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 1er janvier 2003, l'art. 47 al. 2 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (ci-après LAVS) 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 empêchée 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).

   b. En l'espèce, les statistiques de SANTESUISSE concernant l'année 2016 ont été portées à la connaissance des demanderesses au plus tôt le 17 juillet 2017, date qui correspond à celle de la préparation des données figurant sur ces statistiques. Dans la mesure où la demande a été déposée le 12 juillet 2018, il sied de constater que celle-ci respecte le délai légal de péremption d'une année.

6. a. Le point de savoir si une partie a la qualité pour agir (ou légitimation active) ou la qualité pour défendre (légitimation passive) - question qui est examinée d'office (ATF 110 V 347 consid. 1; ATF non publié 9C_40/2009 du 27 janvier 2010, consid. 3.2.1) - se détermine selon le droit applicable au fond, également pour la

procédure de l'action soumise au droit public. En principe, c'est le titulaire du droit en cause qui est autorisé à faire valoir une prétention en justice de ce chef, en son propre nom, tandis que la qualité pour défendre appartient à celui qui est l'obligé du droit et contre qui est dirigée l'action du demandeur (RSAS 2006 p. 46; cf. ATF 125 III 82 consid. 1a). La qualité pour agir et pour défendre ne sont pas des conditions de procédure, dont dépendrait la recevabilité de la demande, mais constituent des conditions de fond du droit exercé. Leur défaut conduit au rejet de l'action, qui intervient indépendamment de la réalisation des éléments objectifs de la prétention du demandeur, et non pas à l'irrecevabilité de la demande (SVR 2006 BVG n° 34 p. 131; cf. ATF 126 III 59 consid. 1 et ATF 125 III 82 consid. 1a).

b. Selon l'art. 56 al. 2 let. b LAMal, ont qualité pour demander la restitution les assureurs dans le système du tiers-payant. Selon la jurisprudence, 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. Ainsi, il ne saurait être question, dans le cadre de l'art. 56 al. 2 let. a LAMal, d'exiger de chaque assureur maladie séparément qu'il entame une action en restitution du trop-perçu contre le fournisseur de prestations en cause; les assureurs - représentés cas échéant par SANTESUISSE - peuvent introduire une demande globale de restitution à l'encontre d'un fournisseur de prestations et, à l'issue de la procédure, se partager le montant obtenu au titre de restitution de rétributions perçues sans droit (ATF 127 V 281 consid. 5d). Le fait d'agir collectivement, par l'intermédiaire d'un représentant commun et de réclamer une somme globale qui sera répartie à la fin de la procédure ne contrevient donc pas au droit fédéral (ATF 136 V 415 consid. 3.2). Il est dès lors sans importance que certains assureurs n'aient remboursé aucun montant pendant une période déterminée. Ils ne participeront pas au partage interne (ATFA non publié K 6/06 du 9 octobre 2006, consid. 3.3 non publié in ATF 133 V 37, mais in SVR 2007 KV n° 5 p. 19; ATF 127 V 281 consid. 5d p. 286 s.).

Néanmoins, la prétention en remboursement appartient à chaque assureur-maladie, raison pour laquelle son nom doit figurer dans la demande, ainsi que dans l'intitulé de l'arrêt. Lorsqu'un groupe d'assureurs introduit une demande globale, il peut dès lors seulement réclamer le montant que les membres de ce groupe ont payé en trop, mais non la restitution de montants payés par d'autres assureurs ne faisant pas partie du groupe, à moins d'être au bénéfice d'une procuration ou d'une cession de créance de la part de ces derniers. Dans l'hypothèse où une violation du principe d'économicité est retenue, seuls devraient être restitués par le médecin recherché les montants effectivement remboursés par les caisses-maladie parties à la procédure (arrêt non publié 9C_260/2010 du 27 décembre 2011, consid. 4.7 ; arrêt non publié 9C_167/2010 du 14 janvier 2011, consid. 2.2). Enfin, la production, par une assurance-maladie, d'une seule facture pour l'année litigieuse suffit à admettre sa légitimation active (arrêt non publié cause K 61/99 du 8 mars 2000, consid. 4.c).

c. En l'occurrence, l'action en justice est conduite par SANTESUISSE, représentant 26 caisses-maladie agréées pour la Suisse. On ne saurait exiger de chaque assureur qu'il entame une action en restitution du trop-perçu, de sorte que SANTESUISSE est autorisée à introduire une demande globale (ATAS/1118/2012 consid. 7b ; ATAS/1090/2012 consid. 7b.a ; ATAS/150/2016 consid. 9b ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_778/16 consid. 6).

Il appert du dossier que chacune des 26 demanderesses figurant dans le rubrum du présent arrêt a remboursé des coûts directs pour l'année 2016, ce qui n'est du reste pas contesté par le défendeur.

Partant, le Tribunal de céans admet la qualité pour agir de ces demanderesses, celles-ci étant membres de SANTESUISSE ou ayant produit une procuration.

7. Le défendeur conteste l'application des statistiques de SANTESUISSE à son cas et plus particulièrement le pool de médecins choisis pour procéder à la comparaison. Selon lui, la composition de ce pool n'est ni impartiale, ni objective.

8. a. Pour établir l'existence d'une polypragmasie, le Tribunal fédéral des assurances 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 (arrêts du Tribunal fédéral op. cit.).

b. La méthode statistique ou de comparaison des coûts moyens consiste à comparer les frais moyens causés par la pratique d'un médecin particulier avec ceux causés par la pratique d'autres médecins travaillant dans des conditions semblables (ATFA K 6/06 du 9 octobre 2006, consid. 4.2). Cette méthode est concluante et peut servir comme moyen de preuve, si les caractéristiques essentielles des pratiques comparées sont similaires, si le groupe de comparaison compte au moins dix médecins, si la comparaison s'étend sur une période suffisamment longue et s'il est pris en compte un nombre assez important de cas traités par le médecin contrôlé. Il y a donc polypragmasie lorsque les notes d'honoraires communiquées par un médecin à une caisse-maladie sont, en moyenne, sensiblement plus élevées que celles des autres médecins pratiquant dans une région et avec une clientèle semblable alors qu'aucune circonstance particulière ne justifie la différence de coûts (ATF 119 V 448 consid. 4b et les références).

Pour présumer l'existence d'une polypragmasie, il ne suffit pas que la valeur moyenne statistique (indice de 100, exprimé généralement en pour cent) soit dépassée. Il faut systématiquement tenir compte d'une marge de tolérance (ATF 119 V 448 consid. 4c) et, cas échéant, d'une marge supplémentaire à l'indice-limite de tolérance (RAMA 1988 n° K 761 p. 92). 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 (ATFA non publié K 6/06 du 9 octobre 2006, consid. 4.2; ATFA non publié K 150/03 du 18 mai 2004, consid. 6.1 et les références; SVR 1995 KV p. 125). La marge de tolérance sert à tenir compte des particularités et des différences entre cabinets médicaux ainsi que des imperfections de la méthode statistique en neutralisant certaines variations statistiques (arrêt non publié 9C_260/2010 du 27 décembre 2011, consid. 4.3).

c. Le Tribunal fédéral a réaffirmé dernièrement le caractère admissible du recours à la méthode statistique comme moyen de preuve permettant d'établir le caractère économique ou non des traitements prodigués par un médecin donné (ATF 136 V 415 consid. 6.2). Outre le fait que la méthode n'a jamais été valablement remise en cause (cf. par exemple ATF non publiés 9C_205/2008 du 19 décembre 2008 et 9C_649/2007 du 23 mai 2008; ATFA non publiés K 130/06 du 16 juillet 2007, K 46/04 du 25 janvier 2006, K 93/02 du 26 juin 2003 et K 108/01 du 15 juillet 2003) et qu'il ne s'agit pas d'une preuve irréfragable, dans la mesure où le médecin recherché en remboursement a effectivement la possibilité de justifier une pratique plus onéreuse que celle de confrères appartenant à son groupe de comparaison (pour une énumération des particularités justifiant une telle pratique, cf. notamment ATFA non publiés K 150/03 du 18 mai 2004, consid. 6.3 et K 9/99 du 29 juin 2001, consid. 6c), on rappellera que cette méthode permet un examen anonyme, standardisé, large, rapide et continu de l'économicité (Valérie JUNOD, Polypragmasie, analyse d'une procédure controversée in Cahiers genevois et romands de sécurité sociale n° 40-2008, p. 140 ss) 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 et le montant à mettre à charge du médecin (ATF 99 V 193 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 9C_821/2012 ; V. JUNOD, op. cit., p. 140 ss). Enfin, la méthode statistique comprend une marge de tolérance qui permet de prendre en considération les spécificités d'une pratique médicale et de neutraliser certaines imperfections inhérentes à son application (ATF 136 V 415 consid. 6.2).

Selon la jurisprudence, les particularités suivantes liées à la pratique médicale du médecin peuvent justifier un coût moyen plus élevé: une clientèle composée d'un nombre plus élevé que la moyenne de patients nécessitant souvent des soins médicaux (RAMA 1986 p. 4 consid. 4c), un nombre plus élevé de la moyenne de visites à domicile et une très grande région couverte par le cabinet (SVR 1995 p. 125 consid. 4b), un pourcentage très élevé de patients étrangers (RAMA 1986 p. 4 consid. 4c), une clientèle composée d'un nombre plus élevé de patients consultant le praticien depuis de nombreuses années et étant âgés (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 152/98 du 18 octobre 1999) ou le fait que le médecin s'est installé depuis peu de temps à titre indépendant (réf. citée dans l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 150/03 du 18 mai 2004). Constitue une particularité de la pratique médicale toute caractéristique des prestations qui est plus souvent présente que dans la majorité des cabinets du groupe de comparaison et qui engendre un

besoin de prestations plus élevé (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 142/05 du 1er mars 2006).

En présence de telles particularités, deux méthodes de calcul ont été admises (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 50/00, résumé dans PJA 2005 p. 1099). D'une part, une marge supplémentaire peut être ajoutée à la marge de tolérance déterminée au préalable (SVR 2001 KV n° 19 p. 52 [K 144/97] consid. 4b, 1995 KV n° 40 p. 125 consid. 4). D'autre part, il est permis de quantifier les particularités en question au moyen de données concrètes recueillies à cette fin, puis de soustraire le montant correspondant des coûts totaux découlant des statistiques (SVR 1995 KV n° 140 p. 125 consid. 4b).

d. Lors de l'examen de la question de l'économicité, l'indice de l'ensemble des coûts est en principe déterminant (ATF 133 V 37 consid. 5.3). Lorsque ces coûts se situent dans la marge de tolérance de 30, le principe de l'économicité est respecté. Dans la négative, il sied d'examiner si l'indice des coûts directs dépasse la marge de tolérance. Si tel est le cas, une violation de ce principe est présumée. L'obligation de restituer en application de l'art. 56 al. 2 LAMal n'englobe toutefois que les coûts directement liés à la pratique du médecin (y compris les médicaments délivrés par lui; ATF 137 V 43 consid. 2.5.6).

L'exclusion des coûts indirects de l'obligation de restitution ne modifie en rien la pratique selon laquelle l'examen du caractère économique de la pratique médicale doit se faire sur la base d'une vision d'ensemble, au sens de la jurisprudence publiée aux ATF 133 V 37, et qu'une part plus importante que la moyenne de prestations directement délivrées par le médecin par rapport aux prestations déléguées peut s'expliquer par une pratique médicale spécifique pouvant justifier des surcoûts (consid. 2.5.6).

e. Contrairement à la méthode statistique qui s'appuie essentiellement sur la comparaison chiffrée des médecins, la méthode analytique entre dans le détail de la pratique du médecin soupçonné de polypragmasie (JUNOD, op. cit., p. 137). Lorsque le tribunal arbitral décide d'appliquer cette méthode, il ordonne la sélection d'un nombre représentatif de dossiers du médecin concerné (RAMA 1987 p. 349s).

Le tribunal décide s'il examine lui-même ces dossiers ou s'il les confie à un ou plusieurs médecins mandatés à titre d'expert. L'expert examine en détail le contenu des dossiers afin de déterminer si chaque décision du médecin était correcte dans le cas particulier. Le médecin mis en cause doit généralement soutenir activement le travail de l'expert. Il a ainsi l'opportunité de discuter les cas considérés a priori douteux par l'expert et d'apporter ses justifications (ATFA non publié K 124/03 du 16 juin 2004, consid. 6 et 7; ATFA non publié K 130/06 du 16 juillet 2007, consid. 5 ; (ATF C_282/13) ; V. JUNOD, op. cit., p. 138).

9. Dans la mesure où la méthode statistique consiste en une comparaison des coûts moyens, dont le second terme repose sur des données accessibles seulement aux assureurs maladie et à leur organisation faîtière, le médecin recherché en restitution

doit avoir la possibilité de prendre connaissance des données mentionnées pour être à même de justifier les spécificités de sa pratique par rapport à celle des médecins auxquels il est comparé, faute de quoi son droit d'être entendu est violé. L'accès aux données des deux termes de la comparaison permet également aux autorités arbitrales et judiciaires amenées à se prononcer d'exercer leur contrôle (ATF 136 V 415 consid. 6.3.1). À cet égard, les droits du médecin recherché pour traitements non économiques ont été renforcés. C'est ainsi qu'en plus des informations dont il a la maîtrise dans la mesure où elles résultent de sa propre pratique, le médecin considéré doit avoir accès à ses propres données traitées par SANTESUISSE ainsi qu'à certaines données afférentes aux membres du groupe de comparaison, soit le nom des médecins composant le groupe de référence et, sous forme anonymisée, la répartition des coûts pour chaque médecin du groupe de comparaison, à savoir les mêmes données anonymisées que celles produites par SANTESUISSE le concernant pour chacun des médecins du groupe mentionné (« données du pool de données SANTESUISSE »).

10. 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 de traitement directs que de 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).

11. On ajoutera qu'en vertu de l'art. 59 al. 1 LAMal, les fournisseurs de prestations qui ne respectent pas les exigences relatives au caractère économique et à la garantie de la qualité des prestations qui sont prévues dans la loi (art. 56 et 58 LAMal) ou dans un contrat font l'objet de sanctions, dont notamment la restitution de tout ou partie des honoraires touchés pour des prestations fournies de manière inappropriée (let. b). Bien qu'elle soit désignée sous le terme de "sanction", l'obligation de restitution des honoraires ne présuppose aucune faute de la part du fournisseur de prestation (ATF 141 V 25 consid. 8.4 p. 29). Le Tribunal arbitral au sens de l'art. 89 LAMal prononce la sanction appropriée sur proposition d'un assureur ou d'une fédération d'assureurs (art. 59 al. 2 LAMal).

12. Enfin, le Tribunal établit les faits d'office et apprécie librement les preuves (art. 45 al. 3 LaLAMal).

    La preuve d'un traitement non économique doit être apportée selon le degré de la vraisemblance prépondérante (TFA K 23/03 consid. 5). La comparaison arithmétique des valeurs moyennes n'est pas seulement un indice d'une prestation non économique au sens de l'art. 56 LAMal, mais en est la preuve intégrale, selon la jurisprudence constante (ATF 136 V 415 consid. 6.2 ; RSKV 1970 65 82 consid. 4). Lorsque la valeur du traitement du médecin en cause est supérieure à la

moyenne du groupe de comparaison, marge de tolérance en sus, la preuve que sa pratique n'est pas économique est établie. Il appartient au médecin statistiquement hors norme de réfuter, en établissant les particularités de sa pratique, cette présomption de polypragmasie.

13. a. En l'espèce, le défendeur considère que les demanderesses ne devraient pas utiliser la méthode statistique pour contrôler l'économicité, au motif que cette méthode ne tient pas compte de la qualité des prestations du médecin et du degré de gravité des maladies traitées, et donne une trop grande importance à la spécialisation FMH. Il fait également valoir que des critiques se sont élevées contre l'application de la méthode ANOVA. Il met ainsi en cause la fiabilité des statistiques de SANTESUISSE.

    b. Il y a pourtant lieu de rappeler que la valeur probante des statistiques RSS établies pour l'année 2016 a été expressément reconnue par le Tribunal fédéral.

    Celui-ci admet en effet depuis longtemps le recours à la méthode statistique comme moyen de preuve permettant d'établir le caractère économique ou non des traitements prodigués par un médecin donné (cf. chronologiquement les arrêts du Tribunal fédéral des assurances K 24/69 du 31 décembre 1969 consid. 4, in RJAM 1970 p. 82; K 56/78 du 25 avril 1980 consid. 3a, non publié in ATF 106 V 40; ATF 119 V 448 consid. 4c p. 454; K 148/04 du 2 décembre 2005 consid. 3.3.1) et n'entend pas modifier sa pratique (ATF 136 V 415).

    Il a 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).

    Aussi l’existence d’une polypragmasie peut-elle être en l'occurrence établie par une méthode scientifique fiable et validée.

14. Le défendeur reproche à SANTESUISSE de comparer son activité avec un panel de médecins praticiens dont il ne connait pas la composition, raison pour laquelle il a fait appel à Ctésias SA.

    Selon le site internet qui lui est consacré (https://www.ctesias.ch), Ctésias SA est une société créée en 2003 sur mandat des sociétés cantonales de médecine des cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel et Valais. Celles-ci sont actionnaires de Ctésias SA, tout comme des centaines de médecins en pratique privée. Elle met à disposition des médecins un ensemble d’outils statistiques basés sur leurs factures. Ctésias Consulting en particulier est un service d’analyse d’économicité qui accompagne et conseille les médecins, ainsi que tous les groupements médicaux qui le souhaitent dans l’interprétation des statistiques liées à leur pratique.

En l'espèce, Ctésias SA a établi, à la demande du défendeur, un rapport daté du 20 mai 2019. Le défendeur n'en a produit que la page 4, sur laquelle figurent l'âge moyen de ses patients, le nombre et le pourcentage de ses patients masculins et féminins, ainsi qu'un tableau relatif à son chiffre d'affaires (pces 6 et 7 chargé du 5 juillet 2019). On ignore ainsi et le nombre et le titre des médecins avec lesquels il a été comparé.

Le défendeur indique qu'il en résulte un indice coût/malade (coût total direct par patient) de 233, au lieu de 276 selon SANTESUISSE. Il explique cet écart par le fait que sa patientèle est plus importante et qu'il travaille davantage que les médecins du groupe de comparaison.

Il y a pourtant lieu de constater que la méthode statistique comprend une marge de tolérance qui permet précisément de prendre en considération les spécificités d'une pratique médicale (arrêt 9C_260/2010 du 27 décembre 2011, consid. 4.3). C'est par ailleurs à tort que le défendeur fait valoir que la méthode ANOVA ne tiendrait pas compte de critères, tels que l'âge et le sexe des patients.

Il sied à ce stade de rappeler que la valeur probante des statistiques établies pour l'année 2016 a été expressément reconnue par le Tribunal fédéral comme moyen de preuve permettant d'établir le caractère économique ou non des traitements prodigués par un médecin, alors que les statistiques émanant de Ctésias SA, ne reposent pas sur les mêmes bases de données que celles de SANTESUISSE et ne prennent en compte que les factures transmises par les médecins qui lui sont affiliés. Aussi ces statistiques produites par le défendeur ne lui sont-elles d'aucun secours (9C_205/2008 du 19 décembre 2008 consid. 4.5).

Force est quoi qu'il en soit de constater que, même si l'indice de 233 était retenu, celui-ci resterait trop élevé par rapport à la marge de tolérance.

Le Tribunal de céans renonce, au vu de ce qui précède, à entendre le Dr J_____, témoin dont l'audition a été requise par le défendeur pour qu'il explique et commente les statistiques Ctésias.

Le juge peut en effet renoncer à accomplir certains actes d'instruction, sans que cela n'entraîne une violation du droit d'être entendu, s'il est convaincu, en se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation (sur l'appréciation anticipée des preuves en général : ATF 131 I 153 consid. 3; ATF 130 II 425 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 8C_42/2015 du 29 mai 2015 consid. 5.1). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 136 I 229 consid. 5.3; ATF 124 V 90 consid. 4b; ATF 122 V 157 consid. 1d).

15. Le défendeur a demandé à ce qu'il soit ordonné à SANTESUISSE de produire la liste nominative des médecins figurant dans son collectif de comparaison et les principaux indicateurs statistiques de chacun des médecins.

Dans un arrêt de principe du 15 décembre 2010, le Tribunal fédéral a en effet reconnu que lorsque la méthode statistique est appliquée - comme en l'espèce - pour établir le caractère économique ou non des traitements prodigués par un médecin donné, celui-ci doit, en raison de la garantie du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), avoir la possibilité de prendre connaissance non seulement de ses propres données traitées par SANTESUISSE, mais également de certaines données afférentes aux membres du groupe de comparaison, soit le nom des médecins composant le groupe de référence et, sous forme anonymisée, la répartition des coûts pour chaque médecin du groupe de comparaison, à savoir les mêmes données anonymisées que celles produites par SANTESUISSE le concernant pour chacun des médecins du groupe mentionné ("données du pool de données SANTESUISSE") (ATF 136 V 415 consid. 6.3.2 et 6.3.3 p. 418; voir aussi SVR 2011 KV n° 15 p. 57 [arrêt 9C_732/210 du 7 avril 2011]).

Il importe de relever à cet égard que SANTESUISSE a produit la liste nominative des 233 médecins genevois et des 1'898 médecins suisses, puis deux documents indiquant, pour le groupe 53, le nombre moyen de patients, le nombre de consultations, de visites à domicile, les médicaments prescrits, les services de base et l'âge moyen des patients.

Il convient également de constater, ainsi que l'a rappelé la Présidente du Tribunal de céans le 4 novembre 2019, que la valeur de l'indice est déterminée par rapport au coût par patient et non par rapport au chiffre d'affaires, de sorte que le droit d'être entendu du défendeur n'impose pas qu'il connaisse les statistiques détaillées de chacun des médecins de son groupe.

Force est ainsi de constater que le défendeur a disposé de toutes les informations nécessaires.

16. a. En l'espèce, le défendeur s'étonne d'avoir été classé dans le groupe 53, à savoir celui des médecins praticiens sans spécialisation FMH, alléguant être « médecin praticien FMH ». Il explique à cet égard que du fait de sa formation étrangère (diplôme de médecin obtenu à Damas en 1990 et reconnu par les autorités françaises et suisses en 2004), il a été intégré par la FMH dans le groupe des médecins praticiens sur le plan de la reconnaissance des diplômes et est un médecin généraliste « au sens de la FMH » sur le plan des compétences. Il produit ainsi copie :

- d'une décision rendue par le Comité directeur des examens fédéraux pour les professions médicales le 19 novembre 2004, selon laquelle son diplôme syrien est reconnu en Suisse
- d'une attestation datée du même jour relative à la reconnaissance de sa formation spécifique en médecine générale
- d'un document relevé sur le lien www.doctorfmh.ch, sur lequel il figure en tant que médecin praticien membre de la FMH.

Il sied de rappeler que le médecin, dont la pratique fait l'objet d'un examen pour polypragmasie, doit être comparé avec un groupe de contrôle présentant des caractéristiques similaires. Or, seule la spécialité acquise au terme d'une formation universitaire reconnue par la FMH est admise. Il n'est pas tenu compte de la formation continue que peut avoir suivi le médecin (K 148/04 consid. 52). Si une formation spéciale amène le médecin à traiter une clientèle sensiblement différente de celle de ses collègues du groupe de référence, ce fait peut en revanche être pris en compte comme particularité de sa pratique médicale (K 108/01 consid. 11.1).

Il n'est pas contesté que le défendeur est titulaire d'un diplôme de médecin généraliste reconnu en Suisse. Force est en revanche de constater qu'il n'est pas, selon le « registre des agents payeurs » de la SASIS et le registre des professions médicales, porteur d'un titre de spécialisation de la FMH, étant précisé que les pièces qu'il a produites n'établissent pas que la FMH aurait reconnu ses titres et que le dernier document susmentionné, soit un site internet, produit par le défendeur, n'a pas valeur probante. Le fait qu'il disposerait d'une formation d'urgentiste et en chirurgie urologique n'y change rien, de sorte que le groupe de comparaison déterminé correspond bel et bien à son statut effectif (9C_282/2013).

Le défendeur ne comprend pas l'importance accordée à la spécialisation FMH. Il apparait toutefois que ce critère a précisément été considéré comme déterminant par les parties à la convention TARMED pour définir les groupes de comparaison.

b. Le défendeur souligne qu'il est au bénéfice de droits acquis, ce qui résulte de la pièce 13 de son chargé du 26 septembre 2019. Il est toutefois indiqué, en bas de page du document, au demeurant daté de 2019, alors que l'année statistique en cause est l'année 2016, que les données introduites à la rubrique « Droits acquis » reposent sur une auto-déclaration du médecin. Il y a par ailleurs lieu de relever que les registres susmentionnés ne font mention d'aucun droit acquis permettant au défendeur d'exercer la psychothérapie, la rhumatologie et la chirurgie.

Le défendeur ne peut dès lors rien tirer non plus en sa faveur de « droits acquis » apparemment définis par la FMH au moment de l'entrée en vigueur de la Convention TARMED, dès lors que ceux-ci concernent les modalités de facturation des médecins et non l'attribution d'un titre professionnel (9C_282/2013).

c. Le défendeur allègue enfin que le groupe 53 auquel il est comparé n'est pas homogène et constitue un panel par défaut, comprenant des médecins étrangers, des médecins qui n'ont pas encore fait valider leur diplôme, etc. Il se justifierait dans ces conditions de le comparer plutôt aux médecins de la Policlinique universitaire (PMU, lesquels pratiquent dans différentes spécialités, 24h sur 24, avec un nombre de consultations par jour bien plus élevé que celui des médecins praticiens.

Le Tribunal de céans a pourtant déjà eu l'occasion de constater que le groupe 53 est également composé de praticiens au bénéfice d'une formation spécifique dans un domaine médical particulier qui prennent en charge une catégorie de patients

nécessitant des mesures diagnostiques et thérapeutiques s'écartant de celles prodiguées en règle générale par un médecin généraliste (ATAS 1043/2020).

Le Tribunal fédéral a à cet égard confirmé que ce fait montre précisément que le groupe de comparaison est adéquat (9C_282/2013).

d. Force est, au vu de ce qui précède, de confirmer l'application au défendeur du groupe de comparaison 53, étant toutefois précisé que sa pratique de la médecine d'urgence, la petite chirurgie, la psychothérapie et la rhumatologie/infiltration, notamment, pourraient éventuellement constituer une particularité permettant de s'écarter d'une marge de tolérance supérieure à 130%, ce qui sera examiné plus loin.

En conclusion, rien ne s'oppose en principe à l'utilisation des statistiques RSS dans le cas présent, étant ajouté que le groupe 53 sur lequel les demanderesses se sont à juste titre fondées, comprend 233 médecins genevois - ce nombre permet le cas échéant d'atténuer l'éventuelle influence sur les résultats que pourrait avoir le fait que le groupe serait, ainsi que l'allègue le défendeur, peu homogène - et que la comparaison porte sur l'année 2016, durant laquelle les indices du défendeur étaient toujours plus élevés que ceux de la moyenne du groupe de comparaison, de sorte que la violation du principe de l'économicité est présumée pour cette année-là (cf. ATF 119 V 448 consid. 4b; arrêt K 6/06 consid. 4.2 ; ATF 133 V 37).

17. a/a. Il convient à ce stade de déterminer si la pratique médicale du défendeur présente des particularités permettant de justifier un coût moyen par patient plus élevé, et, partant, l'admission d'une marge supplémentaire ajoutée à la marge de tolérance de 130% (K 5/07 consid. 3.2).

Il y a à cet égard lieu de rappeler que la charge de la preuve de l'existence de ces particularités incombe au médecin ; si les particularités alléguées de la pratique ne peuvent être prouvées, l'absence de preuve est en défaveur du médecin. Toute caractéristique particulière de la pratique doit être démontrée avec le degré de preuve d'une probabilité prépondérante (K 83/05).

Constitue une particularité de la pratique médicale toute caractéristique des prestations qui est plus souvent présente que dans la majorité des cabinets du groupe de comparaison et qui engendre un besoin de prestations plus élevé (K 142/05).

En présence de particularités liées à la pratique médicale du médecin pouvant justifier un coût moyen plus élevé, deux méthodes de calcul ont été admises (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 50/00). Une marge supplémentaire peut être ajoutée à la marge de tolérance déterminée au préalable ou les particularités en question sont quantifiées au moyen de données concrètes recueillies à cette fin, puis le montant correspondant soustrait des coûts totaux découlant des statistiques.

a/b. Le défendeur considère que ses statistiques ont été comparées avec celles d'un collectif de comparaison dont la pratique n'est pas similaire à la sienne dès lors

qu'il est formé de praticiens qui ne travaillent pas dans les mêmes conditions. Il fait ainsi valoir que son activité est atypique par sa diversité et nécessaire au vu de sa patientèle.

Il va de soi que le défendeur ne saurait se prévaloir d'une pratique spécifique qui comporterait des actes qu'il n'est pas en droit de réaliser. Or, dans son arrêt du 31 août 2020, le Tribunal correctionnel de l'Est vaudois a confirmé que le défendeur avait facturé des actes qu'il n'était pas autorisé d'accomplir. Il a par exemple relevé que le défendeur ne pouvait utiliser la position 0520 (consultation psychothérapeutique ou psychosociale), cette position étant réservée aux spécialistes.

a/c. Dans ses écritures du 3 mai 2021, le défendeur prétend que l'arrêt du Tribunal correctionnel de l'Est vaudois n'est pas exécutoire. Il s'avère toutefois que la Cour d'appel pénale vaudoise a rejeté son appel le 8 mars 2021. Il n'allègue à cet égard pas avoir saisi le Tribunal fédéral d'un recours.

Il importe à ce stade de rappeler qu'il peut être particulièrement intéressant pour le Tribunal arbitral saisi d'une demande déposée par des assureurs et dirigée contre un fournisseur de prestations pour violation du principe économique des prestations de prendre connaissance des faits établis dans le cadre de son instruction par le juge pénal, ce quand bien même il n'est pas lié par l'issue du procès pénal.

a/d. Il est vrai, ainsi que le souligne le défendeur, que le Tribunal correctionnel n'a pas qualifié les faits relatifs à la surfacturation d'escroquerie. Il a toutefois constaté que cette surfacturation était établie au moyen de la méthode ANOVA et a abandonné le chef d'escroquerie au motif que c'est sous l'angle de l'assurance lésée qu'elle avait été envisagée. Il a en revanche condamné le défendeur pour escroquerie, constatant que des positions TARMED avaient été facturées pour des actes non effectués, puis délibérément « noyées » parmi une multitude d'autres positions afin de passer inaperçues. Il a jugé de même s'agissant de positions tarifaires, mieux rémunérées, utilisées indûment. Il a par ailleurs considéré que toutes les positions tarifaires facturées aux assureurs et inexécutées constituaient des faux intellectuels au sens de l'art. 251 ch. 1 CP.

a/e. Le défendeur constate quoi qu'il en soit que les faits qui lui ont été reprochés dans le cadre de la procédure pénale concernent principalement la période 2013 à 2015. Ce jugement pénal ne saurait certes servir de base unique au Tribunal de céans pour apprécier le comportement et la pratique du défendeur pour l'année 2016. Le défendeur n'allègue toutefois pas que son comportement et sa pratique auraient fondamentalement changé. Les chiffres statistiques 2016 ne le démontrent du reste pas. Rien n'empêche dans ces conditions de s'y référer.

b/a. Le défendeur rappelle en particulier qu'il est parti de rien et qu'il ne s'est installé comme indépendant qu'en 2013, ce qui justifierait, notamment, la fréquence de ses consultations.

Il est vrai que, selon Valérie JUNOD op cit. p. 22, une clientèle très ancienne ou très récente peut expliquer une différence de coûts. Un médecin récemment installé voudra rencontrer un peu plus souvent ses patients pour mieux et plus vite comprendre leur état de santé. Cette auteure relève toutefois que le Tribunal fédéral n'a pas précisé à partir de quels seuils une clientèle est récente ou ancienne, ni n'a dit quelle marge supplémentaire ce facteur peut justifier. Elle mentionne ainsi des arrêts publiés dans la RJAM 1978 no 315 p. 50, où ce facteur n'a que partiellement été pris en compte, dans la RJAM 1982 no 489 p.134, où une marge supplémentaire a apparemment été accordée, et les arrêts K 150/03, consid. 6.5.1; K 93/02, consid. 5.4; K 108/01, consid. 6.4 ; K 83/05, consid. 7.2.).

Dans celui portant le n° de référence K 150/03 notamment, le Tribunal fédéral indique ainsi que la situation d'un médecin qui vient de s'établir et ne dispose pas – encore - d'une grande expérience ("Praxisanfänger") ne justifie pas non plus une comparaison avec un groupe composé de médecins ayant récemment commencé à pratiquer; le devoir de pratiquer de manière économique leur est applicable sans limitation (RJAM 1978 n° 315 p. 49 consid. 6b ; ATF 9C_150/2020).

Dans l'arrêt K 83/05, le Tribunal fédéral a admis que le fait que le plaignant ne travaille dans son propre cabinet que depuis peu de temps peut justifier un coût moyen par cas plus élevé en tant que caractéristique atypique du cabinet (RSKV 1982 n° 489 p. 124, par. 4a), mais considère que la marge de tolérance de 30 % permet déjà d'absorber un certain nombre de particularités non exactement quantifiables de la pratique médicale.

b/b. Le défendeur insiste sur le fait qu'il a pratiqué de manière régulière et soutenue la médecine d'urgence, la petite chirurgie, la psychothérapie et la rhumatologie (infiltration).

Il sied de rappeler préalablement qu'en sa qualité de médecin praticien, le défendeur ne peut utiliser les positions TARMED réservées aux spécialistes.

Les consultations d'urgence ne constituent quoi qu'il en soit pas un facteur propre à augmenter le coût moyen. Le Tribunal fédéral a en effet considéré que les patients en situation d'urgence ne restent généralement que peu de temps chez l'urgentiste, de sorte qu'ils occasionnent comparativement moins de coûts et que la personne qui ne traite pas ces patients a même un coût moyen plus élevé (K 107/01). Quoi qu'il en soit, il y a lieu de relever que selon le jugement pénal du 31 août 2020, le défendeur a admis avoir pu facturer à tort la position TARMED relative à la majoration pour urgences, alors qu'il s'agissait de patients sans rendez-vous.

Le Tribunal fédéral a en revanche admis que le médecin qui établit que sa clientèle compte un plus grand nombre de patients souffrant de troubles psychiatriques, psychosociaux ou psychosomatiques, nécessitant des traitements médicaux plus intenses, peut justifier un coût moyen par cas plus élevé. Dans le cas d'un médecin faisant valoir qu'il effectuait un très grand nombre de traitements spéciaux et, dans ce cadre, fournissait un nombre supérieur à la moyenne de ses propres prestations

de laboratoire, ce qui augmentait ses coûts moyens, le Tribunal fédéral a ainsi pris en considération le fait qu'il n'avait alors pas été nécessaire d'orienter les patients vers des médecins spécialistes ou de les hospitaliser, de sorte que par rapport aux autres médecins de son groupe, il avait occasionné moins de frais aux caisses maladie (K9/99).

Une telle conséquence ne peut toutefois être retenue que si le médecin concerné ne facture pas la position TARMED 00.0520 (consultation psychothérapeutique ou psychosociale), réservée aux spécialistes. Or, le défendeur utilisait précisément cette position, ce qu'a notamment constaté le juge du Tribunal correctionnel d'arrondissement de l'Est vaudois.

Le même raisonnement peut être tenu s'agissant des prestations en relation avec la rhumatologie.

Il découle de ce qui précède que le défendeur, en faisant valoir que sa pratique comprend la médecine d'urgence, la petite chirurgie, la psychothérapie et la rhumatologie, ne justifie en aucune manière les raisons pour lesquelles ses coûts sont largement supérieurs à la moyenne.

b.c. Le défendeur allègue qu'il a toujours pris soin de ne facturer que les prestations autorisées pour les généralistes selon les codes TARMED applicables en 2016, mais que ceux-ci ont changé entre 2016 et 2018, de sorte que certaines de ses prestations ont alors été attribuées à des catégories de médecins spécialisés. Force est toutefois de constater que certains des codes TARMED utilisés à tort par le défendeur en 2016, parce que correspondants à des codes exclusivement réservés aux spécialistes, l'étaient déjà bien avant. Tel le code 0420 par exemple, qui ne doit précisément pas être appliqué par les médecins praticiens, ces derniers ne remplissant pas les conditions ayant trait à la valeur intrinsèque qualitative.

b.d. Le défendeur considère que la comparaison entre sa pratique et celle de ses confrères ne devrait être faite qu'après avoir déduit le chiffre d'affaires relatif à la petite chirurgie, aux consultations psychothérapeutiques et aux infiltrations - toutes prestations que lui seul réalise - du chiffre d'affaires global. Une telle comparaison aboutirait à un indice coût/malade de 140 seulement, ce qui donnerait un dépassement de 10 %, admissible selon lui. Il y a ici lieu de répéter que la valeur de l'indice est déterminée par rapport au coût par patient et non par rapport au chiffre d'affaires.

b/e. Le défendeur souligne que les particularités de sa patientèle sont différentes de celles des médecins composant le collectif de comparaison, dès lors

- qu'elle est beaucoup plus jeune, entre 16 et 35 ans - ce qui ressort du rapport Ctésias et du jugement du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois du 31 août 2020 - et de ce fait nécessite davantage d'interventions de petite chirurgie (urgence du sport).

Il y a à cet égard lieu de relever qu'en principe, c'est une patientèle âgée qui est invoquée à titre de particularité pouvant justifier un coût moyen plus élevé (K 150/98). Le Tribunal fédéral a en effet précisé que le fait que la moyenne d'âge des patients du médecin mis en cause soit sensiblement plus élevée que celle du panier de référence était de nature à entraîner des coûts plus élevés, mais que depuis 2004, ce facteur avait été automatiquement incorporé dans le calcul soumis par les caisses-maladies (ATAS/776/2016 ; 9C_778/2016). On peut en conclure que le jeune âge a de même été pris en considération.

qu'elle est en grande partie masculine, ce qui ressort également du rapport Ctésias et du jugement du Tribunal correctionnel de l'arrondissement de l'Est vaudois du 31 août 2020. L'observation concernant l'âge moyen mentionnée ci-dessus a également été retenue s'agissant d'une patientèle composée d'une part prépondérante de femmes, de sorte que la même conclusion ne peut qu'être adoptée (ATAS 776/2016; 9C_778/2016).

- qu'elle est constituée d'une majorité d'étrangers, étant relevé qu'il est trilingue.

On ignore la proportion des étrangers, respectivement des réfugiés, qui viennent consulter le défendeur, par rapport à sa patientèle. On peut cependant admettre qu'il est vraisemblable, au degré requis par la jurisprudence, que cette proportion soit importante. Entendue à titre de témoin par le Tribunal correctionnel, Madame K_____, experte en évaluation de l'économicité pour SANTESUISSE, qui a analysé les statistiques du défendeur, a du reste constaté que la patientèle de celui-ci "est un petit peu plus jeune et masculine, ce qui peut être mis en lien avec une patientèle de réfugiés".

Il s'agit là d'un fait, qui peut, à certaines conditions, justifier un coût moyen plus élevé. La jurisprudence a en effet admis, parmi les particularités permettant d'ajouter une marge supplémentaire à la marge de tolérance, une clientèle composée d'un nombre plus élevé que la moyenne de patients étrangers (arrêt K 9/99 du 29 juin 2001; voir aussi, Eugster, op. cit., n. 687 ss, p. 236 et n. 709, p. 242 sv.).

Le Tribunal fédéral a toutefois jugé, notamment dans un arrêt rendu en 2016, que même le constat selon lequel la patientèle du recourant est composée à plus de 98% d'étrangers, ne suffit pas pour justifier que sa pratique (coûts directs) dépasse la marge de tolérance, tant que celui-ci se contente de formuler des généralités, sans préciser en quoi la nature particulière de sa patientèle engendrerait dans son cas personnel des coûts plus élevés que la normale (9C_776/2016 ; 9C_821/2012).

La jurisprudence exige ainsi du médecin qu'il établisse par des exemples concrets en quoi ses malades étrangers engendreraient un surcoût (ATF 9C_205/2008 ; K 113/03 consid. 7.2). Il faut une corrélation entre l'évolution des coûts globaux du médecin et le développement de sa patientèle étrangère (9C_570/2015).

En l'espèce, le défendeur allègue que ses coûts plus élevés viennent du fait que ses patients sont d'origine étrangère, dont de très nombreux requérants et/ou réfugiés, souffrant de troubles psychiques liés aux événements graves dont ils ont été

victimes dans leur pays d'origine (Syrie, Irak, Erythrée, et Afghanistan). Ils nécessitent une lourde prise en charge, présentent des carences en fer et en vitamines, sont victimes d'entorses, luxations, amputations et fractures d'origine traumatique nécessitant des soins chirurgicaux (extraction de corps étrangers tels qu'éclats de verre et métal, excision des blessures négligées et infectées, correction des cicatrices liées à des interventions chirurgicales pratiquées dans des conditions extrêmes, etc.) et souffrent de maladies rhumatismales arthrosiques, raisons pour lesquelles il est amené à pratiquer de manière régulière et soutenue la médecine d'urgence, la petite chirurgie, la médecine psychothérapique et la médecine rhumatologique / infiltration, qui impliquent davantage de consultations.

Le défendeur fait ainsi valoir que ses patients, requérants et/ou réfugiés ont besoin de davantage de soins et davantage de soins variés (petite chirurgie, psychothérapie), ce qui justifierait un plus grand nombre de consultations, et entrainerait, partant, un coût plus élevé. Il indique à cet égard qu'il fait partie du réseau de santé et migration mis en place dans le cadre de l'accueil des migrants dans le canton de Vaud - RESAMI, en tant que médecin de premier recours.

Il s'avère toutefois qu'il ne soigne pas une patientèle dont la composition diffère fondamentalement de celle de ses confrères figurant dans le groupe de comparaison, dès lors que ceux-ci traitent également des réfugiés. Il résulte en effet de la liste des médecins de premier recours conventionnés avec RESAMI, produite par SANTESUISSE, qu'il y en a 140 au 26 août 2016.

Force est ainsi de constater que cette patientèle composée de nombreux réfugiés ne constitue pas une caractéristique particulière de la pratique du défendeur. Celui-ci n'a pas non plus démontré, au degré de vraisemblance requis par la jurisprudence, qu'elle engendrait un besoin de prestations plus élevé.

Il y a à ce stade lieu d'ajouter que la maîtrise du français, de l'anglais et de l'arabe, par le défendeur vient certes expliquer le nombre plus important d'étrangers venant le consulter, mais constitue en soi un atout indéniable pour lui, en ce sens qu'il n'a pas besoin de faire appel à un traducteur-interprète et peut traiter le patient plus rapidement (sans perte de temps). C'est ce qu'a également considéré le Tribunal fédéral dans le cas d'un recourant parlant anglais, français, italien, espagnol, portugais et apparemment un peu de turc, ajoutant que cela devrait lui permettre de réduire plus facilement les malentendus et les difficultés de traitement causés par les difficultés linguistiques (9C_205/2008 ; K 113/03).

b/f. Le défendeur allègue également qu'il traite un plus grand nombre de patients que ses confrères, qu'il travaille beaucoup et plus vite qu'eux, ce qui démontre selon lui une " force de travail supérieure", d'une part, et la satisfaction de ses patients qui se "fidélisent", d'autre part. Il fait valoir que selon Madame K_____, un médecin est tout à fait autorisé à travailler plus vite s'il le veut que le temps fixé par la position forfaitaire TARMED. Madame K_____ a du reste donné à titre d'exemple, le cas du médecin qui travaille rapidement et qui facturera pour un

patient qui consulte pour un état grippal, les positions 00.0010 consultation, première période de 5 min, pour un temps travaillé effectif d'une à deux minutes, 000410 petit examen par le spécialiste de premier recours de 15 min, pour un temps travaillé effectif de 8 min et la position 00.0030 consultation, dernière période de 5 min pour un temps effectif de travail d'une à deux minutes. Ainsi, ce médecin aura travaillé 10-12 minutes, mais pourra facturer 25 minutes selon TARMED sans que cela ne lui soit reproché. Le défendeur en déduit que les positions TARMED lui permettaient d'économiser du temps. Il constate que SANTESUISSE elle-même ne le nie pas et dit ne pas comprendre dans ces conditions qu'elle puisse officiellement admettre qu'un médecin soit en mesure non seulement de travailler plus vite, mais également d'arrondir ses factures vers le haut et ainsi de facturer davantage, et dans le même temps maintenir que s'il dépasse l'indice ANOVA, il risque de devoir rembourser ce qui dépasse la moyenne.

Le fait que la pratique du défendeur soit "hors norme" est incontestable. Le nombre de jours travaillés par le défendeur dépasse sans aucun doute celui de ses confrères. Le juge pénal, dans son arrêt du 30 août 2020, a également constaté qu'il disposait d'une importante clientèle et a même qualifié son rythme d'effréné.

Il est vrai que le nombre très élevé des heures de travail facturées, allant jusqu'à dépasser 21 h par jour dans certains cas, peut s'expliquer par le fait qu'une position TARMED établit pour un acte déterminé le nombre de minutes que le médecin est autorisé à facturer, mais que le défendeur mettra en réalité beaucoup moins de temps à effectuer.

Il importe toutefois de rappeler que le nombre de jours travaillés n'a pas d'effet sur les indices, puisque ceux-ci sont calculés sur la base du coût moyen par patient, lequel viendrait du reste plutôt à diminuer plus le nombre de jours travaillés est grand.

La patientèle du défendeur est également plus importante en termes de quantité que celle de ses confrères. Le rapport de Ctésias parle de 141,6 % de plus. SANTESUISSE a à cet égard observé - à juste titre - que le grand nombre de patients traités ne plaidaient pas en faveur de l'existence de "cas lourds", ce d'autant moins que le défendeur travaillait dans deux cabinets médicaux, l'un à Genève, l'autre à Montreux. Le défendeur ne le conteste pas, mais attire l'attention sur le fait que les "cas lourds" nécessitent des consultations longues, alors que les cas "ordinaires", en lien par exemple avec la petite chirurgie, font quant à eux l'objet de consultations plus nombreuses. Il en résulte selon lui un coût moyen par consultation inférieur à celui de ses confrères.

Le défendeur présente en effet un indice de prestations de base par malade (nombre de consultations par malade) qui représente quasiment le double de celui de la moyenne des médecins du groupe de comparaison. Il importe toutefois de rappeler que ce sont précisément les "cas lourds" qui impliquent des coûts par patient plus élevés.

La durée moyenne d'une consultation du défendeur (31 minutes) est quant à elle plus ou moins comparable à celle des médecins du groupe 53 (38 minutes) et ne permettrait dès lors pas à elle seule une augmentation de l'indice de tolérance.

Il y a enfin lieu de relever, s'agissant de la fidélisation des patients dont se prévaut le défendeur, que l'on ignore si effectivement ceux-ci sont particulièrement satisfaits de ses prestations et dans quelle proportion. Cela dit, les chiffres articulés par SANTESUISSE à cet égard, soit 1748 patients traités par le défendeur sur deux cantons et 705 par les médecins praticiens en Suisse, en moyenne, pour la même année, laissent pour le moins songeur !

18. Force est de constater que le défendeur n'est pas parvenu à démontrer que sa patientèle présenterait des spécificités marquées dont il conviendrait de tenir compte au titre de particularités de sa pratique médicale et qui justifierait que l'on tienne compte d'une marge de tolérance qui irait au-delà de 30%.

    Partant, le Tribunal de céans estime qu'il n'y a pas lieu de s'écarter de la marge de tolérance appliquée de 130, étant rappelé que la charge de la preuve de l'existence des particularités incombe au médecin.

19. a. Les coûts élevés par patient du défendeur ne pouvant être justifiés par les particularités de sa pratique médicale, reste à déterminer quelle méthode statistique doit être utilisée pour calculer le montant de la somme à restituer.

    b. Selon l'art. 56 al. 6 LAMal, entré en vigueur le 1er janvier 2013, les fournisseurs de prestations et les assureurs conviennent d'une méthode visant à contrôler le caractère économique des prestations. La disposition transitoire relative à cette modification prescrit que le Conseil fédéral fixe pour les fournisseurs de prestations visés à l'art. 35 al. 2 let. a LAMal la méthode visant à contrôler le caractère économique des prestations, si les assureurs et les fournisseurs de prestations ne sont pas convenus d'une méthode dans un délai de 12 mois suivant l'entrée en vigueur de la présente modification.

    Le 27 décembre 2013 / 16 janvier 2014, les fournisseurs de prestations, par l'intermédiaire de la Fédération des médecins suisses (FMH), et les assureurs-maladie, représentés par SANTESUISSE et CURAFUTURA, ont conclu un accord, aux termes duquel le contrôle de l'économicité de la pratique médicale est effectué sur la base de la méthode ANOVA. Le Tribunal fédéral a jugé que cet accord n'était pas contraire à la loi.

    Le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé sur l'application du modèle d'analyse de variance (méthode ANOVA) pour le contrôle du caractère économique des prestations en relation avec la restitution des honoraires en raison d'une pratique non économique. Il a admis que l'accord des fournisseurs de prestations et des assureurs (FMH ainsi que SANTESUISSE et CURAFUTURA) sur la méthode ANOVA pour ledit contrôle ne pouvait pas être qualifié d'illégal (ATF 144 V 79), malgré la critique exprimée par une partie de la doctrine à ce sujet (cf. les références dans l'arrêt 9C_267/2017 du 1er mars 2018 consid. 6.2 in fine; cf. aussi

Gebhard Eugster, KVG: Baustelle statistische Wirtschaftlichkeitsprüfung, Jusletter du 27août 2012 n° 13 s., 61 et 80 s.) et les possibilités d'améliorer le système prévu (arrêt 9C_517/2017 du 8 novembre 2018 consid. 5.2 et les références).

La méthode ANOVA n'a ainsi pas à être remise en cause, ni en relation avec la base de données statistiques RSS (Rechnungssteller-Statistik), ni en tant que modèle mathématique (arrêt 9C_150/2020 ; ATF 144 V 79 consid. 5 ; ATAS/27/2020).

c. Le trop-perçu des prestations doit en conséquence être établi sur la base de la méthode ANOVA.

Sur la base de cette méthode statistique, il appert que l'indice des coûts directs du défendeur en 2016 est de 276 points et dépasse ainsi de 146 points le seuil de la marge de tolérance de 130. Compte tenu d'un chiffre d'affaires de CHF 538’282.- en 2016, les prestations dépassant cette marge s'élèvent à CHF 284'743.- [504'349 x (46 : 176)] [538'282 x (146 :276)]

20. Au vu de ce qui précède, la demande sera entièrement admise et le défendeur condamné à payer aux demanderesses, prises conjointement et solidairement, la somme de CHF 284'743.-.

21. a. SANTESUISSE a également conclu à ce que le Tribunal de céans prononce l’exclusion définitive du défendeur de toute activité à la charge de l’assurance obligatoire des soins en application de l’art. 59 al. 1 let. d LAMal.

    b. Aux termes de l’art. 59 al. 1 LAMal, les fournisseurs de prestations qui ne respectent pas les exigences relatives au caractère économique et à la garantie de qualité des prestations prévues dans la loi (art. 56 et 58) ou dans un contrat font l’objet de sanctions. Celles-ci sont :

    a. l’avertissement ;
    b. la restitution de tout ou partie des honoraires touchés pour des prestations fournies de manière inappropriée ;
    c. l’amende ;
    d. en cas de récidive, l’exclusion temporaire ou définitive de toute activité à la charge de l’assurance obligatoire des soins.

    Le Tribunal arbitral au sens de l’art. 89 prononce la sanction appropriée sur proposition d’un assureur ou d’une fédération d’assureurs (cf. art. 59 al. 2 LAMal ; voir aussi EUGSTER, Krankenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, ch. 258). Il sied en effet de rappeler que les assureurs-maladie sont tenus, de par la loi, à veiller eux-mêmes à ce que les prestations allouées soient efficaces, appropriées et économiques (cf. François-X. DESCHENAUX, Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie sociale, en particulier en ce qui concerne le médecin, in : Mélanges pour le 75ème anniversaire du Tribunal fédéral des assurances, Berne

1992, p. 537). S'agissant de la mesure de la sanction, il convient d'appliquer le principe de proportionnalité (ATF 120 V 481 consid. 4 ; ATF 106 V 43 consid. 5c).

L'art. 59 al. 3 LAMal précise que constituent notamment des manquements aux exigences légales ou contractuelles visées à l'al. 1 :

a. le non-respect du caractère économique des prestations au sens de l'art. 56 al. 1 ;

b. l'inexécution ou la mauvaise exécution du devoir d'information au sens de l'art. 57 al. 6 ;

c. l'obstruction aux mesures de garantie de la qualité prévue à l'art. 58 ;

d. le non-respect de la protection tarifaire visé à l'art. 44 ;

e. la non-répercussion d'avantages au sens de l'art. 56 al. 3 ;

f. la manipulation frauduleuse de décomptes ou la production d'attestations contraires à la vérité.

Selon le Tribunal fédéral, l'exclusion consacre la rupture du lien de confiance, lequel doit nécessairement exister entre les caisses et le médecin pratiquant à charge de la LAMal. Lorsque le médecin trahit par son comportement son mépris des principes d'économicité, la poursuite des rapports avec les assureurs-maladie ne peut plus être exigée (K 45/04 ; ATF 120 V 481 ; ATF 106 V 40).

Le médecin doit être conscient qu'il risque l'exclusion s'il est à nouveau établi que sa pratique a été polypragmasique ; un avertissement formel n'est toutefois pas nécessaire. La sanction de l'exclusion se veut sanction ultime.

Dans une affaire portant sur l'application de l'art. 43 de la loi fédérale sur les professions médicales universitaires du 23 juin 2006 (arrêt 2C_500/2012 consid. 3.3 et les références), le Tribunal fédéral a jugé que les mesures disciplinaires infligées à un membre d'une profession libérale soumise à la surveillance de l'Etat ont principalement pour but de maintenir l'ordre dans la profession, d'en assurer le fonctionnement correct, d'en sauvegarder le bon renom et la confiance des citoyens envers cette profession, ainsi que de protéger le public contre ceux de ses représentants qui pourraient manquer des qualités nécessaires. Les mesures disciplinaires ne visent pas, au premier plan, à punir le destinataire, mais à l'amener à adopter à l'avenir un comportement conforme aux exigences de la profession et à rétablir le fonctionnement correct de celle-ci. En ce sens, les sanctions disciplinaires se distinguent des sanctions pénales. De plus, le principe de la proportionnalité doit être examiné à l'aune des intérêts publics précités.

Dans un arrêt du 25 janvier 2006 (K 45/04), le TFA a confirmé une exclusion de deux ans à l'encontre d'un médecin ayant fréquemment pratiqué de manière polypragmasique entre 1976 et 2001 et ayant fait l'objet d'une demi-douzaine d'arrêts. Il a tenu compte de ce que le médecin, après avoir été condamné pour polypragmasie, n'avait pas encore eu la possibilité d'adapter son comportement en

conséquence et de restructurer sa pratique jusqu'à l'introduction de l'action de la caisse d'assurance maladie portant sur l'année statistique suivante, ce qui était une condition préalable à l'imposition d'une sanction plus sévère.

Comparant les circonstances à l'origine de l'arrêt K 45/04 avec celles d'un cas qu'il a eu à traiter en 2016, le Tribunal fédéral a confirmé la suspension du droit de pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins d'une durée de six mois. Il a considéré qu'une telle sanction n'apparaissait aucunement disproportionnée, en particulier si on tenait compte de la pratique dispendieuse de la recourante, aussi bien dans sa durée que dans son importance, ainsi que l'attitude de celle-ci qui n'entendait pas changer sa méthode de travail contraire au principe de l'économicité des prestations pour laquelle elle avait précédemment été condamnée et qui, de manière tout aussi désinvolte, s'est désintéressée du procès en renonçant à collaborer à l'instruction de la cause (refus de se présenter à l'audience de conciliation et de désigner son arbitre, absence de dépôt d'une réponse à la demande) (9C_776/2016).

Dans un arrêt du 3 novembre 2020, le Tribunal arbitral genevois a fixé à deux ans la durée de l'exclusion d'un médecin, qui avait certes pratiqué de manière non économique depuis 1996, mais qui avait démontré qu'il avait pris conscience de ce que sa pratique avait été constitutive de polypragmasie. Il avait ainsi établi des modèles de factures qui permettaient de différencier les coûts selon le type d'examen et de traitements dispensés et avait concrètement réduit le prix moyen de ses prestations (ATAS/1043/2020).

Dans un arrêt rendu en 2010 en revanche, après avoir constaté que de 2000 à 2006, le médecin avait présenté des indices de coûts par patient sensiblement plus élevés que la moyenne de 100 de ses confrères et supérieurs à l'indice de 130 (marge de tolérance comprise), qu'il avait déjà été condamné à deux reprises par le Tribunal arbitral à restituer aux assureurs des montants considérables pour non-respect du caractère économique des prestations au sens de l'art. 56 al. 1 LAMal, montants dont il ne s'est jamais acquitté, qu'il avait tout fait pour échapper à ses créanciers, qu'il n'avait pris aucune disposition en vue de respecter le principe de l'économicité des prestations prescrit par la LAMal et avait persisté à pratiquer une médecine dispendieuse, ne laissant d'autre choix aux assureurs que de déposer de nouvelles demandes en paiement pour les années suivantes, le Tribunal arbitral a prononcé l'exclusion définitive du médecin de pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins, en application de l'art. 59 al. 1 let. d LAMal (ATAS/902/2010).

c. En l'espèce, le défendeur s'oppose à son exclusion, au motif que depuis 2016, aucun reproche ne peut lui être adressé quant à la manière de pratiquer à charge de l'assurance obligatoire, dès lors que seule une polypragmasie ne dépassant pas 10%, peut être retenue contre lui. Prononcer une exclusion définitive, qui constitue la sanction la plus sévère, violerait dans son cas le principe de la proportionnalité.

d. Depuis qu'il s'est installé comme médecin indépendant, le défendeur a présenté des indices de coûts par patient sensiblement plus élevés que la moyenne de 100 de ses confrères et supérieurs à l'indice de 130 (marge de tolérance comprise) à partir duquel il y a présomption d'un cas de polypragmasie. Il résulte de ce qui précède que le Tribunal de céans a considéré que le défendeur a également eu pour l'année 2016 une pratique non économique, dépassant de 146 points le seuil de la marge de tolérance de 130.

Force est ainsi de constater que le défendeur n'a pas respecté les exigences relatives au caractère économique prévues dans la loi, ce de manière répétée, de sorte qu'une sanction s'impose au sens de l'art. 59 al. 1 let. d LAMal.

Cette sanction doit cependant rester proportionnée.

e. Le défendeur a pratiqué de manière polypragmasique depuis l'ouverture de ses cabinets médicaux. Bien que SANTESUISSE ait attiré son attention sur la procédure d'économicité qui peut aller jusqu'à la restitution d'honoraires et sur ses indices supérieurs à la marge de tolérance admise par la jurisprudence, les 11 avril 2014 pour Genève et le 17 novembre 2014 pour Montreux, puis ait saisi les tribunaux arbitraux vaudois et genevois d'une requête portant sur les années 2013 à 2015, il n'a pas tenu compte de ces avertissements, n'a pris aucune disposition en vue de respecter le principe de l'économicité des prestations, et a persisté à pratiquer une médecine dispendieuse.

Le Tribunal des mesures de contrainte a du reste constaté que « malgré plusieurs mesures d'instruction dont il a fait l'objet, dont une perquisition le 18 septembre 2015 et plusieurs auditions devant les autorités de poursuites pénales, le prévenu n'a vraisemblablement pas modifié son comportement. Il semble par ailleurs être totalement hermétique à toute forme de remise en question, comme l'en attestent les auditions effectuées les 8 et 10 mars 2017 ».

f. Une transaction est intervenue, entérinée le 20 juillet 2016 dans le cadre de la procédure vaudoise, à l'issue de laquelle le défendeur s'était engagé à verser la somme due à SANTESUISSE pour les années 2014 et 2015 au moyen d'un premier acompte de CHF 90'000.- et de cinquante-deux mensualités de CHF 5'000.-. Il ne s'est en réalité acquitté que du premier acompte, ce qu'il ne conteste du reste pas, mais explique que le Tribunal des mesures de contrainte lui avait interdit de pratiquer la médecine. Il n'avait ainsi plus été en mesure d'exercer une activité lucrative et ses biens avaient été saisis. Des mesures superprovisionnelles dans le cadre de son divorce avaient au surplus été prononcées à son encontre.

Il convient à cet égard de relever que l'ordonnance du Tribunal des mesures de contrainte a été rendue le 10 mars 2017, de sorte que le défendeur aurait pu tout au moins s'acquitter des premières mensualités prévues avant de ne plus pouvoir travailler comme médecin indépendant.

g. Le défendeur déclare par ailleurs que c'est spontanément qu'il s'est engagé à ne plus pratiquer comme indépendant pour obtenir le prononcé de mesures de

substitution à une détention provisoire. Le Tribunal des mesures de contrainte a ordonné le 10 mars 2017, en lieu et place de la détention provisoire, des mesures de substitution à forme d'un engagement du défendeur à ne pas pratiquer, sans autorisation, la médecine en Suisse.

h. Quoi qu'il en soit, il s'avère que le défendeur, démontrant par-là une fois de plus sa difficulté à se remettre en question, que le défendeur a entamé des démarches pour exercer la médecine en tant qu'indépendant en Valais. Il a en effet déposé une demande, soumise à l'enquête publique le 5 mai 2017, visant au changement d'affectation d'un appartement en cabinet médical dans la commune de L_____.

i. Il reste à rappeler que le défendeur a été condamné par le Tribunal correctionnel d'arrondissement de l'Est vaudois du 31 août 2020 pour escroquerie par métier au sens de l'art. 146 al. 1 et 2 CP, en raison des positions TARMED facturées pour des actes non effectués, ni autorisés.

Celui-ci a en effet constaté que le défendeur avait utilisé – à tort – des positions TARMED, par exemple pour des examens qu'il n'avait pas les compétences de réaliser. Il a ainsi relevé que le défendeur n'était pas autorisé à facturer la position 0520 (consultation psychothérapeutique ou psychosociale), cette position étant réservée aux spécialistes. Il a noté que les positions facturées étaient, d'une manière générale, mieux rémunérées que celles qu'il aurait dû appliquer. Le Tribunal correctionnel a par ailleurs déclaré avoir acquis la conviction que le défendeur avait facturé des consultations à hauteur de CHF 9'172.21 d'avril à mai 2014, alors qu'il se trouvait en vacances à l'Ile Maurice, mais avoir admis qu'il était possible que certaines de ces consultations aient été tout de même effectuées depuis son lieu de villégiature (prestations en l'absence du patient, ou consultations téléphoniques). De même a-t-il considéré que le défendeur avait volontairement utilisé les possibilités de facturation du TARMED pour des actes qu'il n'avait en réalité pas exécutés. Il a retenu que le défendeur avait facturé un grand nombre de consultations durant le week-end, lesquelles s'étaient avérées inexistantes, ainsi que divers examens effectués alors que les patients concernés étaient aux mêmes dates hospitalisés.

Le Tribunal pénal vaudois n'a en revanche pas qualifié d'escroquerie la surfacturation, à savoir la multiplication d'actes médicaux ou d'analyses de laboratoire - dont il a constaté qu'elle résultait à l'évidence de la méthode ANOVA - mais qu'elle avait été envisagée sous l'angle de l'assurance lésée.

Il a enfin considéré toutes les positions tarifaires facturées aux assureurs et inexécutées comme des faux intellectuels au sens de l'art. 251 ch. 1 CP.

j. Il y a en conséquence lieu de considérer, au vu, d'une part, de la jurisprudence et de l'arrêt du Tribunal arbitral genevois du 3 novembre 2020 (ATAS/1043/2020) en particulier, et d'autre part, de la pratique dispendieuse du défendeur depuis 2013, de son attitude démontrant qu'il n'entend pas changer sa méthode de travail contraire au principe de l'économicité des prestations, ainsi que des actes pour lesquels il a été condamné pour escroquerie et pour faux dans les titres, qu'une suspension du

droit de pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins d'une durée de cinq ans se justifie et respecte le principe de la proportionnalité.

22. La procédure devant le Tribunal arbitral n'est pas gratuite. Conformément à l'art. 46 al. 1 LaLAMAL, les frais du tribunal et de son greffe sont à la charge des parties. Ils comprennent les débours divers (notamment indemnités de témoins, port, émolument d'écriture), ainsi qu'un émolument global n'excédant pas CHF 15'000.-. Le tribunal fixe le montant des frais et décide quelle partie doit les supporter (art. 46 al. 2 LaLAMAL).

    En l'occurrence, la totalité de l'émolument de justice de CHF 3'000.- et les frais du Tribunal de céans de CHF 9'595.- seront mis intégralement à la charge du défendeur.

    Le défendeur qui succombe sera en outre condamné à verser aux demanderesses, prises conjointement et solidairement, la somme de CHF 5'000.- à titre de dépens.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ARBITRAL DES ASSURANCES:

Statuant

À la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. **Condamne le défendeur à verser à SANTESUISSE, à charge pour elle de la répartir entre les demanderesses la somme de CHF 284'743.- *Rectification d'une erreur matérielle le 08.11.2021/WAD/mhw**
4. Met la totalité de l'émolument de justice de CHF 3'000.- et les frais du Tribunal de céans de CHF 9'595.- à la charge du défendeur.
5. Condamne le défendeur à verser à SANTESUISSE, à charge pour elle de la répartir en faveur des demanderesses, la somme de CHF 5'000.- à titre de dépens.
6. Prononce une exclusion de cinq ans du défendeur de toute activité à la charge de l'assurance obligatoire des soins.
7. 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
Marguerite MFEGUE AYMON	Doris GALEAZZI

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