RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2449/2018 **ATAS/85/2021**

ARRET

DU TRIBUNAL ARBITRAL DES ASSURANCES

du 18 janvier 2021

En la cause

CSS KRANKEN-VERSICHERUNG AG demanderesses

CONCORDIA KRANKEN-UND UNFALLVERSICHERUNG

ATUPRI GESUNDHEITSVERSICHERUNG

AVENIR ASSURANCE MALADIE SA

KPT KRANKENKASSE AG

VIVAO SYMPANY AG

SWICA GESUNDHEITSORGANISATION

MUTUEL ASSURANCE MALADIE SA

SANITAS KRANKENVERSICHERUNG

INTRAS ASSURANCE-MALADIE SA

PHILOS ASSURANCE MALADIE SA

ASSURA-BASIS SA

Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente; B_____ et C_____, Arbitres

HELSANA VERSICHERUNGEN AG

ARCOSANA AG

Toutes représentées par SANTESUISSE, sise rue des Terreaux 23, LAUSANNE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Olivier BURNET

contre

Docteur A_____, domiciliée _____, à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Yvan JEANNERET — défenderesse

EN FAIT

1. La doctoresse A_____ (ci-après : la défenderesse), spécialiste FMH en psychiatrie et psychothérapie, exploite un cabinet en tant qu'indépendante à Genève (n° RCC Y_____).

2. Par courrier du 27 janvier 2011, SANTESUISSE a attiré son attention sur le fait que ses coûts moyens par malade en 2009 dépassaient la marge de tolérance admise par la jurisprudence.

3. Il en a fait de même les 28 novembre 2013 et 5 mars 2015 s'agissant des années 2012 et 2013.

4. Lors d'un entretien se déroulant dans les locaux du Groupe Mutuel le 15 avril 2016 et portant sur les statistiques 2014, la défenderesse a expliqué qu'elle suivait des patients étrangers, dont des réfugiés ayant subi des traumatismes et qu'elle leur appliquait la méthode de psychothérapie EMDR (Eye Movement Desensitization & Reprocessing) et l'ICV (intégration du cycle de la vie), traitant des troubles de l'attachement, des troubles dissociatifs et des traumatismes.

5. Par courrier du 21 juin 2018, SANTESUISSE a admis que la pratique de la défenderesse comportait des particularités en lien avec sa patientèle allophone, et que, partant, ses coûts moyens pussent être plus élevés que ceux du groupe de comparaison. Elle a toutefois constaté que ses coûts se situaient dans des proportions extrêmes et qu'il n'y avait pas eu d'amélioration en 2016. Elle lui a en conséquence proposé une conciliation extra-judiciaire.

6. Sans nouvelle de la défenderesse, 14 caisses-maladie, représentées par SANTESUISSE, ont saisi le Tribunal arbitral des assurances, le 11 juillet 2018, d'une demande dirigée contre la défenderesse et visant à ce qu'elle soit condamnée au paiement, pour l'année statistique 2016, principalement, de la somme de CHF 230'549.- selon la méthode ANOVA, et, subsidiairement, de la somme de CHF 217'075.- selon la méthode RSS.

   Le montant à restituer se décompose comme suit :

Total coûts directs : prestations brutes	CHF 435'832.-	
Selon ANOVA :		
Indice coûts directs	276 points	
Seuil supérieur de la marge de tolérance	130 points	
Dépassement	146 points	
		CHF 230'549.-
Et selon RSS :		
Indice coûts directs	259 points	
Seuil supérieur de la marge de tolérance	130 points	

Dépassement 129 points

CHF 217'075.-

La cause a été enregistrée sous le numéro A/2449/2018.

7. Une audience de conciliation a été prévue le 30 octobre 2018, mais reportée à la demande de la défenderesse au 27 novembre 2018.

   À l'issue de l'audience du 27 novembre 2018, le Tribunal de céans a constaté l'échec de la conciliation et accordé un délai au 14 janvier 2019 à la défenderesse pour répondre à la demande. Le même délai a été imparti aux parties pour désigner leur arbitre.

8. Le 29 novembre 2018, SANTESUISSE a transmis au Tribunal de céans la liste des médecins du groupe de comparaison des psychiatres genevois pour l'année statistique 2016, ainsi que le détail des coûts par fournisseur de prestations anonymisé.

9. Le 18 décembre 2018, Me Olivier BURNET s'est constitué en faveur de SANTESUISSE.

10. SANTESUISSE a choisi Monsieur B_____, et la défenderesse, Monsieur C_____, comme arbitres, respectivement les 30 novembre 2018 et 5 avril 2019.

11. Le 28 juin 2019, sur demande du Tribunal de céans, SANTESUISSE a produit de nouveaux tableaux relatifs au groupe de comparaison.

12. La défenderesse a répondu le 4 avril 2019.

    Ses arguments ont été repris par SANTESUISSE dans sa réplique du 3 juillet 2019. Celle-ci s'est déterminée comme suit sur chacun d'eux :

    - elle conteste que son action soit périmée, dès lors que les données de la SASIS ne lui ont été communiquées que le 17 juillet 2017 s'agissant de l'année 2016.
    - elle relève que le Datenpool, produit dans le cadre de sa demande, indique clairement quelles sont les assurances qui ont pris en charge les soins pour l'année 2016, de sorte que la légitimation active doit être reconnue aux demanderesses.
    - constatant que la défenderesse allègue qu'il n'existe à ce jour aucune méthode applicable de contrôle de l'économicité, elle rappelle que plusieurs arrêts ont été rendus à ce sujet, tant par les tribunaux cantonaux, que par le Tribunal fédéral.
    - s'agissant du courrier de l'office fédéral de la santé publique (OFSP) du 28 juin 2018, versé au dossier par la défenderesse et selon lequel :

      « Un groupe de projet, composé paritairement de représentants de la FMH, SANTESUISSE et Curafutura, a défini une méthode d'analyse des variances. Cette méthode statistique vise à identifier les fournisseurs de prestations qui pratiquent par exemple la surmédicalisation. (…) Les partenaires ont reconnu certaines faiblesses à leur méthode et veulent améliorer leur méthode en incluant

entre autres des facteurs de morbidité supplémentaires. En effet, le consensus règne sur le fait que la morbidité du malade a une influence considérable sur le coût de son traitement et que les médecins qui soignent des patients présentant une morbidité supérieure à la moyenne ont donc des coûts plus élevés. La méthode statistique en tiendra indirectement compte à l'avenir en considérant par exemple l'âge du malade, sa franchise ou sa consommation de médicaments. (…) D'autres facteurs extérieurs - comme par exemple l'emplacement du cabinet médical, l'offre de prestations du médecin ou la hausse des coûts sur lesquels le médecin n'a pas d'influence directe - seront mieux considérés dans le modèle statistique. Un organisme externe devrait valider la nouvelle méthode statistique. Toutes ces mesures devraient améliorer l'efficacité de la méthode et mieux tenir compte de votre situation particulière. L'objectif de ces travaux est qu'à l'avenir, le moins de médecins possibles soient injustement identifiés, car au final tous les participants ont intérêt à réduire le temps consacré aux évaluations d'économicité ».

SANTESUISSE relève qu'il ne présente manifestement pas la position officielle d'un office, au demeurant incompétent dans le cas d'espèce, et souligne qu'en réalité la méthode ANOVA est préconisée par l'OFSP, ainsi que par le Conseiller fédéral BERSET.

- le fait que la défenderesse soit russophone ne permet pas d'expliquer, selon SANTESUISSE, le dépassement de la marge de tolérance. En l'occurrence, sept psychiatres parlent russe à Genève.

SANTESUISSE ajoute que « la méthode statistique 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. Cette méthode peut servir comme moyen de preuve si les caractéristiques essentielles des pratiques comparées sont similaires, ce qui est manifestement le cas en l'espèce (ATAS/856/2015).
Enfin, s'il est vrai que certains assureurs ont donné leur accord pour l'un ou l'autre traitement spécifique, cela ne signifie toutefois pas qu'ils ont donné à la défenderesse un blanc-seing pour la facturation de prestations non conformes à Tarmed et au temps réellement consacré au traitement ».

SANTESUISSE confirme en conséquence, avec suite de frais et dépens, les conclusions de sa demande du 11 juillet 2018.

13. Le 5 juillet 2019, le Tribunal de céans a été saisi par 16 caisses-maladie, représentées par Me BURNET, d'une demande à nouveau dirigée contre la défenderesse, concernant le contrôle du caractère économique de sa pratique et la restitution des sommes qui lui ont été versées à tort pour l'année statistique 2017.

La cause a été enregistrée sous le n° A/2575/2019.

Par ordonnance du 7 août 2019, le Tribunal de céans a suspendu l'instruction de ladite cause, d'accord entre les parties, jusqu'à droit jugé dans la présente cause.

14. Dans sa duplique du 30 septembre 2019, la défenderesse s'est plus particulièrement déterminée sur la méthode à appliquer au contrôle de la polypragmasie. Elle fait valoir qu'elle prescrit environ moitié moins de médicaments que ses confrères, qu'elle voit en moyenne ses patients bien plus souvent qu'eux et que son coût par prestation de base (consultations au cabinet) est similaire au leur, de sorte que la raison pour laquelle sa « statistique » dépasse la moyenne réside uniquement dans le nombre de consultations par patient. Celle-ci doit être mise en corrélation avec la spécificité de la pratique, soit en l'occurrence, aucune hospitalisation de patients et une patientèle allophone (langues russe et ukrainienne), composée de nombreux réfugiés et requérants d'asile souffrant de traumatismes complexes, notamment en raison du vécu spécifique lié à la situation et à la fuite du pays d'origine principalement en raison de conflits armés et des violences physiques, psychiques et/ou sexuelles subies, et constituée à 80% de femmes. Elle considère ainsi que dans son cas, l'usage de la méthode statistique, en l'absence d'un groupe de comparaison aux caractéristiques similaires, est inadapté. Elle constate à cet égard que le groupe sur lequel se fonde SANTESUISSE inclut l'ensemble des praticiens psychiatres sans aucune distinction quant à leur pratique. Elle ajoute que les interventions relatives à des crises psychiatriques ne peuvent être déléguées à l'externe en raison de la langue parlée, et souligne que son parcours et sa formation de psychiatrie « lourde » s'écarte notablement de ceux de ses confrères, ce dont il faut tenir compte.

    S'agissant des tableaux produits par SANTESUISSE, elle constate qu'ils ne sont pas plus intelligibles que les précédents, de sorte qu'elle n'est pas en mesure de se prononcer à leur sujet.

    Elle relève que SANTESUISSE cite une jurisprudence cantonale pour prétendre que l'approbation d'un traitement par un assureur n'impliquerait pas qu'il soit adéquat et économique, alors que le Tribunal fédéral, dans un arrêt 9C_570/2015 consid. 7.2, affirme au contraire que les coûts liés aux traitements approuvés doivent être soustraits du contrôle de l'économicité. Elle demande à cet égard qu'il soit ordonné aux demanderesses de produire l'ensemble des autorisations émises pour des traitements se déroulant durant l'année statistique 2016.

    Elle persiste enfin dans ses précédentes écritures et conclusions.

15. Le 24 octobre 2019, SANTESUISSE a déclaré s'opposer à la requête de la défenderesse concernant la production de « l'ensemble des autorisations émises pour des traitements se déroulant durant l'année statistique 2016 », aux motifs qu'elle ne dispose pas de ces autorisations, qu'il appartiendrait le cas échéant à la défenderesse de les transmettre au Tribunal de céans et que leur production ne répond à aucune nécessité, dans la mesure où la représentante des assureurs-maladie doit contrôler l'économicité des prestations facturées.

SANTESUISSE rappelle encore que les assureurs-maladie ne disposent pas d'une vision globale de la pratique de tel ou tel médecin. Ils ne peuvent que se prononcer de cas en cas, sur les informations que chaque praticien aura données.

16. Le 19 novembre 2019, SANTESUISSE s'est déterminée sur le fond et fait valoir que :

    - le nombre de consultations de la défenderesse est 2,5 fois plus élevé que la moyenne de ses confrères.

    - c'est à elle d'apporter la preuve que ses patients ne sont jamais hospitalisés, pour autant qu'il s'agisse là d'un critère à prendre en considération.

    - elle ne démontre pas en quoi ses « spécificités justifieraient des indices supérieurs » (259 selon RSS, 276 selon ANOVA).

    - même si l'on tenait compte de la faible prescription de médicaments, ce qui permettrait de diminuer l'indice RSS à 234, et l'indice ANOVA à 233, la défenderesse reste très largement au-dessus de la moyenne.

    SANTESUISSE reconnaît que dans le groupe de comparaison établi, il est possible que quelques médecins aient prescrit de la physiothérapie ainsi que le relève la défenderesse, mais fait valoir qu'il s'agit-là de cas particulièrement rares et de montants très faibles.

    Elle déclare enfin ne douter ni des compétences de la défenderesse, ni de ses formations spécifiques, et admet qu'elle paraît respecter les devoirs professionnels relatifs à la formation post-grade et à la formation continue qui lui incombent.

    Elle se réfère pour le surplus à ses précédentes écritures.

17. La défenderesse s'est déterminée le 14 août 2020 sur les écritures de SANTESUISSE du 24 octobre 2019 concernant la demande de production de l'ensemble des autorisations émises pour des traitements se déroulant durant l'année statistique 2016. Elle rappelle que la documentation dont elle demande la production est une pure facturation sans données médicales, les noms des patients pouvant parfaitement être caviardés.

    La défenderesse a également fait part de ses observations quant au courrier de SANTESUISSE du 18 novembre 2019. Elle relève que :

    - l'absence d'hospitalisation de ses patients est un fait négatif, de sorte qu'il appartient aux assureurs de prouver l'inverse.
    - l'augmentation des indices a pour origine un nombre de consultations par patient supérieur à celui du groupe de comparaison.
    - les confirmations de couverture (pièce 4) établissent que les demanderesses valident ce type de prises en charge au long cours, ainsi que les rythmes de séances bihebdomadaires.

    Elle persiste dès lors dans ses précédentes écritures et conclusions, plus particulièrement celles relatives à la mise en œuvre d'une expertise analytique.

18. Ce courrier a été transmis à SANTESUISSE et la cause 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) de la défenderesse 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 de la défenderesse y est installé à titre permanent.

   c. La Présidente du Tribunal de céans a constaté, lors de l'audience du 27 novembre 2018, l'échec de la tentative obligatoire de conciliation, et des arbitres ont été désignés. Le Tribunal a ainsi été constitué.

   d. La compétence du Tribunal de céans pour juger du cas d'espèce est établie ratione loci et materiae.

2. La demande 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).

   Elle est, partant, recevable.

3. Le litige porte sur la question de savoir si la pratique de la défenderesse 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 l'éventuel 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. La défenderesse invoque préalablement la péremption des prétentions des demanderesses.

b. Aux termes de 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), 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 empêché lorsque les assureurs-maladie introduisent une demande, dans le délai d'une année à partir de la connaissance des statistiques, par devant l'organe conventionnel, l'instance de conciliation légale ou le Tribunal arbitral (RAMA 2003, p. 218, consid. 2.2.1). Le délai commence à courir au moment où les statistiques déterminantes sont portées à la connaissance des assureurs suisses (ATFA non publié du 16 juin 2004, cause K 124/03 consid. 5.2).

Selon le Tribunal fédéral, il n'est pas inexact, faute d'éléments contraires, de retenir comme point de départ du délai de péremption d'une année, la date figurant sur les documents intitulés "préparation des données" et correspondant à la prise de connaissance par les caisses-maladie des statistiques légitimant leurs réclamations. Elle a également jugé que la date ressortant de ces statistiques ne pouvait être mise en doute par l'hypothèse suggérant que la date en cause aurait pu être manipulée par SANTESUISSE, en absence de pièces du dossier permettant d'évoquer sérieusement une telle éventualité, et d'éléments concrets avancés pouvant la rendre vraisemblable (ATF non publié 9C_968/2009 du 15 décembre 2010 consid. 2.3; ATF non publié 9C_205/2008 du 19 décembre 2008 consid. 2.2).

c. 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 11 juillet 2018, il sied de constater que celle-ci respecte le délai légal d'une année.

6. La défenderesse conteste la qualité pour agir des demanderesses.

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 SANTÉSUISSE - 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 (ATF non publié 9C_260/2010 du 27 décembre 2011 consid. 4.7 ; ATF 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 (ATFA 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 14 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 y a lieu de relever que les demanderesses ont produit en l'espèce un document nommé « Datenpool » pour l'année 2016, lequel décompose les montants pris en charge par chaque assureur, tant pour l'année en cause, que pour les coûts directs. Ce document permet de savoir quelles assurances ont pris en charge des soins pour l'année concernée et quelles assurances ne l'ont pas fait. Il résulte en l'espèce du document produit que tous les assureurs-maladie ayant remboursé des prestations aux patients de la défenderesse font partie des demanderesses. Partant, ces dernières sont habilitées à demander la restitution de l'intégralité de l'éventuel trop perçu.

La défenderesse met en cause la valeur probante de ce document. Cependant, aucun élément du dossier ne permet de remettre en cause sa véracité. Par ailleurs, selon la jurisprudence constante du Tribunal de céans, une pleine valeur probante a toujours été reconnue à ce document, en l'absence d'indices contraires (ATAS/209/2018 du 9 mars 2018, ATAS/150/2016 du 26 février 2016, ATAS/856/2015 du 13 novembre 2015, ATAS/27/2020 du 16 janvier 2020).

Partant, le Tribunal de céans admettra la qualité pour agir des demanderesses mentionnées dans l'intitulé de la demande, celles-ci étant membres de SANTESUISSE ou ayant produit une procuration et ayant remboursé des coûts directs selon le « Datenpool » durant l'année concernée.

7. La défenderesse allègue qu'il n'existe à ce jour aucune méthode applicable de contrôle de l'économicité.

a. Pour établir l'existence d'une polypragmasie, le Tribunal fédéral des assurances admet pourtant 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 (ATF 130 V 377 consid. 6.1, ATF 98 V 198).

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 (ATF 130 V 377 consid. 6.1, ATF 98 V 198).

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). On rappellera encore que 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).

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). On rappellera encore que 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. 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 SANTÉSUISSE").

8. 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 consid. 5.3.2 à 5.3.5).

9. 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).

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 ; (arrêt du Tribunal fédéral C_282/13) ; V. JUNOD, op. cit., p. 138).

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

b. Le principe inquisitoire, qui régit la procédure dans le domaine de l'assurance sociale (cf. art. 43 al. 1 et 61 let. c LPGA), exclut que la charge de l'apport de la preuve ("Beweisführungslast") incombe aux parties, puisqu'il revient à l'administration, respectivement au juge, de réunir les preuves pour établir les faits pertinents. Dans le procès en matière d'assurances sociales, les parties ne supportent en règle générale le fardeau de la preuve que dans la mesure où la partie qui voulait déduire des droits de faits qui n'ont pas pu être prouvés en supporte l'échec. Cette règle de preuve ne s'applique toutefois que s'il n'est pas possible, dans les limites du principe inquisitoire, d'établir sur la base d'une appréciation des preuves un état de fait qui correspond, au degré de la vraisemblance prépondérante, à la réalité (ATF 128 V 218 consid. 6 ; ATF 117 V 261 consid. 3b ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_632/2012 du 10 janvier 2013 consid. 6.2.1).

c. 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.

11. Il résulte de ce qui précède que la défenderesse ne peut valablement soutenir qu'il n'y a pas de méthode scientifique fiable et validée pour établir l'existence d'une polypragmasie.

    La valeur probante des statistiques établies par SANTESUISSE a été expressément reconnue par le Tribunal fédéral des assurances. Notre Haute Cour a ainsi jugé que seules les statistiques RSS fournissaient les données qui permettaient une comparaison valable entre les différents fournisseurs de prestations et ainsi de se prononcer sur le respect ou la violation du principe de l'économicité (ATFA non publié du 18 mai 2004, K 150/03, consid. 6.4.2).

    L'OFSP ne dit du reste pas le contraire dans son courrier du 28 juin 2018 produit par la défenderesse. En réalité, il annonce une nouvelle méthode.

    La Fédération des médecins suisses (FMH), SANTÉSUISSE et CURAFUTURA ont en effet, en collaboration avec Polynomics SA, affiné la méthode ANOVA en une analyse de régression en deux étapes. L'analyse de régression inclut ainsi non plus seulement les critères de morbidité, de l'âge et du sexe, mais également les critères « franchise à option », « séjour dans un hôpital ou dans un établissement médico-social l'année précédente », ainsi que les « PCG ». Ces critères représentent le profil clinique des patients. Dans ce cadre, ce n'est pas l'effet d'un critère individuel sur les coûts de traitement d'un médecin qui est déterminant, mais l'addition de leurs influences indépendantes les unes des autres. L'analyse de régression constitue ainsi le développement de la méthode ANOVA. Les parties contractantes se sont toutefois engagées à adopter et appliquer cette nouvelle méthode, en remplacement de la méthode ANOVA, la première fois pour l'année statistique 2017 (9C_558/2018 consid. 7.1). Elle n'a pas d'effet rétroactif, de sorte que la question de son application au cas d'espèce - portant sur l'année statistiques 2016 - ne se pose quoi qu'il en soit pas.

12. a. La défenderesse considère que seule la méthode analytique devrait lui être appliquée. Il n'existe pas, selon elle, de groupe de comparaison aux caractéristiques similaires aux siennes.

    Le point de savoir s'il convient d'appliquer la méthode analytique présuppose que la méthode statistique employée par les demanderesses ne permet pas d'aboutir à des résultats fiables, singulièrement que la pratique de la défenderesse présente des particularités telles qu'il se justifie de s'écarter des données statistiques.

    Dans le cadre d'une expertise analytique, il ne s'agit en effet pas de faire référence aux médecins du groupe de comparaison, mais d'examiner les dossiers in concreto, afin de vérifier que le fournisseur de prestations incriminé n'a pas multiplié les prestations inutilement ou abusé dans la facturation de celles-ci.

Il y a dès lors lieu d'examiner en l'espèce si la pratique de la défenderesse présente ou non des caractéristiques similaires à celle des médecins psychiatres compris dans le groupe auquel elle a été comparée.

b.a. La défenderesse fait à cet égard valoir qu'elle dispose d'un parcours et d'une formation de psychiatrie « lourde » qui s'écarte notablement de ceux de ses confrères.

Or, le groupe de comparaison comprend en principe aussi des médecins-psychiatres qui ont bénéficié d'une formation spécifique dans un domaine médical particulier et traitent de ce fait une catégorie de patients nécessitant des mesures diagnostiques et thérapeutiques s'écartant de celles prodiguées en règle générale par leurs collègues (K 148/04, consid. 5.2). Ainsi, la défenderesse ne saurait rien déduire en sa faveur de la différence de formation acquise.

Elle explique qu'après avoir exercé durant 2 ans en URSS à la réalisation d'expertises de criminels graves, elle a travaillé au quartier carcéral psychiatrique de la prison de Champ-Dollon, aux Urgences psychiatriques des HUG, en psychogériatrie, ainsi qu'avec des personnes atteintes de polytoxicomanies et de handicaps mentaux. Depuis les années 2000 enfin, elle a eu à s'occuper, en tant que médecin indépendant, d'un afflux important de patients réfugiés de la guerre de Tchétchénie.

On admet qu'un médecin qui traite des « cas lourds » puisse avoir des coûts par patient plus élevés qu'un médecin qui traite des patients en meilleure forme physique ou psychique.

Il y a cependant lieu d'observer que la défenderesse n'allègue pas traiter, en 2016, des cas particulièrement lourds, en dehors des patients réfugiés de la guerre de Tchétchénie. S'agissant de ceux-ci, elle devrait encore apporter la preuve que les soins qu'elle leur dispense seraient plus intensifs. Or, elle n'établit pas que sa situation à cet égard soit si différente de celle de ses collègues du groupe de comparaison. Elle se contente en effet de dire que ces patients souffrent de traumatismes complexes, notamment en raison du vécu spécifique lié à la situation et à la fuite du pays d'origine principalement en raison de conflits armés et des violences physiques, psychiques et/ou sexuelles subies, et constituée à 80% de femmes, ce qui ne suffit pas à expliquer les raisons pour lesquelles sa pratique dépasserait la marge de tolérance admise par la jurisprudence. Certes les réfugiés peuvent-ils présenter des difficultés psychiatriques particulières, ce qui pourrait avoir un impact sur la durée du traitement, et partant, sur le nombre de consultations. Il s'agit là toutefois d'une éventuelle particularité de sa pratique qu'il conviendra d'examiner pour déterminer si une marge supplémentaire peut être retenue.

b.b. La défenderesse souligne qu'elle a également suivi des formations spécifiques qu'elle applique dans son cabinet, soit plus particulièrement la méthode de psychothérapie EMDR (Eye Movement Desensitization & Reprocessing) et l'ICV

(intégration du cycle de la vie), traitant des troubles de l'attachement, des troubles dissociatifs et des traumatismes et fait valoir que dans un arrêt du Tribunal arbitral rendu en 2015, une expertise analytique a été ordonnée dans le cas d'un gynécologue, au motif que la comparaison de sa pratique avec celle des médecins du groupe de gynécologues exerçant à Genève n'était guère possible, dans la mesure où il pratiquait plusieurs spécialités (ATAS/856/2015).

En l'occurrence, ce gynécologue effectuait un certain nombre d'examens que les autres gynécologues déléguaient à d'autres médecins, tels les examens urodynamiques et les interventions ambulatoires, et pratiquait l'intégralité des domaines de la gynécologie obstétrique, notamment pour la FIV, ce qui n'était pas le cas de tous ses confrères. Il cumulait également un grand nombre de spécialités et d'interventions en cabinet et déployait une activité en médecine générale et en andrologie.

Les nouvelles techniques invoquées par la défenderesse ne sont certes pas pratiquées par tous les psychiatres figurant dans le groupe de comparaison, on ne saurait toutefois considérer qu'il s'agit-là de spécialités dont on devrait tenir compte pour le choix de la méthode à appliquer.

En effet, 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).

b.c. La défenderesse rappelle qu'elle parle le russe, de sorte que pour ce motif également, la méthode analytique devrait lui être applicable.

Il est vrai que seuls sept médecins psychiatres exercent en langue russe à Genève.

Il y a toutefois lieu de constater que dans le groupe de comparaison, 21 médecins parlent l'arabe, 12 le serbo-croate et 12 le roumain, ce qui vient atténuer, voire supprimer, une caractéristique de la pratique de la défenderesse. Il convient de surcroît de relever qu'en maîtrisant la langue russe, elle n'a pas besoin d'un interprète pour ses patients russophones, ce qui facilite l'échange et la confiance.

b.d. La défenderesse fait valoir qu'elle traite de nombreux patients étrangers.

Un pourcentage élevé des patients étrangers peut en effet être pris en considération dans l'examen des particularités d'un cabinet médical et justifier un coût moyen plus élevé.

Le médecin doit toutefois prouver que la part étrangère de sa clientèle dépasse celle de ses collègues et établir que ces patients engendrent à juste titre des surcoûts (K 113/03 consid. 5.5).

Si l'on peut admettre, au degré de vraisemblance requis par la jurisprudence, que la patientèle de la défenderesse est composée de nombreux étrangers, on ne comprend en revanche pas que cela puisse entraîner des coûts plus élevés que la normale. La défenderesse ne prétend en effet pas qu'elle utiliserait pour ses patients étrangers des méthodes particulières ou du matériel spécifique (9C_821/2012 consid. 5.3).

Force est ainsi de constater que la défenderesse n'est pas parvenue à démontrer que sa patientèle étrangère, même si elle est importante, présenterait des caractéristiques différentes dont il y aurait lieu de tenir compte.

13. La défenderesse se plaint de ce que « les tableaux "statistiques" versés à la procédure par SANTESUISSE sont incompréhensibles, de sorte qu'elle ne peut se prononcer à leur sujet ».

Il est vrai que le médecin soupçonné de polypragmasie doit être en mesure d'établir l'existence de facteurs justifiant les surcoûts. On ne voit toutefois pas que la défenderesse puisse en avoir été empêchée par la présentation des tableaux tels qu'ils ont été produits par SANTESUISSE, en l'espèce, du moins dans leur dernière version du 28 juin 2019. Il importe au surplus de rappeler que le médecin a également la possibilité de soumettre ses propres statistiques pour expliquer son dépassement dans le cadre de son obligation de collaborer.

Par conséquent, ce grief sera écarté.

14. Il y a lieu, au vu de ce qui précède, de considérer que les statistiques RSS, ainsi que les autres données relatives aux caractéristiques du cabinet de la défenderesse, sont suffisantes pour examiner l'économicité de sa pratique.

Rien ne s'oppose en effet à l'utilisation de ces statistiques dans le cas présent, étant ajouté que le groupe de comparaison sur lequel les demanderesses se sont à juste titre fondées, comprend 491 médecins ; ce nombre permet le cas échéant d'atténuer l'éventuelle influence sur les résultats que pourraient avoir, ainsi que l'allègue la défenderesse, des divergences de statut de spécialisation, d'approche thérapeutique et d'école de pensée.

Par conséquent, le Tribunal de céans considère qu'il n'est en l'occurrence pas nécessaire d'ordonner une expertise analytique. Il convient au contraire de donner la préférence à la méthode statistique qui permet un examen anonyme, standardisé, large, rapide et continu de l'économicité par rapport à une méthode analytique coûteuse, difficile à réaliser à large échelle et mal adaptée lorsqu'il s'agit de déterminer l'ampleur de la polypragmasie et le montant à mettre à charge du médecin.

15. a. Reste à ce stade à déterminer si la pratique médicale de la défenderesse 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).

b. 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).

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 (K 152/98) ou le fait que le médecin s'est installé depuis peu de temps à titre indépendant (K 150/03).

En présence de telles particularités, deux méthodes de calcul ont été admises (K 50/00). 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). Le tribunal arbitral dispose d'une marge de manœuvre importante à condition qu'il motive son jugement. Cette motivation doit en principe inclure une estimation des coûts supplémentaires admissibles ainsi que leur répercussion sur la marge additionnelle. 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 de la CAMS (SVR 1995 KV n° 140 p. 125 consid. 4b). Le tribunal arbitral peut ainsi exclure complètement du coût moyen ceux afférents aux patients qui affichent cette particularité (exemple: ne pas tenir compte des coûts de traitements des patients drogués suivant un sevrage à la méthadone).

Dans le cadre de l'application de la méthode statistique - outre la compensation éventuelle des particularités de la pratique - chaque médecin doit se voir accorder une zone de tolérance dans les limites de laquelle sa méthode de traitement doit encore être considérée comme économique (ATF 1 19 V 454, alinéa 4c). Elle sert à récompenser les augmentations du coût des traitements qui sont basées sur le comportement médical individuel (ATF 103 V 155, alinéa 6) et à compenser les inexactitudes statistiques. Jusqu'à présent, la jurisprudence n'a pas établi de critères uniformes, ni pour les différents cantons, ni pour les différentes spécialités (cf. l'aperçu dans Gebhard Eugster, loc. cit., n o 823 ss. p. 278 ss.). Dans l'arrêt M. du 29 juin 2001 (K 9/99), le Tribunal fédéral des assurances a estimé que la marge de tolérance se situait entre 120 et 130 points d'indice. Ces critères de référence ont été adoptés dans des arrêts plus récents (arrêts W. du 13 mai 2003 [K 1 07/01 + K 1 16/011, F. du 15 juillet 2003 [K 108/01 + K 1 1 8/01], S. du 18 mai 2004 [K 150/03]). Dans un arrêt publié aux ATF 130 V 377, le Tribunal fédéral des assurances a rejeté, pour défaut de fondement, l'objection selon laquelle une valeur de tolérance sensiblement plus élevée d'au moins 140 points d'indice devrait être

choisie pour les médecins généralistes. Les valeurs d'indice de 120 à 130 points citées ne doivent pas être considérées comme des valeurs inviolables, mais plutôt comme des valeurs indicatives qui permettent des écarts dans des cas individuels, à condition qu'ils soient objectivement suffisamment justifiés (K 113/03 consid. 6.2).

16. a. En l'occurrence, la défenderesse allègue prescrire environ moitié moins de médicaments que ses confrères. SANTESUISSE ne conteste pas que la prescription de médicaments par la défenderesse soit plutôt faible et a calculé que si l'on tenait compte de cette particularité, l'indice RSS pourrait être diminué à 234 et l'indice ANOVA à 233. Le Tribunal de céans est d'avis qu'il se justifie de retenir cette particularité et, partant, prend acte de ces nouveaux indices.

    b. Il apparaît par ailleurs que les particularités mises en évidence par la défenderesse, à savoir le nombre important de patients étrangers auxquels elle applique les méthodes EMDR et ICV, et de réfugiés ayant subi des traumatismes, ainsi que peu d'hospitalisations, seraient de nature à impliquer davantage de consultations par patient, ce qui permettrait d'admettre une augmentation de l'indice de tolérance. Le thérapeute pratiquant l'EMDR plus particulièrement invite en effet son patient à raconter mentalement l'événement traumatique et à évaluer son niveau de stress sur une échelle de 1 à 10. Le patient continue à penser à l'événement douloureux tout en bougeant rapidement ses yeux de gauche à droite et de droite à gauche. Il exprime ce qu'il ressent et évalue à nouveau son niveau de stress. L'exercice est répété jusqu'à ce que l'angoisse diminue, ce qui peut expliquer plus de séances (www.formation-therapeute.com).

    La défenderesse présente toutefois un indice de prestations de base par malade (nombre de consultations par malade) de 250. Cet indice, qui revient à être de 2,5 fois plus élevé que la moyenne des médecins du groupe de comparaison, ne saurait ainsi être complètement justifié par le nombre plus important de séances nécessité par l'application des méthodes EMDR et ICV. On ignore à cet égard, par exemple, la proportion des patients bénéficiant de ces méthodes. Il appartenait à la défenderesse de le préciser, étant rappelé à cet égard que la partie, qui veut déduire des droits de faits qui n'ont pas pu être prouvés, en supporte l'échec. On ne peut dans ces conditions établir un calcul précis pour déterminer les effets de cette particularité.

    Le Tribunal fédéral admet dans ce cas la fixation par le tribunal cantonal d'un indice supplémentaire au moyen d'une évaluation générale (sans quantification des particularités du cabinet médical en cause). Celui-ci doit cependant expliquer comment il est arrivé à ce résultat (K 148/04).

    Le Tribunal de céans considère ainsi, qu'au vu de ce qui précède, un supplément de 10 points au maximum peut être retenu, de sorte que la marge de tolérance est augmentée à 40%.

c. Reste à préciser que les autres particularités dont a fait état la défenderesse sont déjà comprises dans la marge de tolérance de 30% prise en considération par SANTESUISSE.

17. a. Enfin, la défenderesse invoque le fait que les assureurs ont donné leur accord pour certains traitements en particulier et que cela implique qu'ils sont conformes aux critères d'adéquation et d'économicité.

Une autre justification possible - indépendante des particularités de la pratique médicale du médecin - réside en effet dans l'accord spécifique donné par la caisse-maladie. Si un traitement a été spécifiquement agréé par la caisse-maladie, généralement par l'intermédiaire de son médecin-conseil, la caisse ne peut plus qualifier d'excédent la mesure dictée « par l'intérêt de l'assuré et par le but du traitement ». Dans un arrêt du 23 avril 1999, le TFA avait relevé que la grande majorité des traitements menés par un psychiatre avait été approuvée par avance par les médecins-conseils des caisses; dans ces circonstances, il a exclu que les caisses s'en plaignent à titre de polypragmasie. Dans un autre arrêt, de 2004, le TFA a cependant exigé que le médecin fournisse des éléments chiffrés établissant la part des mesures spécifiquement approuvées par les médecins-conseils et son surcoût par rapport aux autres prestations. Bien entendu, les situations où les médecins peuvent faire approuver par avance le traitement par les caisses sont rares. Il peut s'agir en réalité d'une voie utile à certains spécialistes qui savent que leurs coûts moyens s'approchent dangereusement d'un indice de 120 ou 130.

La défenderesse fait valoir que l'arrêt du Tribunal de céans sur lequel se fonde SANTESUISSE (ATAS/209/2018) est contredit par un arrêt du Tribunal fédéral (9C_570/2015), selon lequel les coûts liés aux traitements approuvés doivent être soustraits du contrôle d'économicité.

b. Dans l'arrêt fédéral cité en effet (9C_570/2015), « une pratique non économique constitutive de polypragmasie doit être niée dans le cas où les traitements ont été pour la plupart approuvés de manière spécifique par les assureurs (respectivement par les médecins-conseil de ceux-ci). Les approbations ne représentent pas seulement des garanties de remboursement des coûts, mais comprennent également la confirmation du caractère économique du traitement correspondant (arrêt K 172/97 du 23 avril 1999 consid. 5e, in RAMA 1999 n° K 994 p. 320) ».

Le Tribunal de céans considère toutefois que son arrêt du 9 mars 2018 (ATAS/209/2018) n'est pas contraire à la jurisprudence fédérale, ainsi que l'allègue la défenderesse, dès lors qu'il s'est borné à préciser dans cet arrêt que « même si les assureurs-maladie ont donné leur approbation expresse pour certains traitements, cela ne signifie pas qu'ils ont donné à la défenderesse un blanc-seing pour la facturation de prestations non conforme au Tarmed et au temps réellement consacré au traitement. Or, en l'occurrence, seules la facturation et la réalité de certains traitements sont en cause, mais non pas leurs adéquation et efficacité ». Ainsi, même si un certain nombre de traitements ont été approuvés par l'un ou l'autre

assureur-maladie, cela ne doit pas empêcher de procéder à une analyse globale de la pratique de la défenderesse.

Il résulte de ce qui précède que les coûts directs des prestations dont le traitement a été expressément approuvé par les assurances-maladie n'ont pas à être exclus dans tous les cas de la demande en paiement des assureurs-maladie. Lorsqu'un assureur donne son approbation pour un traitement, cela signifie qu'il considère que ce traitement est adéquat et efficace, mais pas nécessairement que la facturation de ce traitement sera conforme au Tarmed et que le temps qui y sera consacré sera réel. Rien n'empêche dès lors SANTESUISSE de procéder à une analyse globale de la pratique du médecin.

c. La défenderesse a sollicité du Tribunal de céans le 30 septembre 2019 qu'il ordonne aux demanderesses la production de l'ensemble des autorisations émises pour les traitements dispensés durant l'année statistique 2016.

SANTESUISSE s'y est opposé, au motif qu'elle ne dispose pas de ces documents, puisque c'est la SASIS AG qui traite des données agrégées et anonymisées permettant d'établir les statistiques.

Le principe inquisitoire, qui régit la procédure dans le domaine de l'assurance sociale (cf. art. 43 al. 1 et 61 let. c LPGA), exclut que la charge de l'apport de la preuve ("Beweisführungslast") incombe aux parties, puisqu'il revient à l'administration, respectivement au juge, de réunir les preuves pour établir les faits pertinents. Dans le procès en matière d'assurances sociales, les parties ne supportent en règle générale le fardeau de la preuve que dans la mesure où la partie qui voulait déduire des droits de faits qui n'ont pas pu être prouvés en supporte l'échec. Cette règle de preuve ne s'applique toutefois que s'il n'est pas possible, dans les limites du principe inquisitoire, d'établir sur la base d'une appréciation des preuves un état de fait qui correspond, au degré de la vraisemblance prépondérante, à la réalité (ATF 128 V 218 consid. 6 ; ATF 117 V 261 consid. 3b ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_632/2012 du 10 janvier 2013 consid. 6.2.1).

Force est de constater que la défenderesse qui entendait se prévaloir de faits sur la base des autorisations données par les assureurs concernant les traitements qu'elle avait dispensés, ne les a pas elle-même versées au dossier, sans motif valable, et malgré les conclusions formulées dans ce sens par SANTESUISSE dans ses écritures du 24 octobre 2019.

SANTESUISSE rappelle à cet égard, à juste titre, que les assureurs-maladie ne disposent pas d'une vision globale de la pratique de tel ou tel médecin. Ils ne peuvent que se prononcer de cas en cas, sur les informations que chaque praticien aura données (art. 3b al. 1 OPAS).

18. Tous les coûts élevés par patient de la défenderesse 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.

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.

Les 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 SANTÉSUISSE 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 SANTÉSUISSE 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).

Le trop-perçu des prestations doit en conséquence être établi sur la base de la méthode ANOVA, étant rappelé, d'une part, que SANTESUISSE a admis de tenir compte de la faible prescription de médicaments - ce dont le Tribunal de céans a pris acte -, ce qui ramène l'indice ANOVA de 276 à 233, et, d'autre part, que le Tribunal de céans a considéré qu'il se justifiait d'augmenter la marge de tolérance à 140%.

19. Sur la base de cette méthode statistique, il appert ainsi que l'indice des coûts directs de la défenderesse en 2016 est en l'état de 233 points - et non pas de 276, afin de tenir compte de la faible prescription de médicaments - et dépasse de 93 points le seuil de l'indice de tolérance de 140 retenu ci-dessus. Compte tenu d'un chiffre d'affaires de CHF 435'832.- en 2016, les prestations dépassant cette marge s'élèvent à CHF 173'959.- (93 : 233 = 0,3991 x 435'832 = 173'959), en lieu et place de CHF 230'549.-.

Au vu de ce qui précède, la demande sera partiellement admise et la défenderesse condamnée au paiement aux demanderesses, prises conjointement et solidairement, de la somme de CHF 173'959.-.

20. 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).

    Les demanderesses, représentées par SANTESUISSE, obtiennent 75% de leurs conclusions principales. Eu égard au sort du litige, les frais du Tribunal, par CHF 5'177.50 sont mis à la charge des parties, à raison de 25% (CHF 1'294.40) à la charge des demanderesses, prises conjointement et solidairement, et de 75% (CHF 3'883.10) à la charge de la défenderesse.

    L'émolument, fixé à CHF 3'000.- est mis à charge des parties, à raison de 25% (CHF 750.-) à la charge des demanderesses, prises conjointement et solidairement, et de 75% (CHF 2'250.-) à la charge de la défenderesse.

    La défenderesse qui succombe sera en outre condamnée à verser aux demanderesses, prises conjointement et solidairement, la somme de CHF 3'000.- à titre de dépens.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ARBITRAL DES ASSURANCES:

Statuant

À la forme :

1. Déclare recevable la demande déposée par SANTESUISSE pour le compte des demanderesses.

Au fond :

2. L'admet partiellement dans le sens des considérants.
3. Condamne la défenderesse à payer à SANTESUISSE, à charge pour elle de répartir ce montant en faveur des demanderesses, la somme de CHF 173'959.-.
4. Condamne les parties au paiement des frais du Tribunal arbitral, à raison de CHF 1'294.40 à la charge des demanderesses, prises conjointement et solidairement, et de CHF 3'883.10 à la charge de la défenderesse.
5. Condamne les parties au paiement d'un émolument, à raison de CHF 750.- à la charge des demanderesses, prises conjointement et solidairement, et de CHF 2'250.- à la charge de la défenderesse.
6. Condamne la défenderesse à payer à SANTESUISSE la somme de CHF 3'000.- à titre de participation à ses frais et dépens.
7. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.
8. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Irène PONCET	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