RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2905/2019 **ATAS/863/2021**

ARRET SUR PARTIE

DU TRIBUNAL ARBITRAL DES ASSURANCES

du 25 août 2021

En la cause

CSS ASSURANCE-MALADIE SA demanderesses

AQUILANA VERSICHERUNGEN AG

SUPRA-1846 SA

CONCORDIA, ASSURANCE SUISSE DE MALADIE ET ACCIDENTS SA

ATUPRI GESUNDHEITSVERSICHERUNG

AVENIR ASSURANCE MALADIE SA

EASY SANA ASSURANCE MALADIE SA

SWICA KRANKENVERSICHERUNG AG

MUTUEL ASSURANCE MALADIE SA

AMB ASSURANCE SA

INTRAS ASSURANCE MALADIE SA

PHILOS ASSURANCE-MALADIE SA

ASSURA-BASIS SA

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

VISANA AG

SANA24 AG

ARCOSANA SA

VIVACARE SA

Soit pour elles TARIFSUISSE SA, représentée par Me Valentin SCHUMACHER

contre

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

EN FAIT

1. Le Docteur A_____ (ci-après : le défendeur), né le _____ 1964, spécialiste FMH en médecine interne et en cardiologie notamment, exploite un cabinet dans le canton de Genève.

2. Dix-sept assureurs-maladie ont constaté que la durée de consultation du défendeur dépassait la moyenne cantonale et la moyenne suisse des cardiologues, que celui-ci facturait la grande majorité de ses consultations selon un schéma tarifaire quasi forfaitaire (« chaînage ») sans utiliser les positions tarifaires adéquates existantes, que de 2014 à 2017 plus particulièrement, il avait facturé 12 fois par consultation la position 00.0020 en combinaison aux positions 00.0010 et 00.0030, ce qui correspond à un temps de consultation de base de 70 minutes, exagérément long selon leur médecin-conseil, qu'en 2018, il avait introduit de nouvelles positions tarifaires, respectivement en avait remplacé certaines et qu'à compter de 2019, il avait à nouveau changé sa méthode de facturation.

   Aussi ont-ils demandé au défendeur, à plusieurs reprises, la production des rapports médicaux relatifs à ses factures établies du 1er août 2014 au 30 juin 2019 afin d'être en mesure de contrôler sa façon de procéder.

3. Le 9 août 2019, TARIFSUISSE SA, au nom et pour le compte de ces dix-sept assureurs-maladie, soit CSS ASSURANCE-MALADIE SA, AQUILANA VERSICHERUNGEN AG, SUPRA-1846 SA, CONCORDIA ASSURANCE SUISSE DE MALADIE ET ACCIDENTS SA, ATUPRI GESUNDHEITSVERSICHERUNG, AVENIR ASSURANCE MALADIE SA, EASY SANA ASSURANCE MALADIE SA, SWICA KRANKENVERSICHERUNG AG, MUTUEL ASSURANCE MALADIE SA, AMB ASSURANCE SA, INTRAS ASSURANCE MALADIE SA, PHILOS ASSURANCE-MALADIE SA, ASSURA-BASIS SA, VISANA AG, SANA24 AG, ARCOSANA SA et VIVACARE SA (ci-après : les demanderesses)**,** et elle-même représentée par Maîtres Valentin SCHUMACHER et Elodie SURCHAT, a saisi le Tribunal arbitral des assurances, visant, préalablement, la production de l'ensemble des rapports médicaux relatifs aux factures établies par le défendeur entre le 1er août 2014 et le 30 juin 2019 et, au fond, la condamnation de celui-ci au paiement d'un montant à préciser après l'administration des preuves, mais au moins de CHF 664'633.-, perçu en vertu d'une mauvaise application du système de facturation TARMED. Elle a également demandé à ce que le défendeur soit formellement averti qu'en cas de nouveau manquement à son obligation de collaborer avec les assureurs ou aux exigences relatives à la facturation, il serait définitivement exclu de toute activité à la charge de l'assurance obligatoire des soins.

   TARIFSUISSE SA fait en effet valoir que "la facturation systématique de diverses positions et leur combinaison automatique lors des consultations du défendeur constituent manifestement un abus, dont l'intention, le but et la systématique

contreviennent à TARMED, puisqu'elles sont contraires au principe de la facturation à la prestation ainsi qu'à celui de l'économie du traitement."

Elle a souligné que les rapports médicaux étaient nécessaires pour la méthode d'échantillonnage aléatoire stratifié qui permet de déterminer forfaitairement le montant soumis à la rétrocession, lorsque les erreurs de facturation apparaissent de manière récurrente dans un échantillon représentatif de factures contrôlées.

Elle a ajouté que son analyse était concentrée sur les positions tarifaires facturées. Ce contrôle de la conformité de la facturation avec TARMED n'était pas un contrôle de l'économicité selon l'art. 56 al. 1 LAMal, de sorte qu'il s'agissait d'une démarche analytique et non statistique.

Elle a établi un tableau des facturations pour chacune des trois périodes, de 2014 à 2017, pour 2018 et dès 2018, démontrant à quelle hauteur les prestations du défendeur devaient être réduites.

4. Une première convocation en vue d'une tentative de conciliation fixée au 1er octobre 2019, a été annulée sur demande des mandataires de TARIFSUISSE SA, et reportée finalement au 19 novembre 2019.

   A cette date, le Tribunal arbitral a constaté l'échec de la tentative obligatoire de conciliation.

   Par courrier du 31 janvier 2020 toutefois, le défendeur, indiquant que des pourparlers transactionnels avaient été engagés, a sollicité une suspension de la procédure. Le 2 mars 2020, TARIFSUISSE SA a acquiescé à la suspension.

   Le Tribunal arbitral a dès lors suspendu l'instruction de la procédure en application de l'art. 78a LPA le 11 mars 2020.

   Le 13 août 2020, TARIFSUISSE SA a informé le Tribunal arbitral que les pourparlers transactionnels n'avaient abouti à aucun accord extrajudiciaire.

   Le Tribunal arbitral a en conséquence repris l'instance le 19 août 2020.

   Les parties ont désigné leurs arbitres: les demanderesses, Monsieur B_____ le 6 janvier 2020, et le défendeur, Monsieur C_____, le 18 septembre 2020

5. Par mémoire de réponse du 18 septembre 2020, le défendeur a conclu, sur le plan procédural, au rejet de la demande de production de l'ensemble des rapports médicaux, subsidiairement, au rejet de la demande de production des rapports médicaux pour les factures établies entre le 1er août 2014 et le 9 août 2018 vu la péremption des prétentions et à ce qu'un délai de 60 jours lui soit accordé pour la production des rapports médicaux pour les factures entre le 10 août 2018 et 30 juin 2019, et, sub-subsidiairement enfin, que les rapports médicaux pour les factures du 1er août 2014 au 30 juin 2019 soient produits dans un délai de 60 jours. Il conclut, au fond, à l'irrecevabilité de la demande en restitution en raison de la péremption des créances pour les factures établies entre le 1er août 2014 et le 9 août 2018 et au

rejet de la demande pour les factures établies entre le 10 août 2018 et le 30 juin 2019.

Il précise d'emblée qu'il n'exerce pas en tant qu'indépendant, dès lors qu'il est salarié de la société D_____ SA à Genève. C'est cette société qui facture ses prestations, bien que le numéro RCC S1_____ soit bien le sien.

Il fait valoir que le délai de péremption commence à courir à la date de la préparation des données figurant sur la statistique-facturer (RSS) du centre de calcul de la base de données de SASIS, à savoir généralement à la mi-juillet de l'année qui suit l'année statistique analysée. Il considère ainsi que les prétentions en remboursement pour les factures du 1er août 2014 au 9 août 2018 sont périmées et donc irrecevables, à tout le moins rejetées.

S'agissant des factures portant sur la période du 10 août 2018 au 30 juin 2019, il affirme qu'il a appliqué de façon conforme le système de facturation TARMED, et répète qu'il n'y a pas eu de facturation « en bloc » ou en « chaînage », de sorte qu'aucun montant ne doit être rétrocédé à une quelconque assurance-maladie.

Il rappelle enfin qu'il n'est pas opposé à la transmission des rapports médicaux au médecin-conseil de TARIFSUISSE SA, mais qu'il souhaite que celui-ci ait la même spécialité et la même pratique que lui.

6. Dans sa réplique du 4 janvier 2021, les demanderesses ont déclaré maintenir leurs conclusions formulées dans leurs écritures du 9 août 2019. Elles acceptent toutefois que le délai de production des rapports médicaux soit de 60 jours au lieu de 10 jours.

7. Dans sa duplique du 19 avril 2021, le défendeur, se référant entièrement à sa réponse du 18 septembre 2020, a déclaré maintenir sa position.

8. Ces écritures ont été transmises à TARIFSUISSE SA, puis les parties ont été informées que la cause était gardée à juger sur la question de la péremption.

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. Il convient en l'espèce de déterminer préalablement si le défendeur a 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).

c. Celui-ci a en effet précisé qu'il n'exerçait pas son activité de médecin en tant qu'indépendant, mais qu'il était salarié de la société D_____ SA à Genève, laquelle facturait ses prestations. Il y a toutefois lieu de constater que le numéro RCC avec lequel il a facturé les prestations concernées est bien le sien, ce qu'il ne conteste du reste pas, et pas celui de la société anonyme qui l'emploie. Or, un numéro RCC ne peut pas être cédé (ch. 2.8 des conditions générales du registre de SASIS AG). Il est en outre intéressant de relever qu'il est administrateur, avec signature individuelle, de la société D_____ SA, et qu'il est inscrit au registre d'identification des entreprises du fait de son statut d'indépendant.

La qualité de fournisseur de prestations du défendeur est ainsi admise.

d. Les demanderesses, quant à elles, entrent dans la catégorie des assureurs au sens de la LAMal.

e. La compétence du Tribunal arbitral du canton de Genève est également acquise ratione loci, dans la mesure où le cabinet du défendeur est installé à Genève à titre permanent.

f. La présidente du Tribunal de céans a constaté, lors de l'audience du 19 août 2020, l'échec de la tentative obligatoire de conciliation, et des arbitres ont été désignés. Le Tribunal a alors été constitué.

g. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est en conséquence établie.

2. La demande de TARIFSUISSE SA 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), de sorte qu'elle est recevable.

3. Le litige porte sur la conformité de la facturation du défendeur à la structure tarifaire TARMED.

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 tenu de restituer les sommes reçues à tort au sens de cette loi. Cette disposition a pour but de protéger la communauté des assurés de l'utilisation abusive de prestations. Elle fonde une obligation de droit public de respecter l'économicité de traitement et concerne la pratique diagnostique et thérapeutique globale des fournisseurs de prestations. Ils sont tenus d'apporter toute leur diligence pour éviter de procéder à des prestations inutiles ou d'en ordonner (Gebhard EUGSTER, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Krankenversicherung, ch. 267).

L'art. 56 al. 2 2ème phrase LAMal n'est pas applicable uniquement aux cas de restitution à raison d'un traitement non économique, mais également par analogie aux autres situations où des prestations ont été touchées de manière indue (arrêt du Tribunal fédéral 9C_571/2019 du 23 juillet 2020 consid. 2.2; 9C_258/2010 du 30 novembre 2011, consid. 5.4).

Un cas de polypragmasie est réalisé aussi lorsque le fournisseur de prestations facture des montants qui excèdent ceux des traitements plus économiques qu'il aurait pu dispenser, ou que des positions tarifaires sont elles-mêmes cumulées de façon prohibée, car les prestations ne sont ainsi plus limitées à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement (arrêt du Tribunal fédéral 9C_21/2016 du 17 novembre 2016 consid. 6.2).

Il sied en principe de distinguer du contrôle de l'économicité le contrôle des factures, qui consiste à examiner si les différentes positions de la note d'honoraires correspondent aux conventions tarifaires et aux conditions légales, auxquelles le remboursement de certains traitements est soumis (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 108/1 et 118/1 du 15 juillet 2003 consid. 3b). Le contrôle des factures peut toutefois aussi comprendre des éléments de contrôle de l'économicité (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 124/03 du 16.6.04 consid. 6.2.1 ; ATAS 865/2015). Dans le contrôle de l'économicité, il s'agit d'examiner si le fournisseur de prestations a dépassé la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement (art. 56 al. 1 LAMal). Toutefois, la facturation de positions tarifaires plus chères que celles à disposition d'un coût inférieur ou le cumul prohibé de positions tarifaires peut également être considérée comme un dépassement de la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et ainsi constituer une polypragmasie (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 116/03 du 23 novembre 2004, consid. 4.2 avec réf. à Gebhard EUGSTER, Wirtschaftlichkeitskontrolle ambulanter ärztlicher Leistungen mit statistischen Methoden, 2003, p. 86 ch. 211).

5. Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Ce principe s'applique également aux procédures relatives au contrôle de l'économicité de la pratique médicale d'un médecin (arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 23/03 du 14 mai 2004 consid. 5). Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3; ATF 126 V 353 consid. 5b; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références).

6. a. Selon l'art. 56 al. 2 let. a LAMal, a qualité pour demander la restitution l'assuré ou l'assureur dans le système du tiers garant. Le Tribunal arbitral est en effet également compétent si le débiteur de la rémunération est l'assuré. En pareil cas, l'assureur représente l'assuré au procès à ses frais (art. 89 al. LAMal). Ont également qualité pour demander la restitution les assureurs dans le système du tiers-payant (art. 56 al. 2 let. b LAMal). Selon la jurisprudence en la matière, a qualité pour agir 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 (ATF 127 V 286 consid. 5d).

Néanmoins, la prétention en remboursement appartient à chaque assureur-maladie, raison pour laquelle il doit être mentionné dans la demande, ainsi que dans l'arrêt (RAMA 2003, p. 221). Lorsqu'un groupe d'assureurs introduit une demande collective, il ne peut dès lors réclamer que le montant que les membres de ce groupe ont payé. Il n'est pas habilité à exiger le remboursement d'un montant que d'autres assureurs, non représentés par ce groupe, ont pris en charge.

b. En l'espèce, il résulte des données du Datenpool Jahresdaten Geschäftsjahr 2014 à 2019 que les demanderesses ont remboursé des prestations au défendeur. Celui-ci ne le conteste pas. Il y a, partant, lieu de considérer qu'elles sont habilitées à demander l'intégralité de l'éventuel trop perçu (cf. pièces 6 et 7 chargé TARIFSUISSE SA).

7. L'art. 56 al. 2 LAMal règle l'obligation de restitution du fournisseur de prestations, tandis que l'art. 25 LPGA a trait à l'obligation de restitution de l'assuré ou d'un tiers (Gebhard EUGSTER, Krankenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], soziale Sicherheit, 2016, ch. 919 p. 686). Selon cette dernière disposition, les prestations indûment touchées doivent être restituées, à moins que l'intéressé ait été de bonne foi et que la restitution le mettrait dans une situation difficile.

   Néanmoins, le Tribunal fédéral a appliqué l'art. 25 LPGA dans un cas isolé aux prestations indûment touchées par un établissement hospitalier (ATF 133 V 582). Il n'en demeure pas moins que, selon la doctrine, cette disposition ne peut être directement appliquée aux prestations remboursées à tort à un fournisseur de prestations (Ueli KIESER, Kommentar ATSG, 2020, ad art. 25 p. 519 s. ch. 42 ss). Récemment, le Tribunal fédéral a confirmé que la base légale pour la restitution des prestations indûment perçues par des fournisseurs de prestations était l'art. 56 al. 2 LAMal, même si l'économicité de la pratique médicale n'était pas en cause (arrêt du Tribunal fédéral 9C_571/2019 du 23 juillet 2020 consid. 2.2). L'obligation de restitution est toutefois limitée par la protection de la bonne foi (arrêt précité consid. 5.5).

8. 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), selon le texte en vigueur jusqu'au 1er janvier 2021, 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_821/2012 du 12 avril 2013 consid. 4.2)).

   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.

Dès lors que le droit cantonal genevois prévoit une procédure de conciliation obligatoire, notre Haute Cour a considéré dans un arrêt récent (arrêt du Tribunal fédéral 9C_978/2016 du 12 décembre 2016 consid. 5.3) que cela permet au requérant de sauvegarder le délai de péremption, en saisissant l'autorité de conciliation, si bien qu'il n'y a pas lieu d'étendre la possibilité des créanciers de sauvegarder ce délai par un acte préalable, par lequel ils feraient valoir de manière appropriée leurs créances contre le fournisseur de prestations.

De jurisprudence constante, le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'assureur-maladie a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement des prestations (cf. art. 25 al. 2 LPGA). Le délai de péremption commence à courir au moment où la statistique des factureurs (RSS; Rechnungssteller-Statistik) de SANTESUISSE est portée à la connaissance des assureurs-maladie (ATF 103 V 145 consid. 4 p. 154; voir également les arrêts du Tribunal fédéral des assurances K 9/00 du 24 avril 2003 consid. 2.2.1, in RAMA 2003 n° KV 250 p. 218, et K 144/97 du 16 février 2000 consid. 3, in SVR 2001 KV n° 19 p. 51). Pour préserver le délai, il suffit de déposer une demande devant l'autorité de conciliation prévue par le droit cantonal ou les conventions tarifaires, ou devant le Tribunal arbitral cantonal au sens de l'art. 89 al. 1 LAMal. Si la demande de restitution a été formulée dans les délais, la péremption est définitivement exclue (arrêt K 9/00 du 24 avril 2003 consid. 2.1, in RAMA 2003 n° KV 250 p. 218).

9. a. En l'espèce, le défendeur allègue que le délai de péremption commence à courir au moment où les statistiques de facturation sont portées à la connaissance des assureurs-maladie, quelle que soit la méthode sur laquelle se fonde la remise en cause du caractère économique des prestations dispensées, soit généralement à la mi-juillet de l'année qui suit l'année statistique analysée, raison pour laquelle les prétentions des assureurs en remboursement des factures du 1er août 2014 au 9 août 2018 sont périmées.

b. Les demanderesses rappellent quant à elles que le contrôle de la conformité de la facturation du défendeur à la structure tarifaire TARMED - qui constitue une approche analytique - ne doit pas être confondu avec l'évaluation d'économicité. Aussi considèrent-elles que le délai de péremption de l'art. 25 al. 2 LPGA n'a en l'espèce pas encore commencé à courir puisque le défendeur n'a pas produit les rapports qui lui ont pourtant été demandés à plusieurs reprises et qui sont nécessaires à la vérification de la conformité de sa facturation à la structure tarifaire TARMED.

c. Il est vrai que le défendeur n'a pas accédé aux demandes de TARIFSUISSE SA de fournir au médecin-conseil des demanderesses les rapports médicaux relatifs aux factures que celles-ci souhaitaient contrôler, de sorte qu'elles étaient dans l'impossibilité d'établir précisément les faits et leurs prétentions en restitution.

Il importe à cet égard de rappeler que la production des rapports médicaux constitue une obligation légale selon l'art. 42 al. 3 et 4 LAMal. Il n'est pas contestable que les demanderesses doivent disposer de ces documents afin de pouvoir vérifier que le défendeur a facturé ses prestations conformément au système TARMED. Seul l'examen des rapports médicaux leur permet de déterminer le mécanisme de facturation du défendeur.

d. Il convient toutefois de constater que rien n'empêche les assureurs-maladie de déposer, dans un premier temps, auprès du Tribunal arbitral, une demande réclamant au fournisseur de prestations la restitution d'un montant qu'ils considèrent lui avoir versé à tort en raison d'une mauvaise application de sa part du système de facturation TARMED, puis, de venir, dans un second temps, préciser ce montant.

Les assureurs-maladie sont en effet en mesure de constater, au moment du traitement des factures déjà, s'il y a cumul prohibé de positions tarifaires. L'analyse des factures peut les conduire à soupçonner qu'une facturation « en chaîne » est effectuée. Ils sont alors ainsi à même de connaitre les motifs sur lesquels fonder une demande en restitution, soit la durée des consultations et une hypothétique facturation "en bloc".

Les demanderesses ont du reste saisi le Tribunal de céans le 9 août 2019 sans avoir encore pu prendre connaissance des rapports médicaux, mais en se réservant expressément le droit de modifier leurs conclusions en fonction du résultat de l'instruction.

e. Il importe également de relever que, dans un arrêt du 17 novembre 2016 (9C_21/2016), le Tribunal fédéral a précisément traité le cas d'un fournisseur de prestations qui reprochait à la juridiction arbitrale d'avoir fait partir le délai de péremption d'un an depuis la publication des statistiques de SANTESUISSE, au lieu de tenir compte du moment où les factures avaient été traitées par les assureurs-maladie. C'était pourtant bien à ce moment-là, selon lui, que ceux-ci, faisant preuve de toute l'attention que l'on pouvait exiger d'eux, auraient dû découvrir les erreurs de facturation car ils disposaient alors de toutes les circonstances déterminantes leur permettant de réclamer le trop-perçu. Le fournisseur de prestations se référait notamment à l'arrêt K 116/03 du 23 novembre 2004, consid. 4.2 - lequel distinguait le contrôle de l'économicité, d'une part, du contrôle des factures, d'autre part - et faisait valoir que dans un cas de polypragmasie, l'élément déclencheur du départ du délai de péremption était la publication des statistiques de SANTESUISSE qui servent de comparatif pour évaluer l'activité économique d'un prestataire de service. L'analyse des statistiques était en revanche inutile lors d'un cumul prohibé de positions tarifaires par exemple.

Dans cet arrêt du 17 novembre 2016, le Tribunal fédéral, après avoir rappelé qu'un cas de polypragmasie est également réalisé lorsque le fournisseur de prestations facture des montants qui excèdent des traitements plus économiques qu'il aurait pu dispenser, ou que des positions tarifaires sont elles-mêmes cumulées de façon prohibée car les prestations ne sont ainsi plus limitées à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement (art. 56 al. 1 LAMal ; arrêt K 116/03, consid. 4.2), a jugé, contrairement à l'opinion du fournisseur de prestations recourant et à son interprétation de l'arrêt K 116/03 précité, que le point de départ du délai de péremption d'un an devait être fixé selon le moment où les statistiques des factureurs de SANTESUISSE sont portées à la connaissance des assureurs-maladie (arrêt 9C_821/2012, consid. 4.2), quelle que soit la méthode - statistique ou analytique - sur laquelle se fonde la remise en cause du caractère économique des prestations dispensées (arrêts K 116/03, consid. 4.4 et K 39/95, consid. 5g).

f. Il se justifie en conséquence de fixer le point de départ du délai de péremption d'un an à la date à laquelle les statistiques ont été portées à la connaissance des assureurs-maladie. Les demanderesses ont en l'espèce pris connaissance des statistiques de SANTESUISSE au plus tôt le 15 juillet de l'année qui suit l'année statistique analysée, soit à la date de la préparation des données figurant sur ces statistiques. La demande ayant été déposée le 9 août 2019, il y a ainsi lieu de constater que le délai légal d'une année est dépassé s'agissant des prétentions en remboursement relatives aux factures établies entre le 1er août 2014 et le 9 août 2018.

10. a. Reste toutefois à examiner si le délai de prescription plus long du droit pénal devrait en l'espèce être pris en considération, l'art. 25 al. 2 LPGA stipulant que "si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est déterminant".

Lorsqu'il statue sur la créance de l'institution d'assurance en restitution de prestations indûment versées, le juge doit examiner, à titre préjudiciel, si les circonstances correspondant à une infraction pénale sont réunies et, partant, si un délai de péremption plus long que les délais relatifs et absolus prévus par l'art. 25 al. 2 LPGA est applicable dans le cas particulier. Pour que le délai de péremption plus long prévu par le droit pénal s'applique, il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'infraction ait été condamné (ATF 118 V 193 consid. 4a p. 197; voir également arrêt 8C_592/2007 du 20 août 2008 consid. 5.3 et les références). Si la créance naît d'un acte punissable pour lequel le droit pénal prévoit un délai plus long, celui-ci est déterminant (art. 25 al. 2, 2ème phrase, LPGA). En l'occurrence, conformément à l'art. 97 al. 1 let. d CP, le délai de prescription de l'action pénale pour les infractions telles que celles décrites aux art. 92 let. b LAMal et 148a CP, soit des délits, est de sept ans (cf. arrêt K 70/06 du 30 juillet 2007 consid. 6.6, non publié in: ATF 133 V 579, s'agissant de l'art. 92 LAMal).

b. Ce sont principalement les infractions réprimées aux art. 146, 148a et 251 CP, ainsi qu'à l'art. 92 LAMal, qui entrent en considération au titre d'infractions pouvant impliquer l'application d'un délai de péremption plus long.

Aux termes du nouvel art. 148a CP, entré en vigueur le 1er octobre 2016,

"1 Quiconque, par des déclarations fausses ou incomplètes, en passant des faits sous silence ou de toute autre façon, induit une personne en erreur ou la conforte dans son erreur, et obtient de la sorte pour lui-même ou pour un tiers des prestations indues d'une assurance sociale ou de l'aide sociale, est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire.

2 Dans les cas de peu de gravité, la peine est l'amende."

Selon l'art. 146 CP, celui qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura astucieusement induit en erreur une personne par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais ou l'aura astucieusement confortée dans son erreur et aura de la sorte déterminé la victime à des actes préjudiciables à ses intérêts pécuniaires ou à ceux d'un tiers sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

L'art 148a CP réprime l'obtention illicite de prestations d'une assurance sociale ou de l'aide sociale. Il ne pose pas l'astuce comme condition. Ainsi lorsque l'auteur induit autrui en erreur ou le conforte dans son erreur, l'art. 148a CP est applicable. S'il trompe quelqu'un astucieusement, c'est l'escroquerie au sens de l'art. 146 CP qui est réalisée.

L'astuce au sens de l'art. 146 CP est réalisée, lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges, à des manœuvres frauduleuses ou à une mise en scène, mais aussi lorsqu'il donne simplement de fausses informations, si leur vérification n'est pas possible, ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée, de même que si l'auteur dissuade la dupe de vérifier ou prévoit, en fonction des circonstances, qu'elle renoncera à le faire en raison d'un rapport de confiance particulier (ATF 133 IV 256 consid. 4.4.3; ATF 128 IV 18 consid. 3a). L'astuce n'est toutefois pas réalisée si la dupe pouvait se protéger avec un minimum d'attention ou éviter l'erreur avec le minimum de prudence que l'on pouvait attendre d'elle. Il n'est cependant pas nécessaire qu'elle ait fait preuve de la plus grande diligence ou qu'elle ait recouru à toutes les mesures possibles pour éviter d'être trompée. L'astuce n'est exclue que si elle n'a pas procédé aux vérifications élémentaires que l'on pouvait attendre d'elle au vu des circonstances. Une coresponsabilité de la dupe n'exclut toutefois l'astuce que dans des cas exceptionnels (ATF 135 IV 76 consid. 5.2).

L'art. 251 CP dispose que :

1. Celui qui, dans le dessein de porter atteinte aux intérêts pécuniaires ou aux droits d'autrui, ou de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, aura créé un titre faux, falsifié un titre, abusé de la signature ou de la marque à la main réelles

d'autrui pour fabriquer un titre supposé, ou constaté ou fait constater faussement, dans un titre, un fait ayant une portée juridique, ou aura, pour tromper autrui, fait usage d'un tel titre, sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2. Dans les cas de très peu de gravité, le juge pourra prononcer une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire.

L'art. 92 LAMal enfin prévoit que :

"est puni d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus, à moins qu'il ne s'agisse d'un crime ou d'un délit passible d'une peine plus lourde prévue par le code pénal, quiconque:

a. se dérobe, partiellement ou totalement, à l'obligation de s'assurer, par des indications fausses ou incomplètes ou de toute autre manière;

b. obtient pour lui-même ou pour autrui, sur la base de la présente loi, une prestation qui ne lui revient pas, par des indications fausses ou incomplètes ou de toute autre manière".

Il y a lieu de constater que le délai de prescription de l'action pénale pour une infraction aux art. 148a et 251 CP, ainsi qu'à l'art. 92 LAMal, est de sept ans, et celui de l'infraction visée à l'art. 146 al. 1 CP, de 15 ans (art. 97 al. 1 CP).

c. Selon la jurisprudence, il y a faux dans les titres lorsqu'un médecin établit une feuille de maladie ou une facture mensongère et fait valoir pour lui ou son patient des prestations auprès d'une caisse-maladie, dès lors que ces documents émanent d'un professionnel qui bénéficie d'une position privilégiée et jouit de ce fait d'une confiance particulière (ATF 117 IV 165 consid. 4 p. 169 s; 103 IV 178 consid. 2c p. 184; ATF 6S.491/1999 du 23 septembre 1999 consid. 7; ATF 6S.22/2007 du 4 mai 2007 consid. 9.2 ; 6B 589/2009). Si, avant de régler ces factures, l'assureur procède à un certain contrôle, sa vérification reste cependant limitée, dès lors qu'il se fie en principe aux indications du fournisseur de soins. La facture est propre à établir, à l'égard de l'assureur, l'exactitude des indications qui y figurent et la réalité des prestations comptabilisées. Ainsi, en raison de la situation particulière du médecin, qui bénéficie d'une position privilégiée et jouit de ce fait d'une confiance particulière, et du pouvoir de vérification relativement limité des assureurs, les factures litigieuses revêtent une valeur probante accrue. La seule production des factures, lesquelles constituent des faux intellectuels, dans le but avéré de procurer un avantage illicite au recourant, suffit à fonder sa condamnation pour faux dans les titres au sens de l'art. 251 CP. Par conséquent, même si l'on voulait admettre que les protocoles opératoires qualifiés de faux intellectuels ne puissent être considérés comme tels, cette circonstance ne pourrait avoir d'incidence que sur la quotité de la peine. Or, cette incidence serait insignifiante et ne justifierait aucune réduction de la sanction au vu de la culpabilité de l'intéressé résultant de l'ensemble des infractions commises et de la sanction finalement légère qui lui a été infligée.

Dans un cas traité par le TF dans un arrêt du 14 septembre 2009 (6B 589/09), le recourant avait facturé aux caisses-maladie, à plus de 100 reprises, des assistances opératoires, alors que celles-ci n'avaient pas été effectuées et n'avaient dès lors pas à être comptabilisées. Ce faisant, il avait induit les assureurs en erreur par des affirmations fallacieuses.

Dans un arrêt plus récent rendu le 17 octobre 2017 (6B_50/2017), le TF a rappelé que commet une escroquerie (146 CP) et un faux dans les titres (251 CP), le médecin qui utilise faussement le code TARMED dans ses factures afin d'en justifier le remboursement par l'assurance obligatoire des soins. Cette tromperie devait être qualifiée d'astucieuse, dès lors qu'il agit en sa qualité de médecin, à savoir un professionnel occupant une position privilégiée et jouissant de ce fait d'une confiance particulière. En adressant ses factures à plusieurs caisses-maladie, il a escompté qu'elles ne procéderaient pas à des vérifications détaillées, difficiles et onéreuses, ce qui avait permis à ses patients d'obtenir indûment durant plusieurs années des remboursements et de se procurer, ou de procurer à ses patients, un enrichissement illégitime.

Le point de savoir quelles sont les limites du devoir de vérification des caisses-maladie dans le cadre de l'assurance de base a déjà été abordé par la jurisprudence. Il a ainsi été considéré que, si la LAMal impose aux assureurs d'examiner les factures qui leur sont soumises pour déterminer en particulier le caractère économique des prestations, ce devoir de vérification n'est pas illimité (arrêt 6S.22/2007 du 4 mai 2007 consid. 9.2). Il est en effet extrêmement délicat pour les caisses de vérifier et encore plus de contester la pertinence de la facturation de chacune des consultations.

Enfin, la note d'honoraires d'un médecin destinée à la caisse maladie peut constituer un faux dans les titres intellectuels et être, partant, réprimée par l'art. 251 CP (ATF 9C_322/18).

Cette disposition vise non seulement un titre faux ou la falsification d'un titre (faux matériel), mais aussi un titre mensonger (faux intellectuel). Il y a faux matériel lorsque l'auteur réel ne coïncide pas avec l'auteur apparent, alors que le faut intellectuel vise un titre qui émane de son auteur apparent, mais qui est mensonger dans la mesure où son contenu ne correspond pas à la réalité (ATF 126 IV 65 consid. 2a p. 67).

Un simple mensonge écrit ne constitue pas un faux intellectuel punissable. La confiance que l'on peut avoir à ne pas être trompé sur la personne de l'auteur est plus grande que celle que l'on peut avoir à ce que l'auteur ne mente pas par écrit. Pour cette raison, même si l'on se trouve en présence d'un titre, il est nécessaire, pour que le mensonge soit punissable comme faux intellectuel, que le document ait une valeur probante plus grande dans l'hypothèse d'un faux matériel. Sa crédibilité doit être accrue et son destinataire doit pouvoir s'y fier raisonnablement. Une simple allégation, par nature sujette à vérification ou discussion, ne suffit pas. Il

doit résulter des circonstances concrètes ou de la loi que le document est digne de confiance, de telle sorte qu'une vérification par le destinataire n'est pas nécessaire et ne saurait être exigée. Tel est le cas lorsque certaines assurances objectives garantissent aux tiers la véracité de la déclaration. Il peut s'agir, par exemple, d'un devoir de vérification qui incombe à l'auteur du document ou encore de l'existence de dispositions légales comme les art. 958 ss CO relatifs au bilan, qui définissent le contenu du document en question. En revanche, le simple fait que l'expérience montre que certains écrits jouissent d'une crédibilité particulière ne suffit pas, même si dans la pratique des affaires il est admis que l'on se fie à de tels documents. Il faut noter, enfin, que la limite entre le mensonge écrit et le faux intellectuel dans les titres doit être fixée de cas en cas en fonction des circonstances concrètes de l'espèce (ATF 126 IV 65 consid. 2a p. 67 s ; ATF 125 IV 273 consid. 3a p. 276 ss ; TF, arrêt du 14 septembre 2009 6B_589/2009 consid. 2.1.1).

Une facture mensongère, munie d'une quittance, n'est pas dotée, de par la loi, d'une garantie objective suffisante pour nécessairement constituer un faux intellectuel dans les titres. Il faut encore examiner si un tel document ne possède pas, selon les circonstances, une valeur de preuve accrue, notamment en raison de la personne qui l'a établi (ATF 121 IV 131 consid. 2c p. 135 ss ; ATF 6S_37/2007 du 19 avril 2007 consid. 8.2.2). Celle-ci doit être dans une position analogue à celle d'un garant (ATF 120 IV 25 consid. f p. 29). Selon le Tribunal fédéral, il y a faux dans les titres lorsqu'un médecin établit une feuille de maladie ou une facture mensongère et fait valoir pour lui ou son patient des prestations auprès d'une caisse-maladie, dès lors que ces documents émanent d'un professionnel qui bénéficie d'une position privilégiée et jouit de ce fait d'une confiance particulière (ATF 117 IV 165 consid. 4 p. 169 s ; ATF 103 IV 178 consid. 2c p. 184 ; ATF 6S_491/1999 du 23 septembre 1999 consid. 7 ; ATF 6S_22/2007 du 4 mai 2007 consid. 9.2 ; TF, arrêt du 14 septembre 2009 6B_589/2009 consid. 2.1.1).

11. En l'espèce, les demanderesses considèrent qu'elles ont respecté le délai de prescription plus long du droit pénal de 15 ans, respectivement de 7 ans depuis le versement des prestations, par le dépôt de leur demande du 9 août 2019. Elles citent expressément un arrêt rendu par le Tribunal correctionnel de l'Est vaudois le 31 août 2020 condamnant un médecin notamment pour faux dans les titres en raison d'une facturation indue aux assurances maladie. Elles font ainsi valoir que le délai de prescription plus long de l'action pénale en relation avec l'art. 92 al. 1 let. b LAMal (obtention illicite d'une prestation fondée sur la LAMal par des indications fausses ou incomplètes ou de toute autre manière) s'applique, certaines factures du défendeur pouvant constituer des faux dans les titres.

    Le défendeur le conteste. Il soutient que les notes d'honoraires qu'il a adressées aux assurances maladie ne sont en aucun cas des faux dans les titres intellectuels qui constateraient faussement un fait le rendant ainsi mensonger. Son comportement n'est en aucun cas constitutif des infractions pénales réprimées à l'art. 92 LAMal.

Il rappelle à cet égard qu'il a proposé à plusieurs reprises de mandater, avec l'accord de TARIFSUISSE SA, un cardiologue afin de réaliser une expertise de l'ensemble des rapports médicaux relatifs aux factures produites. Il n'aurait pas soumis une telle proposition s'il avait eu une quelconque faute à se reprocher.

Il considère que la référence à l'arrêt vaudois du 31 août 2020 n'est pas pertinente, dans la mesure où elle concerne un médecin qui avait facturé des prestations sans les exécuter réellement, ce qui n'est précisément pas son cas, puisqu'il a effectué toutes les prestations facturées.

12. a. Il s'agit d'examiner si les conditions de l'une des dispositions légales pénales susmentionnées, et plus particulièrement celles de l'art. 251 CP, sont en l'espèce réalisées.

Les demanderesses reprochent plus particulièrement au défendeur un temps de consultation de base exagérément long et une facturation selon un schéma tarifaire quasi forfaitaire (« chaînage ») sans utiliser les positions tarifaires adéquates existantes. Elles considèrent que le défendeur fait une mauvaise application du système de facturation TARMED.

Le défendeur allègue, au fond, qu'il a au contraire appliqué de façon conforme le système de facturation TARMED, et affirme qu'il n'y a pas eu de facturation « en bloc » ou en « chaînage ».

Il y a lieu de constater, à ce stade, que pour déterminer si la facturation établie par le défendeur correspond ou non aux exigences du TARMED, le Tribunal de céans doit procéder à l'examen du dossier au fond, examen prématuré en l'état, dans la mesure où aucun rapport médical relatif aux factures litigieuses n'a été produit.

b. Les demanderesses font encore valoir que le défendeur semblant continuer à facturer ses prestations « en bloc », par analogie aux cas de délit continu du droit pénal, le délai de prescription/péremption ne peut commencer à courir qu'à partir de la commission de la dernière infraction (FAVRE/PELLET/STUDMANN code pénal annoté art. 98 N. 1.10).

En cas de délit continu ou continué en effet, la prescription commence à courir dès la commission du dernier acte illicite (ATF 92 II 1, 81 II 439 = JT 1956 I 61 ; ATF 107 II 134 = JT 1982 I 464) ou dès la fin du comportement coupable en cas de délit par omission (ATF 112 III 172 = JT 1986 I 574), et indépendamment de la connaissance qu'a le créancier de l'existence de son droit, voire sans égard à la naissance de celui-ci (ATF 106 II 134, 126 II 145 = JT 2003 I 70 ; ATF 127 III 257 = JT 2002 I 249 ; SJ 2002 I 113 ; ATAS 135/2019 ; FAVRE / PELLET / STUDMANN code pénal annoté art. 98 N. 1.10).

La question consistant à déterminer si le délai prévu à l'art. 25 al. 2 LPGA ne commence à courir qu'au moment où la dernière facturation "en bloc" a été établie, par analogie aux cas de délit continu du droit pénal, ne peut pas non plus être

tranchée à ce stade de la procédure, dès lors qu'il n'est pas établi à ce stade que tel soit effectivement le cas ou non.

13. a. Force est de constater, au vu de ce qui précède, qu'il s'avère prématuré de se prononcer sur le point de savoir si le délai de péremption de plus longue durée prévu par le droit pénal (art. 97 CP) est ou non applicable.

On ne peut dès lors que réserver cette question. Celle-ci ne sera traitée que lors du jugement qui sera rendu au fond dans la présente cause.

b. Il se justifie, partant, d'ordonner l'apport des rapports médicaux relatifs à toutes les factures établies entre le 14 août 2014 et le 30 juin 2019. On ne saurait en faire l'économie.

Le Tribunal de céans prend acte de ce que le défendeur a déclaré, dans ses écritures du 18 septembre 2020, ne pas y être opposé, mais souhaiter que le médecin-conseil de TARIFSUISSE, auquel les rapports seraient transmis, ait la même spécialité et la même pratique que lui.

Cette exigence toutefois apparait inutile, dans la mesure où le médecin-conseil ne se voit précisément pas confier un mandat d'expert.

Le Tribunal de céans ordonnera en conséquence la production par le défendeur des rapports médicaux concernés dans un délai de 60 jours à compter de l'entrée en force du présent arrêt.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ARBITRAL DES ASSURANCES:

Statuant

À la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. Constate que le délai légal d'une année est dépassé s'agissant des prétentions en remboursement relatives aux factures établies entre le 1er août 2014 et le 9 août 2018.
3. Réserve l'examen de la question de savoir si le délai plus long du droit pénal s'applique.
4. Ordonne l'apport des rapports médicaux relatifs à toutes les factures transmises par le défendeur aux demanderesses entre le 14 août 2014 et le 30 juin 2019 dans un délai de 60 jours à compter de l'entrée en force du présent arrêt.
5. Réserve le fond.
6. 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
Adriana MALANGA	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