RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/481/2004 **ATAS/804/2005**

DECISION INCIDENTE

DU TRIBUNAL ARBITRAL DES ASSURANCES

Chambre 7

du 12 septembre 2005

En la cause

ASSURA Assurance maladie et accidents, AVANTIS, AVENIR Caisse-maladie, CMBB Caisse-maladie, CONCORDIA Assurance suisse de maladie et accidents, CSS Assurance, FONCTION PUBLIQUE VALAISANNE Caisse-maladie, FUTURA Caisse-maladie, X_____ Assurances SA, HERMES Caisse-maladie, HOTELA Caisse-maladie et accidents de la sté suisse des hôteliers, INTRAS Caisse-maladie, La Caisse Vaudoise, MUTUALITE ASSURANCES, MUTUELLE VALAISANNE Caisse-maladie, NATURA Gesundheitskasse, PANORAMA, PROVITA Assurance santé SA, SANITAS Assurance-maladie, SUPRA Caisse-maladie et accidents pour la Suisse, SWICA Organisation de santé, UNIVERSA Caisse-maladie, WINCARE Assurances, toutes représentées par SANTESUISSE, comparant par Me Mario-Dominique TORELLO, en l'Etude duquel elle élit domicile	requérants
contre	
Y_____SA, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître MODOIANU Gilda	intimée

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente ; Madame Jeanne-Louise BIELER et Monsieur Jean-Pierre DESJACQUES, arbitres

EN FAIT

1. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), les interventions de chirurgie ambulatoire pratiquées à Genève étaient essentiellement prises en charge par les assurances complémentaires.

2. En 1997, l'ASSOCIATION DES CLINIQUES PRIVEES DE GENEVE (ACPG) et la FEDERATION GENEVOISE DES ASSUREURS-MALADIE (FGAM) - que remplacera plus tard SANTESUISSE – ont initié des négociations en vue de fixer un tarif pour les traitements et interventions de chirurgie ambulatoire pratiqués par les cliniques privées à charge de l'assurance obligatoire des soins.

3. Dans l'attente du résultat des négociations, un protocole provisoire a été convenu le 24 mars 1997. Ainsi, du 1er mars au 31 décembre 1997, ce type d'intervention a été rémunéré sur la base d'un tarif provisoire.

4. Par avenant du 19 décembre 1997, cet accord a été prolongé jusqu'à la fin de l'année 1998, mais seule une partie des membres de la FGAM y a adhéré.

5. Le 12 octobre 1999, devant l'échec des négociations avec l'ACPG, la FGAM a demandé au Conseil d'Etat de la République et canton de Genève d'établir un tarif cadre.

6. Le 26 juillet 2000, le Conseil d'Etat a adopté un règlement dont l'entrée en vigueur a été fixée, rétroactivement, au 1er janvier 2000 (ci-après : le règlement ; RSGE J 3 05.14, Feuille d'avis officielle [FAO] du 2 août 2000). Ce règlement fixait le tarif des traitements ambulatoires et interventions de chirurgie ambulatoire pratiqués dans les cliniques privées à charge de l'assurance obligatoire des soins. Etaient définies comme telles toutes les interventions pratiquées sur des patients qui peuvent retourner chez eux le même jour ou après une nuitée, mais pas plus de 24h. après leur admission au sein d'une clinique (art. 2 al. 2 du règlement). Les traitements et interventions avaient été regroupés en 30 forfaits, n'englobant pas le matériel lorsque c'était spécifié (art. 3 al. 1 du règlement). Les prestations ne figurant pas dans cette liste des forfaits étaient taxées sur la base du Catalogue des prestations hospitalières (CPH) avec valeur du point de Fr. 4.10 (salle d'opération, lit et surveillance). Le matériel était facturé en sus (art. 3 al. 2 du règlement). Les honoraires médicaux étaient pour leur part taxés selon le règlement fixant le tarif-cadre des prestations médicales pour soins ambulatoires aux assurés des caisses maladie (RSGE J 3 05.12, art. 3 al. 3 du règlement). Ce règlement devait s'appliquer jusqu'à l'entrée en vigueur de TarMed.

7. Le 7 septembre 2000, la FGAM a interjeté recours contre ce règlement auprès du Conseil fédéral. Elle ne remettait pas en cause le principe des forfaits mais en contestait le montant et concluait principalement à l'annulation de l'art. 3 al. 1 et au prononcé de mesures provisionnelles.

8. L'ACPG et plusieurs cliniques privées ont également interjeté recours auprès du Conseil fédéral. Elles contestaient la valeur du point – dont elles demandaient qu'elle soit fixée à Fr. 4.95 au lieu de Fr. 4.10 – et l'application rétroactive du règlement au 1er janvier 2000.

9. L'instruction de ces recours a été confiée Département fédéral de justice et police (DFJP) qui, par décision incidente du 8 janvier 2001, a joint les causes et confirmé l'effet suspensif. A titre de mesures provisionnelles, le DFJP a décidé que, du 1er janvier 2000 jusqu'au moment de la décision au fond du Conseil fédéral, le règlement fixant le tarif cadre des prestations médicales pour soins ambulatoires du 3 juin 1981 restait applicable pour la facturation des honoraires médicaux et celle de toutes les prestations en cause, exceptées la salle d'opération, l'utilisation du lit et la surveillance post-opératoire, lesquelles seraient facturées selon le CPH avec une valeur de point de Fr. 4.95 hors matériel. Il a été précisé qu'au cas où le Conseil fédéral devait décider d'un prix inférieur avec effet au 1er janvier 2000, les assureurs ou les assurés seraient en droit d'exiger de la part des cliniques le remboursement de la différence de tarif (pièce 4 req.).

10. Par décision du 7 mars 2003, le Conseil fédéral a admis le recours de la FGAM et rejeté celui de l'ACPG : l'art. 3 al. 1 du règlement du 26 juillet 2000 a été annulé et il a été ordonné que les traitements ambulatoires et interventions de chirurgie ambulatoire soient remboursés en application du CPH, la valeur du point étant fixée à Fr. 4.10 s'agissant des prestations médicales, le matériel étant facturé en sus (pièce 5 req).

11. Suite à cette décision, le Conseil d'Etat genevois a modifié le règlement litigieux en date du 7 mai 2003. Il a annulé l'art. 3 al. 1 (dont il est rappelé qu'il prévoyait que les traitements et interventions étaient regroupés en 30 forfaits, n'englobant pas le matériel lorsque c'était spécifié) et modifié son alinéa 2 en ces termes :

    « S'agissant des traitements ambulatoires et des prestations de chirurgie ambulatoire, le CPH est pris comme base de tarification avec une valeur de point fixée à Fr. 4.10 pour ce qui concerne la salle d'opération, l'utilisation du lit ainsi que la surveillance postopératoire. Le matériel utilisé lors de l'intervention est facturé en sus. » (FAO du 7 mai 2003 : pièce 6 req.).

    L'art. 2 al. 2, définissant les prestations tombant sous le coup de la réglementation tarifaire, a été abrogé.

    Ces modifications sont entrées en vigueur, de manière rétroactive, au 1er janvier 2000.

12. Le 13 juin 2003, SANTESUISSE – qui avait entre-temps remplacé la FGAM - a formé une requête en interprétation de sa décision auprès du Conseil fédéral (pièce 1 déf.).

13. Le même jour, elle a également interjeté recours contre la modification du règlement en cause, demandant l'annulation du 2ème alinéa de l'art. 3 du nouveau règlement cantonal et l'ajout dans le règlement d'une disposition précisant que les prestations anciennement énumérées à l'art. 3 al. 1 « doivent être rémunérées en application du CPH, la valeur du point étant fixée à Fr. 4.10 s'agissant des prestations médicales. » (pièce 7 req.)

14. Par décision incidente du 4 août 2003, le DFJP a retiré l'effet suspensif au recours de SANTESUISSE s'agissant de l'art. 1 du règlement du 7 mai 2003. Il l'a en revanche confirmé s'agissant de l'art. 2, en précisant que la revendication rétroactive était réservée. Par ailleurs, il a suspendu pour la durée de la procédure l'application du considérant 11.9.3 de la 1ère décision du Conseil fédéral. Ce dernier y rappelait que les ayants droit pourraient revendiquer la différence entre, d'une part, le tarif fixé dans la décision et, d'autre part, celui effectivement appliqué par les partenaire à partir du 1er janvier 2000. Le DFJP a souligné qu'il y avait également lieu de surseoir au traitement des éventuelles demandes de remboursement en cours afin d'éviter de multiples rectifications (pièce 7 req.).

15. Par décision du 26 septembre 2003, le Conseil fédéral a rejeté la demande d'interprétation.

16. Le 8 mars 2004, les caisses-maladies ASSURA, AVANTIS, AVENIR, CMBB, CONCORDIA, CSS, FONCTION PUBLIQUE VALAISANNE, FUTURA, X_____ SA, HERMES, HOTELA, INTRAS, LA CAISSE VAUDOISE, MUTUALITE ASSURANCES, MUTUELLE VALAISANNE, NATURA, PANORMAL, PROVITA, SANITAS, SUPRA, SWICA, UNIVERSA et WINCARE, toutes représentées par SANTESUISSE, ont saisi le Tribunal arbitral des assurances d'une requête visant à condamner LA Y_____SA (ci-après : la clinique) au paiement des sommes de Fr. 916'175.41 plus intérêts à 5% dès le 8 mars 2004, avec suite de frais et dépens, à répartir entre elles comme suit :

ASSURA :	114'730.05
AVANTIS :	751.21
AVENIR :	35'018.31
CMBB :	16'762.51
CONCORDIA :	55'150.65
CSS :	146'472.35
FONCTION PUBLIQUE VALAISANNE :	2'830.50
FUTURA :	69'095.30
X_____ SA :	83'931.--
HERMES :	5'939.70
HOTELA :	848.15
INTRAS :	111'002.55
LA CAISSE VAUDOISE :	32'692.96
MUTUALITE ASSURANCES :	8'222.49

MUTUELLE VALAISANNE :	145'396.56
NATURA :	6'285.97
PANORAMA :	643.21
PROVITA :	7'445.--
SANITAS :	8'932.--
SUPRA :	43'458.98
SWICA :	5'072.75
UNIVERSA :	12'244.86
WINCARE :	3'248.35

SANTESUISSE justifie les montants réclamés d'une part, par le fait que du matériel et des médicaments auraient été facturés à tort lors de traitements et opérations ambulatoires et, d'autre part, par le fait qu'une valeur de point de Fr. 4.95 au lieu de Fr. 4.10 a été appliquée lors des traitements ambulatoires. Elle fait valoir que depuis le 1er janvier 2000, la clinique a facturé les traitements et interventions de chirurgie ambulatoire à un tarif excessif et réclame le trop-perçu. S'agissant du matériel et des médicaments, elle allègue qu'une partie a été facturée à double, dans la mesure où ils ont été réclamés en plus de la taxe de base « salle d'opération » selon position 3061.11 du CPH, laquelle comprend déjà certains médicaments et matériel. Par ailleurs, suite à la décision incidente du DFJP du 8 janvier 2001, la clinique a établi ses factures – à titre provisoire – sur le règlement du 3 juin 1981 et les prestations telles que salle d'opération, lit et surveillance postopératoire ont été facturées selon le CPH selon une valeur de point de Fr. 4.95. Parfois même, le tarif a été appliqué de manière erronée et des factures concernant des prestations médico-techniques non facturables ont été établies. SANTESUISSE invoque la décision du Conseil fédéral du 7 mars 2003 et réclame l'application d'une valeur de point de Fr. 4.10 pour les interventions, la mise à disposition de salle d'opération et de lit et la surveillance postopératoire.

SANTESUISSE explique d'une part que la méthode de calcul adoptée par les différentes assurances qu'elle représente n'est pas toujours identique et, d'autre part, qu'elle s'est trouvée dans l'obligation de déposer sa requête pour sauvegarder ses droits. Elle a sollicité la possibilité d'amplifier ou de réduire ses conclusions une fois connue la décision du Conseil fédéral sur son recours.

17. Par décision du 12 mars 2004, le Conseil fédéral a rejeté le recours de SANTESUISSE. Le Conseil fédéral a constaté que le règlement différait de sa décision du 7 mars 2003 de par l'abrogation de l'art. 2 al. 2 du règlement J 0 05.14 et de par l'exclusion du ch. 5 du dispositif de sa décision du 7 mars 2003. Ce faisant, le règlement posait en réalité une nouvelle clause tarifaire générale et abstraite applicable à la tarification des prestations ambulatoires des cliniques privées, qui précisait l'étendue des prestations visées par le règlement tarifaire initial. Or, ce point ne tombait pas sous le coup de la décision du 7 mars 2003. S'agissant du désaccord sur le point de savoir quelles étaient précisément les

prestations tombant sous le coup du renvoi au CPH, le Conseil fédéral a constaté que le règlement, en indiquant que le champ d'application du tarif portait uniquement sur les prestations de la salle d'opération, de l'utilisation d'un lit ou de la surveillance post-opératoire, posait une nouvelle règle qui présentait l'avantage de lever une incertitude juridique. Le Conseil fédéral a relevé qu'il n'était certes pas exclu que les forfaits prévus dans le règlement d'origine aient englobé d'autres prestations que la salle d'opération, l'utilisation d'un lit et la surveillance post-opératoire, si bien que le Conseil d'Etat se serait écarté du chiffre 5 du dispositif de la décision du 7 mars 2003 qui fixait le tarif pour les prestations contenues dans les forfaits. Mais le Conseil fédéral a précisé à cet égard qu'il n'entendait pas définir quelles étaient exactement les prestations comprises dans ces forfaits.

18. Me MODOIANU a informé le Tribunal arbitral qu'elle se constituait pour la défense des intérêts de la clinique avec élection de domicile.

19. Le 22 avril 2004, une audience de conciliation s'est tenue devant le Tribunal arbitral. SANTESUISSE a indiqué maintenir ses conclusions, la nouvelle décision du Conseil fédéral n'ayant pas permis de parvenir à un accord avec la clinique. Quant à la clinique, elle a également maintenu sa position, estimant que la décision du Conseil fédéral lui donnait raison. La clinique a par ailleurs soulevé l'exception d'incompétence du Tribunal arbitral. Elle a fait valoir que la requête de SANTESUISSE constituait une demande de paiement relevant des tribunaux ordinaires. Un délai a été fixé aux parties pour désigner leur arbitre et un délai a été imparti à la clinique pour faire valoir ses arguments s'agissant de la compétence du Tribunal arbitral. A l'issue de l'audience, SANTESUISSE a pour sa part désigné comme arbitre Monsieur D_____.

20. C'est le lieu de noter que, dans une procédure parallèle opposant CPT/KPT CAISSE-MALADIE à une autre clinique (A/495/2004), le Tribunal de première instance (TPI) saisi d'une action en constatation d'inexistence d'une créance intentée par la clinique (C/24675/2003 16 00) l'a déclarée irrecevable dans un arrêt du 19 mai 2004. Il a rappelé que les litiges entre assureurs et fournisseurs de prestations relevaient du Tribunal arbitral des assurances. La Cour de justice (CJ), dans un arrêt du 23 novembre 2004, a confirmé ce jugement. Un recours en réforme a été intenté par la clinique, que le Tribunal fédéral a jugé irrecevable par arrêt du 6 avril 2005 (cause 5C.6/2005), au motif que l'action portait sur des prétentions relevant du droit public et non du droit civil fédéral.

21. Par courrier du 30 avril 2004, la clinique a désigné comme arbitre Monsieur F_____.

22. Dans son mémoire du 15 juin 2004, la clinique a conclu à l'incompétence ratione materiae du Tribunal arbitral. Elle allègue que ses seuls créanciers sont les assurés et qu'en tout état de cause, le Conseil fédéral a confirmé l'interprétation donnée par

l'ACPG au règlement litigieux, à savoir que la facturation de toutes les prestations médicales dispensées devaient être facturées selon le tarif-cadre du 3 juin 1981, à l'exception du lit, de la surveillance postopératoire ou de la salle d'opération, auxquels on doit appliquer le CPH avec une valeur de point de Fr. 4.10. Selon elle, le Conseil fédéral aurait ainsi vidé le litige de son objet, d'une part parce que les questions posées sont relatives au champ d'application du règlement – lequel a précisément fait l'objet de plusieurs décisions du Conseil fédéral – et d'autre part, parce que la clinique rembourse directement aux patients la différence rétroactive relative à la valeur du point CPH le cas échéant. Le litige relevant de la détermination de la tarification applicable, il n'appartient pas au Tribunal arbitral de le trancher. La clinique fait valoir que, suite à la première décision du Conseil fédéral, elle a immédiatement appliqué une valeur de point de Fr. 4.10 à l'utilisation du lit, de la salle d'opération et à la surveillance post-opératoire. Par ailleurs, elle affirme que, selon le système du tiers garant, elle a alors commencé à rembourser directement aux patients concernés la différence résultant d'une part de la baisse de valeur du point et d'autre part, de la limitation de la majoration du matériel à 10%. Elle conteste que cette diminution de la valeur du point s'applique à toutes les prestations en ambulatoire et que le tarif-cadre ne s'applique qu'aux médecins indépendants.

La clinique relève que la procédure a pour objet une demande de paiement. Elle souligne que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (TFA), une telle demande ne peut porter que sur l'examen d'un cas d'espèce particulier. Or, en l'occurrence, SANTESUISSE n'a pris aucune conclusion tendant à l'annulation d'une facture individuelle. La clinique soutient que la jurisprudence relative à la polypragmasie invoquée par la requérante est inapplicable dans le cas d'espèce, non seulement parce qu'il ne s'agit pas d'un cas de polypragmasie, mais également parce que certains assurés ont réclamé – directement ou par le biais d'un mandataire – le remboursement du trop-payé et que la clinique en a remboursé spontanément une partie. La clinique conteste l'affirmation selon laquelle les assureurs sont subrogés au droit de leurs assurés à concurrence du montant remboursé au fournisseur de soins. Selon elle, même en cas de polypragmasie, la doctrine est d'avis que lorsque la facture est déjà payée, la prétention en remboursement naît au bénéfice du débiteur des factures – soit de l'assuré dans le système du tiers garant ou de l'assureur dans le système du tiers payant. Elle se réfère à un arrêté du Conseil fédéral du 3 novembre 2004, qui prévoit expressément qu'en cas de rectification rétroactive d'un tarif semi-ambulatoire s'inscrivant dans le système du tiers-garant, ce sont les assurés qui peuvent réclamer le trop-payé. Ils sont alors les seuls ayant-droits légitimes au remboursement et SANTESUISSE ne peut pré-empter leur droit en son propre nom et pour son propre compte. Dès lors, il n'y aurait pas de litige au sens de la loi et le Tribunal arbitral ne serait pas compétent ratione materiae. Les décisions rendues par les juridictions civiles ne changeraient rien à cette conclusion.

23. Par courrier du 22 juillet 2004, SANTESUISSE a sollicité la récusation de l'arbitre désigné par la clinique au motif que ce dernier, administrateur secrétaire de LA CLINIQUE DE CAROUGE et directeur de LA CLINIQUE DE LA TOUR, établissements également en conflit avec elle, ne remplissait pas les conditions d'impartialité requises.

24. S'agissant de son arbitre, la clinique s'est opposée, par courrier du 20 août 2004, à sa récusation. L'arbitre en question, informé de la demande de récusation le concernant, a été invité à s'exprimer (cf. procès-verbal du 6 octobre 2004). SANTESUISSE a confirmé sa position. De son côté, le Ministère public, conformément à la procédure, a été interpellé et a déposé ses observations quant à la demande de récusation. Au vu des conclusions du Ministère public, favorable à la récusation de l'arbitre, la clinique a désigné comme arbitre Monsieur Philippe CASSEGRAIN. Une audience s'est tenue en date du 25 février 2005, au cours de laquelle il a été relevé que l'intéressé, présentait les mêmes « inconvénients » que l'arbitre précédent, dans la mesure où il était également impliqué à un certain titre et qui plus est, non domicilié dans le canton. La clinique a encore proposé Me MARTIN-ACHARD, dont il a été relevé qu'il avait été consulté par l'une des cliniques et remplissait donc également les conditions d'une récusation. Après de multiples péripéties, la clinique a finalement désigné un nouvel arbitre en la personne de Madame B_____, élue représentante des cliniques privées par arrêté du Conseil d'Etat du 27 juillet 2005. SANTESUISSE n'a fait valoir aucun motif de récusation.

25. Entre-temps, par courrier du 13 décembre 2004, la clinique a produit une décision rendue par le Conseil fédéral en date du 3 novembre 2004 dans une cause opposant SANTESUISSE au Conseil d'Etat de Lucerne. Elle en tire la conclusion qu'en cas de modification rétroactive d'un tarif semi-ambulatoire s'inscrivant dans le système du tiers garant, seuls les assurés peuvent réclamer le trop-perçu.

26. Sur ce, SANTESUISSE s'étant déjà exprimée sur la compétence du Tribunal arbitral dans sa demande et lors de l'audience du 22 avril 2004, la cause a été gardée à juger sur incident.

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 clinique n'est pas contestée. Quant à la requérante, elle entre dans la catégorie des assureurs au sens de la LAMal. La compétence du Tribunal arbitral du canton de Genève est acquise ratione loci, dans la mesure où la clinique y est installée à titre permanent.

2. a) Cependant, la clinique conteste que l'on soit en présence d'un litige entre assureur et fournisseur. Selon elle, seuls les assurés auraient la légitimation active, raison pour laquelle le Tribunal arbitral des assurances ne serait pas compétent ratione materiae.

   b) Selon l'art. 45 al. 4 de la loi cantonale d'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 29 mai 1997 (LaLAMal ; J 3 05), les règles générales de procédure de la loi de procédure administrative du 12 septembre 1989 (LPA) s'appliquent, notamment en ce qui concerne la récusation des membres du tribunal et l'établissement des faits. Or, cette loi prévoit que lorsqu'une partie conteste sa compétence, l'autorité qui se tient pour compétente doit le constater dans une décision, raison pour laquelle le Tribunal de céans se voit dans l'obligation de rendre une décision incidente (cf. art. 13 LPA).

3. a) Ni la LAMal, ni ses dispositions d'exécution ne définissent précisément ce qu'il faut entendre par litige entre assureurs et fournisseurs de prestations. Comme sous le régime de la LAMA (art. 25 al. 1 LAMA), la notion de litige doit être entendue dans un sens large (ATF 111 V 342 consid. 1b et les références), à moins que celui-ci ne porte spécifiquement sur l'approbation d'une convention tarifaire ou sur la modification sujette à approbation d'une telle convention qui ressortissent à la compétence du gouvernement cantonal ou du conseil fédéral (ATF 123 V 285 consid. 5, 116 V 126 consid. 2a, 112 V 311 consid. 3b et les références). Il est nécessaire, en tout cas, que soient en cause des rapports juridiques qui résultent de la LAMal ou qui ont été établis en vertu de cette loi. Le litige doit concerner la position particulière de l'assureur ou du fournisseur de prestations dans le cadre de la LAMal (Gebhard EUGSTER, Krankenversicherung, in: Schweizerisches

Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, p. 231, ch. 413; Alfred MAURER, Das neue Krankenversicherungsrecht, p. 172; RAMA 2004 n° K 286 p. 291 consid. 4; ATF 123 V 280 consid. 5).

b) Certes, le TFA a précisé que bien que ni la loi (LAMal) ni l'ordonnance (OAMal) ne contiennent une définition des litiges tombant sous le coup de l'art. 89 LAMal, la jurisprudence considère que cette notion est beaucoup plus étroite que sous l'ancien droit. En effet, la LAMal a introduit un nouvel aménagement du système des conventions tarifaires en instaurant dans ce domaine le principe du caractère économique des prestations (cf. art. 56 al. 1 LAMal). Cela a eu pour conséquence d'étendre la compétence des autorités chargées d'approuver les conventions tarifaires (gouvernement cantonal ou Conseil fédéral lorsque la validité de la convention s'étend à toute la Suisse [art. 46 al. 4 LAMal], ou encore en cas de recours contre la décision d'un gouvernement cantonal [art. 53 al. 1 LAMal]) : les autorités en cause ont l'obligation de contrôler non seulement si la convention est conforme à la loi et à l'équité (cf. art. 22 al. 3 et 22quater al. 5 LAMA), mais également si elle satisfait à l'exigence du caractère économique des prestations (ATF 123 V 286 consid. 6a). Cette dernière exigence est concrétisée par le devoir des autorités d'approbation de requérir préalablement l'avis du Surveillant des prix (ATF 123 V 287 consid. 6b; MAURER, Das neue Krankenversicherungsrecht, Bâle 1996 p. 84). L'association du Surveillant des prix à la procédure d'approbation des conventions tarifaires permet non seulement d'assurer la conformité des clauses conventionnelles au principe d'économie et à l'équité (art. 46 al. 4 LAMal), mais également de tenir compte des «intérêts publics supérieurs qui peuvent exister» (art. 14 al. 3 de la loi fédérale concernant la surveillance des prix [RS 942.20; LSPr]). Le champ de compétence étendu des autorités d'approbation sous l'empire du nouveau droit a pour effet de réduire la compétence matérielle du tribunal arbitral cantonal selon l'art. 89 LAMal en ce sens qu'il n'est pas fondé par exemple à examiner la portée d'une clause d'indexation d'une convention entre une association cantonale de médecins et une fédération cantonale de caisses-maladie fixant la valeur du point (ATF 123 V 288 consid. 6d ; ATFA K 177/00 du 4 septembre 2001 consid. 1b).

c) En l'espèce, cependant, les conclusions de la requérante portent uniquement sur la condamnation de la clinique défenderesse à lui payer le trop-perçu en application du tarif cantonal et aucunement sur l'examen de la conformité de ce dernier, lequel a déjà fait l'objet d'une décision du Conseil fédéral. Dans cette mesure le litige porte sur la question de l'application du tarif cantonal dans une situation concrète et tombe donc dans la compétence fonctionnelle du Tribunal arbitral. Au surplus, le fait que SANTESUISSE ait déposé une demande globale pour tous ses assurés ne saurait y faire obstacle (ATFA non publié K 39/95 du 11 juillet 1996 consid. 5d qui se réfère lui-même à l'ATFA non publié K 101/92 du 29 octobre 1993).

Par ailleurs, le TFA a déjà jugé que plusieurs caisses, représentées le cas échéant par leur fédération cantonale, 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 à titre de restitution des rétributions perçues sans droit (ATFA non publié K 39/95 du 11 juillet 1996 consid. 5d qui se réfère lui-même à l'ATFA non publié K 101/92 du 29 octobre 1993). Par identité de motifs, ces mêmes principes s'appliquent lorsque plusieurs assureurs s'unissent pour agir à l'encontre d'un fournisseur de prestations, dans le cadre de l'art. 56 al. 2 let. a LAMal. Dès lors, on ne saurait considérer qu'une demande est irrecevable au motif qu'il ne peut s'agir d'une représentation générale par un consortium de caisses, même nommément désignées, d'un groupe d'assurés forcément anonymes.

Quant au fait que la demande repose sur une estimation du trop-perçu plutôt que d'être chiffrée précisément facture par facture, elle fera l'objet de l'examen au fond. Il conviendra entre-temps de donner l'occasion à la requérante de prouver le dommage qu'elle allègue.

4. Autre est la question de la qualité pour agir de l'assureur. Dans une procédure arbitrale elle relève, comme dans un procès civil, du fondement matériel de l'action (ATF 111 V 347 consid. 1c). De jurisprudence constante sous l'empire de la LAMA (RJAM 1970 n° 65 p. 85 consid. 2; ATF 103 V 151 consid. 3 et les arrêts cités; RJAM 1980 n° 393 p. 3), les caisses-maladie se sont vu reconnaître, dans le système du tiers garant, la titularité des créances pécuniaires découlant de traitements non économiques au sens de l'art. 23 LAMA.

   a) Reste à examiner si cette solution prévaut également dans la LAMal. 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 dépassent cette limite peut être refusée. Le fournisseur de prestations peut être tenu de restituer les sommes reçues à tort au sens de la loi. Ont qualité pour demander la restitution : a. l'assuré ou, conformément à l'art. 89 al. 3, l'assureur dans le système du tiers garant (art. 42 al. 1) ; b. l'assureur dans le système du tiers payant (art. 42 al. 2) ».

   Dans un arrêt récent (ATF 127 V 281), le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a eu l'occasion de préciser la portée de l'art. 56 LAMal, singulièrement du 2ème alinéa.

   Il a rappelé que le texte de l'art. 56 al. 2 let. a LAMal est issu, pratiquement sans changement, de l'art. 48 al. 2 let. a du projet du Conseil fédéral du 6 novembre 1991 (FF 1992 I 260), lui-même repris, avec quelques modifications purement rédactionnelles, de l'art. 41 al. 2 let. a du projet de la commission d'experts du 2 novembre 1990 (p. 124-125). Cette dernière s'exprimait ainsi qu'il suit dans son rapport (p. 67ss) : "Comme actuellement (art. 23 LAMA) dans chaque cas particulier, on se fondera sur l'intérêt de l'assuré et le but du traitement pour déterminer dans quelle mesure une prestation doit être prise en charge par

l'assurance obligatoire des soins. Les fournisseurs de prestations doivent s'en tenir à cette limite (...). Si, pour des prestations qui dépassent la limite, des rémunérations ont déjà été payées, leur restitution peut être demandée. A le droit de demander la restitution, dans le système du tiers payant, l'assureur et, dans celui du tiers garant, l'assuré ou l'assureur. En cas de litige avec le fournisseur de prestations, l'assureur, dans le système du tiers garant, doit, à ses frais, représenter l'assuré." Ce passage est repris, pour l'essentiel, dans le message du Conseil fédéral à l'appui de l'art. 48 du projet de loi (FF 1992 I 171).

Par ailleurs, le TFA a souligné que, d'après l'art. 32 al. 1 LAMal, les prestations mentionnées aux art. 25 à 31LAMal doivent être efficaces, appropriées et économiques. L'exigence du caractère économique des prestations ressort également de l'art. 56 al. 1 LAMal, selon lequel le fournisseur de prestations doit limiter ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement. Comme le Tribunal fédéral des assurances l'a déjà relevé à propos de l'art. 23 LAMA (dont le contenu était analogue), les caisses sont en droit de refuser la prise en charge de mesures thérapeutiques inutiles ou de mesures qui auraient pu être remplacées par d'autres, moins onéreuses; elles y sont d'ailleurs obligées, dès lors qu'elles sont tenues de veiller au respect du principe de l'économie du traitement (François-X. DESCHENAUX, Le précepte de l'économie du traitement dans l'assurance-maladie sociale, en particulier en ce qui concerne le médecin, in: Mélanges pour le 75ème anniversaire du TFA, Berne 1992, p. 537). Ce principe ne concerne pas uniquement les relations entre caisses et fournisseurs de soins, il est également opposable à l'assuré, qui n'a aucun droit au remboursement d'un traitement non économique (ATF 125 V 98 consid. 2b et la jurisprudence citée). Pour l'essentiel, ces principes conservent leur valeur sous le régime du nouveau droit (SVR 1999 KV no 6 p. 12 consid. 7 non publié aux ATF 124 V 128).

Enfin, il a relevé que l'art. 23 LAMA, dont s'inspire l'art. 56 LAMal, ne contenait pas de prescription formelle sur l'obligation de restitution du fournisseur de prestations et notamment du médecin. C'est ce qui avait amené le Tribunal fédéral des assurances, dans un arrêt fondamental du 31 décembre 1969 (K 24/69), à juger ce qui suit :

"Das geltende KUVG enthält über die Rückerstattungspflicht keine Vorschriften. Auch die bundesrätliche Botschaft äussert sich dazu nicht. Allein der geltende Art. 23 KUVG verpflichtet die Ärzte zur wirtschaftlichen Behandlungsweise im bereits umschriebenen Rahmen und stellt damit eine Schutzvorschrift für die Versicherten und die Kassen dar. Diese sind gemäss Art. 3 Abs. 3 KUVG verpflichtet, die Krankenversicherung nach den Grundsätzen der Gegenseitigkeit zu betreiben. Sie müssen ferner Sicherheit dafür bieten, dass sie die übernommenen Verpflichtungen erfüllen können (Art. 3 Abs. 4 KUVG). Zur Verwirklichung des Prinzips der Gegenseitigkeit und zur Garantie ihrer Leistungsfähigkeit haben die Kassen dafür zu sorgen, dass die Ärzte die Pflicht zur wirtschaftlichen

Behandlungsweise befolgen. Dieser Aufgabe könnten sie nicht hinreichend gerecht werden, wenn es ihnen bloss gestattet wäre, eine unwirtschaftliche Behandlung im voraus abzulehnen, was ohnehin praktisch selten genug zutreffen dürfte. Vielmehr muss ihnen auch die Möglichkeit offen stehen, Zahlungen für pflicht- und rechtswidrige Behandlung zu verweigern. Folgerichtig dürfen bereits erbrachte Leistungen zurückgefordert werden, wenn sich nachträglich ergibt, dass sie zu Unrecht bezogen worden sind. Andernfalls wäre Art. 23 KUVG - auch ungeachtet des Art. 24 über den Ausschluss von Ärzten - weitgehend illusorisch. Die Kassen sind, mit andern Worten, gegenüber der Gesamtheit ihrer Versicherten gehalten, unrechtmässig erfolgte Leistungen wieder einzutreiben, damit der von Art. 23 zwingend geforderte gesetzliche Zustand verwirklicht und gegebenenfalls wieder hergestellt wird. - Indirekt geht übrigens auch Art. 25 Abs. 3 KUVG davon aus, dass der Kasse ein Rückforderungsanspruch gegenüber den Ärzten zusteht, bestimmt er doch, dass das Schiedsgericht auch zuständig ist, wenn das Honorar vom Versicherten geschuldet wird, und dass die Kasse zur selbständigen Prozessführung ermächtigt ist, ohne Rücksicht darauf, ob die Rechnung vom Versicherten als Honorarschuldner bereits bezahlt worden ist." (RSKV 1970 no 65 p. 85ss consid. 2, traduit en français au RJAM 1970 p. 85ss consid. 2).

Cette jurisprudence, plusieurs fois confirmée depuis lors (cf. ATF 103 V 151 consid. 3), fonde un droit propre des caisses-maladie à exiger d'un fournisseur de prestations la restitution des sommes qu'il a perçues indûment, même lorsque celles-ci lui ont été versées par l'assuré et non par la caisse (système du tiers garant) et fût-ce contre la volonté de cet assuré (RJAM 1980 no 393 p. 3; cf. aussi ATF 121 V 318 consid. 4b). Le TFA a déduit des travaux préparatoires de la LAMal mentionnés plus haut que l'art. 56 al. 2 let. a LAMal codifie cette pratique, ce qui ressort également de l'art. 89 al. 3 LAMal auquel il renvoie. Cette dernière disposition reprend en effet la règle qui figurait auparavant à l'art. 25 al. 3 LAMA (cf. FF 1992 I 189 ss; voir aussi l'arrêt ATF 124 V 130 et GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], ch. 416 et 417).

Dès lors, l'art. 56 al. 2 let. a LAMal n'a nullement instauré un nouveau principe, d'après lequel, dans le système du tiers garant au sens de l'art. 42 al. 1 LAMal, seul l'assuré serait en droit d'exiger du fournisseur de prestations la restitution de la rémunération qu'il lui a versée, lorsque celle-ci dépasse la limite fixée par l'art. 56 al. 1 LAMal. On ne trouve rien de tel dans les travaux préparatoires de la loi et c'est même faire violence au texte de celle-ci que d'affirmer le contraire.

Il s'ensuit que la légitimation active de SANTESUISSE est donnée sous l'angle de la LAMal (ATFA K 51/01 du 15 avril 2002 consid. 4).

5. Reste enfin à examiner la question de la péremption. En l'espèce, les prestations pour lesquelles SANTESUISSE demande restitution du trop-perçu concernent les années 2000 à 2003.

Dans le droit de l'assurance-maladie selon la LAMal, du moins jusqu'au 31 décembre 2002, l'art. 47 aLAVS est applicable par analogie, en l'absence de disposition légale sur ce point, à la restitution des prestations d'assurance-maladie versées indûment, dans les rapports entre assureurs et fournisseurs de prestations (arrêt non publié X. du 23 novembre 2004 [K 116/03] consid. 4.4; implicitement ATF 130 V 377 consid. 7.4; pour l'ancien droit, RAMA 2003 n° K 250 p. 216 consid. 2.1, 1993 n° K 924 p. 172 consid. 3).

Il convient cependant de noter qu'est entrée en vigueur, le 1er janvier 2003, la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA). Bien que les dispositions de cette dernière ne soient pas applicables en matière de procédure auprès du tribunal arbitral cantonal (art. 1 al. 2 let. e LAMal) il n'en va pas de même de ses dispositions matérielles. Au nombre de celles-ci figure l'art. 25, relatif à la restitution de prestations indûment touchées, dont la teneur reprend celle de l'art. 47 aLAVS.

Ainsi, le droit de demander la restitution se prescrit par une année à compter du moment où l'assureur a eu connaissance des faits amenant à l'obligation de restituer. Malgré la terminologie employée par le législateur, il s'agit d'un délai de péremption (ATF 119 V 431 consid. 3a et les références) qui ne peut être ni interrompu ni suspendu (ATF 111 V 135). En revanche, l'exercice du droit ou l'accomplissement des actes nécessaires à son exercice dans le délai exclut une fois pour toute que le droit se périme (RAMA 2003 n° K 250 p. 216 consid. 2.1, VSI 1998 p. 299 consid. 5; Pierre Engel, Traité des obligations en droit suisse, Berne 1997, 2ème éd., p. 798). Selon la jurisprudence, l'assureur se prémunit contre la péremption de son droit en saisissant, dans le délai d'une année, l'organe de médiation conventionnel, l'instance de conciliation légale ou le tribunal arbitral, de la demande en restitution (RAMA 2003 n° K 250 p. 216 consid. 2.2.1 et les références).

En l'espèce, SANTESUISSE a eu connaissance de son droit à réception de la décision du Conseil fédéral du 7 mars 2003. Dès lors, en ouvrant action devant le Tribunal de céans en date du 8 mars 2004, elle a agi en temps utile.

1.

****

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ARBITRAL DES ASSURANCES

statuant sur incident :

1. Déclare la requête recevable.

2. Se déclare compétent pour connaître du litige.

3. Condamne la Clinique du Mail à payer un émolument de Fr. 300.-, ainsi que les frais et honoraires du Tribunal arbitral des assurances à hauteur de Fr 485.-.

4. Condamne la Clinique du Mail à verser à SANTESUISSE la somme de Fr. 2000.- à titre de participation à ses frais et dépens.

5. Réserve le fond.

6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 10 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Au nom du Tribunal Arbitral
des assurances

Le greffier : La Présidente :

Walid BEN AMER Juliana BALDE

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