

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/500/2004

ATAS/137/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL ARBITRAL
DES ASSURANCES**

Chambre 7

du 12 février 2010

En la cause

KPT/CPT CAISSE-MALADIE SA, Tellstrasse 18, BERNE,
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître
WEHRLI Olivier

demanderesse

contre

X_____, à GENEVE, comparant avec élection de domicile
en l'étude de Maître MODOIANU Gilda

défenderesse

**Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Françoise SAUDAN et Jean-Pierre
DESJACQUES, Arbitres**

EN FAIT

1. Le 24 mars 1997, la Fédération genevoise des assureurs-maladie (FGAM) et l'Association des cliniques privées de Genève (ACPG) ont signé un protocole d'accord concernant la tarification des prestations ambulatoires au sein des cliniques privées, dans l'attente d'une étude permettant de négocier une convention et des tarifs définitifs. Cet accord renvoyait au catalogue des prestations hospitalières (CPH) pour la salle d'opération, l'utilisation du lit et la surveillance postopératoire et fixait la valeur du point à 4 fr. 95, le matériel pouvant être facturé en plus. Par avenant du 19 décembre 1997, cet accord a été prolongé jusqu'au 31 décembre 1998.
2. En juin 1999, un projet de convention entre l'ACPG et la FGAM concernant les traitements ambulatoires et les interventions de chirurgie ambulatoire au sein des cliniques a été élaboré. Cette convention n'a toutefois pas été signée par la FGAM.
3. Suite à l'échec des négociations entre les assureurs-maladie et les cliniques privées, le Conseil d'État de la République et du canton de Genève a adopté le 26 juillet 2000 le règlement fixant le tarif des traitements ambulatoires et des interventions de chirurgie ambulatoire pratiqués dans les cliniques privées à la charge de l'assurance obligatoire des soins (RS J 3 05.14; ci-après: règlement du 26 juillet 2000). L'entrée en vigueur du règlement a été fixée rétroactivement au 1^{er} janvier 2000. Le règlement prévoyait une tarification forfaitaire pour 30 interventions ambulatoires et, pour les autres interventions ambulatoires non mentionnées dans le règlement, une tarification selon le CPH avec une valeur du point à 4 fr.10 pour la salle d'opération, l'utilisation du lit et la surveillance postopératoire, le matériel pouvant être facturé en sus. La tarification des honoraires médicaux était prévue selon le règlement fixant le tarif-cadre des prestations médicales pour soins ambulatoires du 3 juin 1981 (ci-après: règlement du 3 juin 1981).
4. Le règlement du 26 juillet 2000 avait été soumis auparavant au Surveillant des prix. Dans sa communication du 10 avril 2000, celui-ci recommandait une valeur de point à 4 fr., en relevant qu'à l'exception des opérations forfaitaires, les autres interventions moins courantes devaient être facturées sur la base du CPH.
5. La FGAM et l'ACPG ont contesté le règlement du 26 juillet 2000 par devant le Conseil fédéral. La FGAM critiquait principalement les forfaits prévus dans le règlement, alors que l'ACPG contestait la valeur du point, en concluant à ce qu'elle soit fixée à 4 fr. 95.
6. A titre de mesures provisionnelles, le Département fédéral de justice et police (DFJP) a décidé, par décision incidente du 8 janvier 2001, que les tarifs suivants seraient applicables jusqu'à la décision au fond du Conseil fédéral:

- a. toutes les prestations fournies en ambulatoire par les cliniques privées sont facturées conformément au règlement du 3 juin 1981, le matériel pouvant être facturé en sus;
- b. la salle d'opération, l'utilisation du lit et la surveillance postopératoire sont facturées selon le CPH, avec une valeur du point à 4 fr. 95;
- c. les honoraires médicaux sont facturés selon le règlement du 3 juin 1981.

Cette décision réservait par ailleurs le remboursement du trop-perçu éventuel, une fois la décision du Conseil fédéral connue.

7. Par courrier du 22 août 2001, X_____ s'est adressée à la KPT/CPT dans les termes suivants (cf. lettre produite par la demanderesse avec les factures de la défenderesse sous la lettre H):

"Comme vous le savez sans doute, certaines pratiques chirurgicales, et notamment la micro-chirurgie, nécessitent des appareils spécifiques (microscope) dont la rémunération n'est pas contenue dans les tarifs cadre et CPH, destinés principalement à traiter des gestes médicaux. Ces appareils ne font pas partie de l'équipement standard des salles d'opération et ne sont pas inclus dans la taxe y relative.

Aussi, depuis 1997, X_____ facture par analogie à sa convention d'hospitalisation, les prestations médico-techniques. Cette pratique est acceptée par la plupart des assureurs maladie.

A toutes fins utiles, nous vous rappelons que le tarif cadre prévoit expressément ce genre de situation et son article 5 stipule que: "les prestations qui ne sont pas mentionnées spécialement dans le tarif-cadre doivent être calculées sur la base des taxes fixées pour celles avec lesquelles elles ont le plus d'analogie du point de vue de la difficulté et de l'importance". De fait, il apparaît que la meilleure analogie se trouve contenue dans la convention d'hospitalisation."

8. Par décision du 7 mars 2003, le Conseil fédéral a admis le recours de la FGAM et rejeté celui de l'ACPG. Il a annulé l'art. 3 al. 3 du règlement du 26 juillet 2000 concernant la tarification forfaitaire de 30 interventions ambulatoires, et a statué que ces prestations devaient être rémunérées en application du CPH, valeur du point de 4 fr. 10, s'agissant de prestations médicales, le matériel pouvant être facturé en sus. Dans cette décision, le Conseil fédéral a par ailleurs considéré qu'on était en présence d'un régime sans convention, les membres de la FGAM n'ayant pas accepté le projet de convention proposé par l'ACPG en mai 1999. S'agissant du matériel utilisé lors des traitements et interventions, lequel peut être facturé à part selon le règlement querellé, le Conseil fédéral a considéré que la disposition y

relative manquait de précision quant au calcul de la rémunération due. Toutefois, selon le Conseil fédéral, le Conseil d'État n'entendait pas édicter une disposition tarifaire indépendante, mais renvoyer à la réglementation du CPH. D'autres précisions figuraient par ailleurs dans le vade-mecum du tarif médical AA/AM/AI, auquel il y avait lieu de se reporter. La facturation à part du matériel devait donc s'effectuer selon le CPH. Concernant les honoraires des médecins, le Conseil fédéral a constaté que ceux-ci ne faisaient pas l'objet du litige, seul le tarif des prestations ambulatoires fournies par les cliniques privées étant visé par le règlement querellé.

9. Le 7 mai 2003, le Conseil d'Etat a annulé l'art. 3 al. 1 du règlement du 26 juillet 2000 et modifié l'art. 3 al. 2 dans le sens que, pour les traitements ambulatoires et des prestations de chirurgie ambulatoire, le CPH est pris comme base de tarification avec une valeur du point fixée à 4 fr. 10 pour ce qui concerne la salle d'opération, l'utilisation du lit et la surveillance postopératoire, le matériel utilisé lors de l'intervention pouvant être facturé en sus. L'entrée en vigueur de cette modification était fixée rétroactivement au 1^{er} janvier 2000.
10. Par courrier du 30 mai 2003, le Conseiller d'État en charge du Département de l'action sociale et de la santé a fait savoir à Santésuisse Genève que l'art. 3 al. 2 du règlement modifié devait être appliqué aux 30 prestations anciennement visées par l'al. 1. Il ne voyait par ailleurs pas quelles autres prestations médicales que celles se rapportant à la salle d'opération, à l'utilisation d'un lit et à la surveillance postopératoire entreraient dans le champ d'application du règlement du 26 juillet 2000 et de sa modification, auxquelles le CPH devrait s'appliquer.
11. Les parties n'ayant pas réussi à s'entendre sur la question des prestations qui tombent sous le coup de la tarification visée par le dispositif de la décision du 7 mars 2003 du Conseil fédéral, Santésuisse l'a saisi le 16 juin 2003 d'une demande d'interprétation. Celui-ci a rejeté cette demande, par décision du 26 septembre 2003, pour autant qu'elle était recevable. Il a considéré que la question litigieuse concernait le champ d'application du règlement du 26 juillet 2000, question qui n'avait pas fait l'objet de sa décision du 7 mars 2003.
12. Parallèlement, Santésuisse a recouru contre la modification du règlement du 7 mai 2003 du Conseil d'État par devant le Conseil fédéral, en concluant à l'annulation de la modification de l'art. 3 al. 2 et à ce que l'art. 3 al. 2 du règlement du 26 juillet 2000 demeure inchangé. Elle a également demandé une modification de l'art. 3 al. 1 du règlement du 26 juillet 2000, dans le sens du chiffre 5 du dispositif de la décision du Conseil fédéral du 7 mars 2003.
13. Le 1^{er} juillet 2003, la caisse-maladie KPT/CPT a fait notifier à X_____ un commandement de payer la somme de 268'828 fr. 60, suite à la décision du 7 mars 2003 du Conseil fédéral.

14. Par décision du 12 mars 2004, le Conseil fédéral a rejeté le recours. Il a considéré que la modification du règlement du 7 mai 2003 contenait une nouvelle règle destinée à combler une lacune initiale du règlement du 26 juillet 2000, 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 et de la surveillance postopératoire. Dès lors que les prestations englobées dans les forfaits comprenaient, pour tout ou partie, la salle d'opération, l'utilisation d'un lit et la surveillance postopératoire et que l'application du nouveau règlement du Conseil d'État conduisait à rémunérer ces prestations en application du CPH avec une valeur du point de 4 fr. 10, le Conseil fédéral a jugé que le nouveau règlement n'entraîne pas en conflit avec sa décision du 7 mars 2003. Il n'était pas exclu que les forfaits prévus à l'origine englobaient d'autres prestations que la salle d'opération, l'utilisation d'un lit et la surveillance postopératoire. Il n'appartenait toutefois pas au Conseil fédéral de délimiter dans sa décision du 7 mars 2003 les prestations comprises dans les forfaits.
15. Par demande du 8 mars 2004, la KPT/CPT Caisse-maladie saisit le Tribunal de céans d'une demande en paiement des sommes de 349'746 fr. 74, avec intérêts à 5% dès le 1^{er} janvier 2002, et de 87'500 fr., avec intérêts à 5% dès le 7 mars 2003, sous suite de dépens, à l'encontre de X_____ Le même jour, 15 autres demandes similaires sont déposées contre les autres cliniques privées du canton de Genève. La demanderesse se prévaut de ce que le règlement du 26 juillet 2000 a été annulé et que les traitements ambulatoires et les prestations de chirurgie ambulatoire devaient être facturés uniquement sur la base du CPH avec une valeur du point fixée à 4 fr. 10, au lieu de 4 fr. 95. La demanderesse demande ainsi le remboursement du trop-perçu par la défenderesse entre le 1^{er} janvier 2000 et le 31 décembre 2003. A cet égard, elle fait valoir avoir remboursé aux patients de la défenderesse pendant la période en cause un montant total de 373'253 fr. 35 pour les seules opérations en traitement ambulatoire, sur la base de factures établies avec une valeur du point de 4 fr. 95 et comportant des facturations non conformes au CPH. Ce dernier catalogue prévoit par ailleurs, en matière de prestations hospitalières, que les médicaments et le matériel utilisé lors de l'opération sont compris dans la position applicable (3061.11). C'est ainsi à tort qu'ils ont été facturés en sus. Il en va de même pour la préparation préopératoire, laquelle fait l'objet d'une facturation par analogie à la surveillance per-opératoire du tarif-cadre du règlement du 3 juin 1981, ce dernier étant uniquement applicable aux médecins inscrits au registre de la profession. La demanderesse allègue avoir recalculé une partie des factures totalisant 76'651 fr. 35. Il résulte de cet examen qu'elle aurait dû rembourser la somme de 35'652 fr. 60, ce qui représente une différence de 53,49 % par rapport à la somme remboursée. Elle réclame ainsi ce pourcentage de la totalité des factures remboursées, soit la somme de 349'746 fr. 74. A ce montant, elle ajoute les frais administratifs inhérents (recherches aux archives, rassemblement des factures et retaxation), frais qu'elle estime à 25% du montant total des factures, soit à 87'500 fr. Elle se réserve par

ailleurs le droit d'amplifier, respectivement de réduire ses prétentions, une fois connue l'étendue de son droit à la restitution.

16. A l'audience du 27 avril 2004, le Tribunal de céans constate l'échec de la tentative de conciliation. La défenderesse soulève à cette occasion l'exception d'incompétence du Tribunal de céans.
17. Le 30 avril 2004, la défenderesse désigne comme arbitre Monsieur F_____. Le 17 mai 2004, la demanderesse choisit Monsieur G_____ à ce titre.
18. Par écritures du 20 juillet 2004, la demanderesse demande la récusation de Monsieur F_____, celui-ci étant administrateur de Y_____ SA et directeur de Z_____ SA.
19. Par courrier du 16 août 2004, la demanderesse attire notamment l'attention de la défenderesse sur le fait qu'elle est subrogée aux droits des assurés et que tout remboursement effectué en mains de ces derniers expose la défenderesse à devoir payer deux fois. Le 22 septembre 2004, elle écrit aux administrateurs de la défenderesse pour les informer qu'elle "sollicite en sa qualité d'assureur social subrogé aux droits des assurés le remboursement d'un trop perçu par (son) établissement sur les factures de chirurgie ambulatoire émises depuis le 1^{er} janvier 2000".
20. Par courrier du 13 décembre 2004, la défenderesse transmet au Tribunal de céans l'arrêté du 3 novembre 2004 du Conseil fédéral dans une cause opposant Santéuisse et la Schweizerische Gesellschaft für Kranken- und Wöchnerinnenpflege St. Anna. La défenderesse affirme que le Conseil fédéral a décidé que, en cas de modification rétroactive d'un tarif semi-ambulatoire s'inscrivant dans le système tiers garant, ce sont les assurés qui peuvent réclamer le trop payé. Cela étant, elle estime que la demande est manifestement mal fondée.
21. Par courrier du 12 janvier 2005, la demanderesse conteste que le Conseil fédéral ait affirmé que seul l'assuré pouvait réclamer le remboursement du trop-perçu, à l'exclusion de son assurance.
22. Par courrier du 8 août 2005, la défenderesse accepte de désigner comme arbitre Madame H_____, en remplacement de Monsieur F_____.
23. Par décision incidente du 12 décembre 2005, le Tribunal de céans rejette l'exception d'incompétence soulevée par la défenderesse. Sur recours, le Tribunal fédéral des assurances confirme cette décision, par arrêt du 24 mai 2006.
24. Par courrier du 12 juillet 2006, la défenderesse désigne Madame I_____ comme arbitre, en remplacement de Mme H_____.

25. Par écritures du 4 octobre 2006, la défenderesse se détermine sur le fond de la demande et conclut à son rejet. Elle allègue que le Conseil fédéral a statué que la facturation de toutes les prestations médicales dispensées par les médecins ou autre personnel auxiliaire, y compris les prestations médico-techniques, devait être faite selon le règlement du 3 juin 1981, aussi bien en ce qui concerne des opérations anciennement forfaitisées que les autres interventions, quel que soit le statut de l'intervenant (salarié ou indépendant). La seule exception à cette règle portait sur la facturation de trois positions tarifaires relatives à la salle d'opération, la surveillance postopératoire et l'utilisation du lit. Pour ces positions, le CPH devait être pris comme base de tarification avec une valeur du point de 4 fr. 10, matériel et médicaments en sus. La défenderesse se prévaut en outre du protocole d'accord du 24 mars 1997 et de son avenant du 19 décembre 1997, selon lesquels les interventions ambulatoires non forfaitisées devaient être facturées selon le CPH pour ces trois positions exclusivement avec une valeur du point de 4 fr. 95, le matériel et les médicaments étant facturés en sus. Par ailleurs, selon la défenderesse, le CPH n'a jamais été applicable à Genève. Elle relève à cet égard qu'une feuille jaune du CPH intitulée "Valeur du point CPH pour traitements hospitaliers ambulatoires de patients d'assurance-maladie, valable dès le 1^{er} janvier 1995" porte expressément la mention "Le CPH n'est pas appliqué pour le traitement hospitalier ambulatoire dans les cantons de Genève, Neuchâtel et Vaud (excepté quelques coercitions tarifaires)". Elle affirme en outre que le protocole d'accord et, par la suite, le règlement du 26 juillet 2000 qui l'a remplacé ont toujours prévu que le matériel était facturé en sus pour les trois positions CPH retenues. En outre, la mention expresse que le matériel est facturable en sus dans la réglementation genevoise démontre précisément la différence par rapport aux "standards" du CPH. Ce standard, qui a été élaboré pour les hôpitaux publics subventionnés, prévoit que le matériel du bloc opératoire est compris dans la location de la salle. Toutefois, nombre de conventions cantonales s'écartent du "standard" du CPH sur ce point. En outre, le projet de convention du 3 juin 1999 a été pris comme modèle pour le tarif officiel. Le règlement du 26 juillet 2000 a été ainsi adopté sans modification aucune par rapport à la convention du 3 juin 1999, s'agissant de la tarification, sauf en ce qui concerne la valeur du point CPH pour la salle d'opération, l'utilisation du lit et la surveillance postopératoire. Cela a entraîné, à l'exception des trois positions précitées, la continuation de l'application du tarif-cadre du règlement du 3 juin 1981, sans aucune restriction s'agissant des prestations médico-techniques, de l'assistance du personnel médical ou auxiliaire, de l'intervenant (médecin ou personnel auxiliaire) ou de son statut. La défenderesse estime également que la FGAM a accepté, dans le cadre de son recours contre le règlement du 26 juillet 2000 par devant le Conseil fédéral, la continuation de l'application du tarif-cadre du règlement du 3 juin 1981 et n'a pas demandé l'application du CPH en lieu et place du tarif-cadre dans ses conclusions. Il ressort aussi de la demande d'interprétation du 26 septembre 2003 de SantéSuisse que les assureurs-maladie ont admis que la facturation continuait à être régie dans l'ensemble par le tarif-cadre du règlement du

3 juin 1981. Il n'existe ainsi pas de facturation à double non conforme au CPH. Le Conseil fédéral n'a pas non plus dit, dans sa décision du 7 mars 2003, que le matériel pouvait seulement être facturé en sus conformément au CPH. Le matériel comprend en outre les médicaments. La défenderesse affirme avoir appliqué immédiatement l'arrêté du Conseil fédéral du 7 mars 2003 et avoir commencé à rembourser aux patients la différence résultant de la baisse de la valeur du point de 4 fr. 95 à 4 fr. 10 pour les prestations relatives à l'utilisation du lit, à la salle d'opération et à la surveillance postopératoire. La défenderesse critique ensuite la méthode d'extrapolation utilisée par la demanderesse pour chiffrer son dommage. Concernant le volume des factures prises en considération, elle relève que celles-ci comprennent également celles qui ont trait à l'activité ambulatoire pure et à la radiologie. Elle affirme avoir remboursé aux patients la somme de 1'140'888 fr. 95. Il reste un solde de 132'506 fr. 55 pour les patients qui ne répondent pas, ont changé d'adresse ou sont décédés. La défenderesse ayant déjà remboursé le trop-perçu, elle estime être libérée de cette obligation envers la demanderesse.

26. Lors de l'audience de comparution personnelle des mandataires en date du 20 septembre 2007, il est convenu que la demanderesse dépose une réplique portant sur la question de sa qualité pour agir, ainsi que la question de savoir si le remboursement effectué par les cliniques aux assurés éteint l'éventuelle créance des assureurs à due concurrence. Le Tribunal de céans ordonne par ailleurs à la défenderesse de communiquer à la demanderesse la liste des assurés qui ont été remboursés, si possible sur support informatique.
27. Par réplique du 31 janvier 2007, la demanderesse conclut à la constatation qu'elle a la qualité pour agir et que les remboursements éventuellement effectués directement en main des assurés par la défenderesse n'éteignent pas sa prétention faisant l'objet de la présente demande. Concernant la qualité pour agir, elle se prévaut de l'arrêt du 24 mai 2006 rendu par le Tribunal fédéral des assurances dans la présente cause, dans lequel cette juridiction a considéré que les caisses-maladie ont un droit propre à exiger des fournisseurs de prestations la restitution des sommes qu'ils ont perçues indûment, même lorsque celles-ci ont été versées par l'assuré et non pas par la caisse, fût-ce contre la volonté de l'assuré. Quant à l'imputation des remboursements du trop-perçu aux assurés sur sa créance, la demanderesse relève que la défenderesse savait déjà, en été 2003, qu'elle entendait lui réclamer la totalité du préjudice subi, dès lors qu'elle lui avait fait notifier un commandement de payer le 1^{er} juillet 2003. Le 16 août 2004, la demanderesse lui a écrit qu'elle était subrogée aux droits des assurés et que tout remboursement effectué en main de ces derniers exposait la défenderesse à devoir payer deux fois. Elle a rappelé cette subrogation une nouvelle fois le 22 septembre 2004. Or, selon les listings de la défenderesse et de XA_____, laquelle fait également l'objet d'une demande de remboursement, la quasi-totalité des remboursements a été effectuée entre le deuxième semestre 2004 et juin 2006. Ainsi, la demanderesse reproche à la défenderesse avoir délibérément fait le choix de payer une partie du montant dû aux assurés, en

connaissant l'existence de la présente action, et ceci dans le but de la compliquer à l'excès. Si le principe de l'imputation devait être admis, l'identification des bénéficiaires nécessiterait un calcul précis du montant que chaque assuré devrait lui rembourser, compte tenu du montant de sa franchise, de la participation aux frais, ainsi que d'autres factures relatives au même exercice. La demanderesse évalue le temps nécessaires pour le traitement des remboursements à 193 heures. A cela s'ajoute qu'il faudra encore joindre les bénéficiaires, ce qui n'est pas toujours possible, dans la mesure où ils ont éventuellement changé d'assureur, déménagé, quitté la Suisse ou sont décédés. Ainsi, la lourdeur des procédures administratives, qu'entraînerait l'admission d'une imputation, créerait un dommage supplémentaire.

28. Par écritures du 28 février 2007, la défenderesse conclut à la constatation que la demanderesse n'a pas la qualité pour agir et à l'irrecevabilité de la demande de ce fait, sous suite de dépens. Subsidiairement, elle conclut à ce que les remboursements intervenus aux mains des patients soient imputés sur une éventuelle créance de la demanderesse. En sus des arguments invoqués précédemment, elle relève que la seule démarche juridiquement possible pour satisfaire aux exigences de la rétroactivité du règlement modificatif du 7 mai 2003 est le retraitement individuel des factures et le remboursement à chaque patient du trop-perçu. Concernant l'imputation, la défenderesse fait observer que la demanderesse devrait rembourser le cas échéant à ses assurés les sommes qui leur seraient dues, à titre de franchise ou participation retenues. Elle devrait donc se livrer au même calcul si l'imputation n'était pas admise. Par ailleurs, les patients sont les créanciers prioritaires des cliniques. Par conséquent, en application des dispositions du droit civil, c'est celui qui a trop payé qui peut prétendre à la restitution du trop-perçu. La loi ne prévoit pas un droit de confiscation de la créance des patients en faveur des assureurs en cas de changement rétroactif de tarif. Il n'y a ainsi pas de base légale pour une subrogation des assureurs à leurs assurés. Quant à la qualité pour agir, la défenderesse conteste que le Tribunal fédéral des assurances ait tranché cette question dans son arrêt du 24 mai 2006. A cet égard, elle relève que le trop-perçu des cliniques dans le cadre d'un changement rétroactif d'un tarif ne saurait être assimilé à un traitement non économique au sens de la loi, lequel permet une action en remboursement. Enfin, la défenderesse allègue avoir effectué des remboursements dès 2003 et dû également supporter les frais administratifs y relatifs.
29. Suite à une requête en substitution de partie émanant de la demanderesse, le Tribunal de céans rectifie, par ordonnance du 14 juin 2007, le nom de celle-ci, laquelle devenant KPT Caisse-maladie SA.
30. Le 20 septembre 2007, une audience de comparution des mandataires a lieu dans toutes les causes impliquant les cliniques privées, dans le but de désigner des causes pilotes. Un délai au 5 octobre 2007 est accordé aux parties pour proposer quatre procédures phares.

31. Le 4 octobre 2007, la défenderesse, ainsi que les autres cliniques impliquées dans des procédures similaires, demandent la récusation de la Présidente et de la Présidente suppléante du Tribunal de céans. Par décision sur récusation du 18 janvier 2008, la Présidente suppléante, Madame J _____, qui a été désignée juge suppléant ad hoc au Tribunal arbitral par le Conseil d'État, ainsi que les arbitres désignés par les parties, rejettent la demande de récusation.
32. Par courrier du 8 février 2008, le Tribunal de céans impartit à la demanderesse un délai au 4 avril 2008, pour lui transmettre ses conclusions suite à la décision du Conseil fédéral du 12 mars 2004, la présente procédure ayant été retenue comme cause pilote. Le même délai est impartit aux demanderesse dans trois autres causes similaires.
33. Par courrier du 22 février 2008, les cliniques défenderesses impliquées s'opposent à cette façon de faire, estimant que le Tribunal de céans devrait d'abord statuer sur la qualité pour agir des demanderesse, puis octroyer aux cliniques défenderesses un nouveau délai pour se prononcer sur la question des procédures pilotes.
34. Par courrier du 29 février 2008, le Tribunal de céans répond aux cliniques défenderesses que la question de la qualité pour agir relève du droit du fond et qu'elle sera traitée dans le jugement final. Par ailleurs, le Tribunal de céans a décidé de procéder à l'instruction de quatre causes pilotes. S'agissant du délai octroyé aux demanderesse pour se prononcer sur la décision du 12 mars 2004, il relève qu'il ne fait que suite à la conclusion dans ce sens de celles-ci.
35. Par acte du 20 mars 2008, les cliniques défenderesses recourent contre le refus de statuer sur la qualité pour agir et les décisions incidentes du Tribunal de céans par devant le Tribunal fédéral. Par arrêt du 14 mai 2008, celui-ci rejette les recours, dans la mesure où ils sont recevables.
36. Le 4 avril 2008, la demanderesse se détermine sur la décision du Conseil fédéral du 12 mars 2004 et conclut à ce que la défenderesse soit condamnée au paiement de la somme de 230'000 fr. avec intérêts à 5% à compter du 1^{er} janvier 2002, ainsi que de 57'500 fr. avec intérêts à 5% à partir du 7 mars 2003, à titre de frais administratifs, sous suite de dépens. Elle relève que le Conseil fédéral a annulé les forfaits, par sa décision du 7 mars 2003, et que seule la tarification à la prestation, avec une valeur du point CPH arrêtée à 4 fr. 10, a trouvé grâce à ses yeux. Lorsqu'il a modifié le règlement du 26 juillet 2000, en date du 7 mai 2003, le Conseil d'Etat s'est borné à conserver l'art. 3 al. 2 du règlement, en tant qu'il faisait référence à la salle d'opération, l'utilisation d'un lit et à la surveillance postopératoire, sans mentionner les forfaits annulés par le Conseil fédéral. Comme le Conseiller d'État en charge du département compétent l'a communiqué dans son courrier du 30 mai 2003, l'essentiel, si ce n'est la totalité des prestations des cliniques privées, dans le cadre des traitements ambulatoires, se résument à ces prestations mentionnées dans le

règlement modifié. Par conséquent, seule la structure tarifaire du CPH peut être retenue. La loi prévoit à cet égard que les tarifs à la prestation doivent se fonder sur une structure uniforme, fixée par convention sur le plan suisse. Par ailleurs, dans l'attente de l'introduction du TARMED, le Conseil fédéral a jugé à plusieurs reprises que le CPH constituait la structure tarifaire uniforme de référence qui s'appliquait aux traitements ambulatoires dispensés en milieu hospitalier ou par les cliniques privées. Cela est également confirmé par le Conseil fédéral dans la décision qu'il a rendue dans le cadre de la contestation de l'approbation de la convention tarifaire passée entre les Hôpitaux universitaires de Genève (HUG) et la FGAM concernant les traitements ambulatoires, les examens ambulatoires et les interventions de chirurgie ambulatoires. Ainsi, il n'y a aucune place pour l'application du règlement du 3 juin 1981, ce règlement ne valant que pour les factures du médecin traitant et de l'anesthésiste. La demanderesse relève aussi qu'il n'est pas rare que la durée d'utilisation de la salle d'opération indiquée par la défenderesse ne correspond pas à celle indiquée dans la facture de l'anesthésiste ou du médecin. Selon le CPH, sont compris dans la taxe de base d'utilisation des locaux, les instruments, les équipements et le linge opératoire, la stérilisation, le matériel d'usage courant, l'assistance par le personnel auxiliaire etc. Or, la défenderesse a facturé ces postes en plus. La demanderesse constate également que les médicaments sont pour l'essentiel compris dans la taxe. Seuls peuvent être facturés en sus le sang et les produits de remplacement, l'autotransfusion intraopératoire, les prestations médicales étrangères (pathologies, etc), les implants et les prestations de radiographie fournies par le personnel radiographique en salle d'opération. En outre, le Conseil fédéral a précisé que les termes "matériel facturé en sus" doivent être compris dans le sens qu'il s'agit d'un renvoi aux dispositions générales du CPH. Par conséquent, le matériel de pansement et celui d'usage courant, qui pourrait être facturé séparément, parce que non compris dans les taxes de base, doivent l'être au prix coûtant (prix d'achat + 10%). Les médicaments seront facturés au prix du public applicable aux emballages originaux (moins 10%). Les instruments, les appareils et autres objets acquis au frais de l'assurance, de la caisse-maladie ou du patient, qui restent en permanence en mains des patients, sont facturés au prix de revient et deviennent la propriété de l'assurance, de la caisse-maladie ou du patient. S'agissant du trop-perçu, la demanderesse a procédé à la retaxation du dossier, suite à la décision du Conseil fédéral du 12 mars 2004, ce qui a engendré des frais administratifs supplémentaires de 44'316 fr. 45. L'examen des factures a permis de confirmer l'estimation de 53 % de trop-perçu résultant des estimations. Selon la demanderesse, sur un total de remboursement de près de 400'000 fr., près de 215'000 fr. ont été facturés en trop par la défenderesse. A l'appui de ses dires, la demanderesse produit les factures litigieuses, accompagnées de protocoles de retaxation, ainsi que d'un listing récapitulatif. Dès lors que le prix des médicaments et des pansements éventuellement facturables n'a pas pu être déterminé conformément au CPH, la demanderesse conclut au paiement d'une somme de 230'000 fr. majorée de frais administratifs arrêtés à 25%, soit 57'500 fr.

37. Par écritures du 21 octobre 2008, la défenderesse persiste dans ses conclusions. Elle conteste que l'intégralité de la facturation des cliniques privées doive être effectuée en application du CPH. Elle allègue que Santésuisse, le Conseil d'État et le DFJP ont toujours admis, tout au long de la procédure qui a abouti à l'édiction du règlement modificatif du 7 mai 2003, que le tarif-cadre du règlement du 16 juin 1981 s'appliquait à toutes les prestations médicales des cliniques, à savoir notamment les soins dispensés par les infirmières dans les unités de soins, aux prestations de laboratoire et aux prestations médico-techniques, à l'exception de la salle d'opération, de l'utilisation du lit et de la surveillance postopératoire, prestations non prévues par le tarif-cadre, pour la facturation desquelles le protocole d'accord ACPG/FGAM de 1997, puis la convention du 3 juin 1999 et enfin le règlement du 26 juillet 2000 ont été adoptés. Selon la défenderesse, l'art. 3 al. 3 du règlement du 26 juillet 2000, lequel renvoie au tarif-cadre pour la facturation des honoraires médicaux, n'a pas de portée propre, le tarif-cadre continuant à s'appliquer en tout état de cause. Par ailleurs, le fait que le tarif-cadre ne vaut pas structure tarifaire uniforme est sans pertinence, dès lors que cela vaut également pour le CPH. Ainsi, la seule question qui demeure ouverte est le remboursement de la différence résultant de la baisse de la valeur du point CPH de 4 fr. 95 à 4 fr. 10 pour les trois prestations relatives à l'utilisation du lit, à la salle d'opération et à la surveillance postopératoire et, pour les cliniques dont la majoration du matériel était supérieur à 10% avant le 7 mars 2003, l'alignement sur ce taux. Quant au prix des médicaments, la défenderesse affirme avoir dispensé les médicaments à la pièce, selon les besoins des patients, et non à l'emballage. Elle a facturé les médicaments au prorata du prix public, dans la mesure où cela implique un travail de gestion de stocks par un service de pharmacie dûment autorisé. Cette façon de faire est cependant manifestement plus économique que de facturer un emballage de vingt ou trente pastilles avec un rabais de 10%. Elle donne ensuite un exemple de facturation. Celle-ci comprend une facturation de base pour la salle d'opération de 260 fr. 35, le montant qui est censé couvrir la location des murs, l'équipement de base, la table d'opération et un agencement de stérilisation, d'une valeur totale de 850'000 fr., sans compter les frais du personnel infirmier et du service de stérilisation. Chaque opération nécessite ensuite des appareils que la clinique achète, tient à jour, entretient et met à la disposition des médecins pour faire l'intervention. Cette mise à disposition constitue une prestation médicale de la clinique, soit une prestation médico-technique, qu'elle facture selon le tarif-cadre du règlement du 3 juin 1981. Quant aux médecins, ils facturent séparément l'acte médical, soit l'opération entreprise. La défenderesse conteste ainsi que les prestations médico-techniques sont incluses dans la taxe de base de la salle d'opération. A cet égard, elle relève que certains appareils sont très coûteux, de sorte que la prestation médico-technique peut être plus chère que la taxe de base de l'utilisation de la salle d'opération. En ce qui concerne les prestations du personnel médical auxiliaire, il s'agit de soins et de surveillance spécifiques accordés hors salle d'opération, dans les unités de soins. Ces prestations sont facturables selon le

tarif-cadre du règlement du 3 juin 1981. Il ne s'agit donc pas d'une facturation à double, comme cela est mentionné dans les protocoles de retaxation de la demanderesse. La défenderesse conteste par ailleurs que les factures litigieuses à retraiter représentent 399'928 fr. 65, dès lors qu'elles comprennent des factures qui ne concernent pas cette affaire, dans la mesure où elles ont trait à des admissions et des factures émises avant le 1^{er} janvier 2000, ainsi qu'à des accidents, pour un montant total de 13'731 fr. 40, ainsi que des factures établies dès le 1^{er} avril 2003, conformément au règlement modificatif, qui ne doivent pas être retraitées, ayant été émises correctement. Ces factures représentent un total de 102'648 fr. 80. Ainsi, le montant des factures effectivement à retraiter n'est que de 282'512 fr. 95 pour 173 dossiers. Elle affirme avoir retraité, quant à elle, 290 factures de patients mentionnant la demanderesse comme caisse-maladie pour un montant de 43'415 fr. 50, représentant une moyenne de 10,62 % des factures initiales émises, pour un montant de 408'734 fr. 55, et avoir remboursé 39'276 fr. 40 à ses patients. Un solde de 3'891 fr. 10 n'a pas encore été remboursé. A cet égard, elle relève que la demanderesse n'a pas contesté les remboursements intervenus. Elle allègue aussi qu'il est faux que la demanderesse a remboursé près de 400'000 fr. à ses patients. En effet, pendant la période du 1^{er} janvier 2000 au 31 mars 2003, il ressort des protocoles de retaxation qu'elle n'a remboursé que la somme de 8'498 fr. 70. Durant la période du 1^{er} avril au 31 décembre 2003, elle n'a remboursé que le montant de 8'429 fr. 20. Elle n'a donc pas prouvé sa créance alléguée de 215'000 fr. Enfin, la majoration de 15'000 fr. pour le prix des médicaments et des pansements éventuellement facturables est injustifiée, la demanderesse ayant déjà supprimé dans ses protocoles de taxation toute facturation de matériel et des médicaments. La défenderesse conteste aussi la prétention en paiement des frais administratifs.

38. Par courrier du 17 novembre 2009, le Tribunal de céans invite la défenderesse à lui indiquer comment sa mandante a facturé le matériel.
39. Le 24 novembre 2009, la défenderesse fait part au Tribunal de céans de ce qui suit :

« X_____ SA confirme avoir facturé le matériel conformément à l'arrêté du Conseil fédéral du 7 mars 2003 et au règlement modificatif, à savoir :

- prix d'achat total (y inclus TVA) + 10%.

Dans la mesure où la facturation du matériel antérieure à l'arrêt du Conseil fédéral du 7 mars 2003 comprenait une majoration de 20%, les patients ont été remboursés rétroactivement de cette différence (à partir du 1^{er} janvier 2000). »

A l'appui de ses dires, elle produit une facture initiale du 1^{er} juin 2001 et une facture corrigée du 11 avril 2005 concernant une de ses patientes, la seconde facture comportant une rubrique informative spéciale « *correction majoration matériel* ».

40. Le 23 décembre 2009, la demanderesse se détermine sur les écritures précitées de la défenderesse. Elle répète que la position 3061.11 du CPH relative à la salle d'opération comprend déjà bon nombre de matériel, de sorte qu'il ne saurait être facturé en sus. La demanderesse estime en outre insuffisante la réponse donnée par la défenderesse concernant le mode de facturation du matériel, la facture produite n'indiquant pas de quel matériel il s'agit et comment la somme remboursée a été calculée. Il s'agit en outre d'un seul exemple de facture. La demanderesse persiste ainsi dans ses conclusions.
41. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Par arrêt du 26 mai 2006, le Tribunal fédéral des assurances a reconnu la compétence du Tribunal de céans. La compétence matérielle ne peut cependant pas être admise pour les prétentions en paiement de dommages-intérêts afférents au travail administratif nécessaire, comme il sera exposé ci-dessous (cf. infra consid. 21).

La demande respecte par ailleurs les conditions de forme prescrites par les art. 64 al. 1 et 65 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA ; RS E 5 10). Sous la réserve précitée, elle est dès lors recevable.

2. L'objet du litige est la question de savoir si la demanderesse est en droit de demander la restitution des montants facturés en trop à la suite de la modification du règlement du 26 juillet 2000 du Conseil d'État, en date du 7 mai 2003, ainsi que la détermination des sommes éventuellement dues à ce titre.
3. Aux termes de l'art. 56 al. 1 LAMal, le fournisseur de prestations doit limiter ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement. Il peut être tenu de restituer les sommes reçues à tort au sens de la présente loi (al. 2). Ont qualité de demander la restitution l'assuré ou l'assureur dans le système du tiers garant (al. 2 let. a) et l'assureur dans le système du tiers payant (al. 2 let. b). Selon la jurisprudence en la matière, il doit s'agir de l'assureur qui a effectivement pris en charge la facture (ATF 127 V 281 consid. 5.d p. 286).

En l'occurrence, la demanderesse fait valoir que les prestations litigieuses n'ont pas été facturées en application d'un tarif valable. Cette question est réglée par les art. 43 ss LAMal. Selon l'art. 43 al. 1 LAMal, les fournisseurs de prestations doivent établir la facture sur la base de tarifs ou de prix. L'art. 44 al. 1 LAMal prescrit que le fournisseur de prestations doit respecter les tarifs et les prix fixés par convention ou par l'autorité compétente et qu'il ne peut exiger une rémunération plus élevée pour les prestations fournies en application de la présente loi. Ces dispositions ont

également pour but d'assurer l'économicité des prestations, prescrite par l'art. 32 LAMal et dont la violation est sanctionnée par l'art. 56 LAMal, et de contribuer à la réduction des coûts (Gebhard EUGSTER, Krankenversicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, p. 146, ch. 284). Ainsi convient-il de considérer que l'obligation de restitution des prestations facturées en violation de la LAMal peut être fondée sur l'art. 56 al. 2 LAMal (cf. ATF 133 579, page 581, consid. 3.4).

4. En premier lieu, la défenderesse conteste la légitimation active de la demanderesse, en faisant valoir qu'une caisse-maladie ne saurait intervenir à la place de l'assuré dans le système du tiers garant.

Toutefois, comme le Tribunal fédéral des assurances l'a relevé, dans son arrêt du 24 mai 2006 rendu dans la présente cause, les assureurs ont un droit propre à exiger des fournisseurs de prestations la restitution des sommes qu'ils ont perçues indûment, même lorsque celles-ci leur ont été versées par l'assuré et non pas par l'assureur et fût-ce contre la volonté de l'assuré (cf. aussi ATF 127 285 s. consid. 5c).

A cela, la défenderesse rétorque que l'on ne saurait appliquer l'art. 56 al. 1 et 2 LAMal et la jurisprudence rendue à ce sujet à la réclamation du trop-perçu en cas de changement rétroactif de tarif. Cependant, comme relevé ci-dessus, toutes les créances en restitution des prestations facturées en violation de la LAMal peuvent être fondées sur l'art. 56 al. 2 de cette loi, dès lors que les dispositions portant notamment sur la tarification ont également pour but d'assurer l'économicité des prestations prescrite par l'art. 32 LAMal.

Partant, la qualité pour agir de la demanderesse doit être admise.

5. 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 (LPGA), le droit de demander la restitution s'éteint un an après le moment où l'assurance a eu connaissance du fait, mais au plus tard cinq ans après le versement de la prestation. 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 1^{er} janvier 2003, l'art. 47 al. 2 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (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 cette jurisprudence, les délais de la disposition précitée constituent des délais de péremption (ATF 119 V 433, consid. 3a).

Le délai de péremption d'une année commence à courir dès le moment où l'assurance sociale aurait dû connaître les faits fondant l'obligation de restituer, en faisant preuve de l'attention que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elle. Lorsque la restitution est imputable à une faute de l'administration, on ne saurait considérer comme point de départ du délai le moment où la faute a été commise, mais bien celui auquel l'administration aurait dû, dans un deuxième temps (par exemple à l'occasion d'un contrôle comptable), se rendre compte de son erreur en faisant preuve de l'attention requise (ATF 124 V 380 consid. 1 ; ATFA non publié du 3 février 2006, C 80/05).

6. En l'occurrence, le Conseil fédéral a statué, dans sa décision du 7 mars 2003, que toutes les prestations visées par l'art. 3 du règlement du 26 juillet 2000 doivent être facturées en application du CPH, avec une valeur du point de 4 fr. 10. Ce faisant, le Conseil fédéral a annulé, avec effet rétroactif, l'art. 3 al. 1 de ce règlement, prévoyant une tarification forfaitaire pour certains traitements et interventions de chirurgie ambulatoire. Il a par ailleurs mis fin à la facturation ordonnée par le DFJP sur la base d'une valeur du point de 4 fr. 95, par décision du 8 janvier 2001.

Ainsi, la demanderesse pouvait avoir connaissance de la modification de la tarification au plus tôt lorsque la décision du Conseil fédéral du 7 mars 2003 a été portée à sa connaissance, à savoir le 8 suivant. Partant, sa demande introduite le 8 mars 2004 respecte le délai légal d'une année.

7. Est contestée en l'espèce la tarification des traitements ambulatoires et des interventions de chirurgie ambulatoire pratiqués dans les cliniques privées à la charge de l'assurance obligatoire des soins.

a) L'art. 43 al. 1 LAMal prescrit, comme relevé ci-dessus, que les fournisseurs de prestations doivent établir leurs factures sur la base de tarifs ou de prix. Selon al. 4 de cette disposition, ceux-ci sont fixés par convention entre les assureurs et les fournisseurs de prestations (convention tarifaire) ou, dans les cas prévus par la loi, par l'autorité compétente. Ils veillent à ce que les conventions tarifaires soient fixées selon les règles applicables en économie d'entreprise et structurées de manière appropriée. En cas de conventions conclues entre des fédérations, les organisations qui représentent les intérêts sur le plan cantonal ou fédéral sont entendues avant la conclusion. En vertu de l'art. 43 al. 5 LAMal, les tarifs à la prestation doivent se fonder sur une structure tarifaire uniforme, fixée par convention sur le plan suisse. Si les partenaires tarifaires ne peuvent s'entendre sur une structure tarifaire uniforme, le Conseil fédéral la fixe. Enfin, l'art. 44 LAMal garantit la protection tarifaire.

L'art. 47 al. 1 LAMal dispose que si aucune convention tarifaire ne peut être conclue entre les fournisseurs de prestations et les assureurs, le gouvernement cantonal fixe le tarif, après avoir consulté les intéressés.

b) Le 24 mars 1997, la FGAM et l'ACPG ont signé un protocole d'accord qui s'appliquait, aux termes de l'art. 2.1, aux interventions de semi-hospitalisation nécessitant l'utilisation d'une salle d'opération. Il avait également pour but de régler les conditions techniques, scientifiques et financières relatives à une étude sur les interventions de semi-hospitalisation les plus fréquentes en clinique privée non subventionnée (art. 1.1). La tarification était réglée par l'art. 3 qui avait la teneur suivante:

"3.1 Les tarifs pratiqués pour l'étude précitée sont basés sur le catalogue des prestations hospitalières (CPH) pour la salle d'opération, l'utilisation du lit ainsi que la surveillance post-opératoire.

3.2 La valeur du point CPH est fixée à 4,95 francs. Les assureurs-maladie ayant adhéré au présent protocole d'accord s'engagent à appliquer le CPH avec une valeur de point fixée à 4,95 francs pour la salle d'opération, l'utilisation du lit ainsi que la surveillance postopératoire.

3.3 Le matériel utilisé lors de l'intervention est facturé en sus."

Dans l'avenant au protocole d'accord du 19 décembre 1997, l'art. 2 stipule ce qui suit:

"Il est précisé que les tarifs pratiqués pour l'étude précitée [sur les interventions de semi-hospitalisations les plus fréquentes] sont basés sur le catalogue des prestations hospitalières (CPH) pour la salle d'opération, l'utilisation du lit, ainsi que la surveillance post-opératoire.

Le matériel utilisé lors de l'intervention, ainsi que les médicaments sont facturés en sus."

c) Avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 2000 a ensuite été adopté le règlement du 26 juillet 2000 (RS J 3 05.14). Il définit comme traitements ambulatoires ou interventions de chirurgie ambulatoire toutes les interventions pratiquées sur des patients qui peuvent retourner chez eux le même jour ou après une nuitée, mais pas plus de 24 heures après leur admission au sein de la clinique (art. 2 al. 2). A son art. 3, il prescrivait la tarification suivante:

"1. Les traitements ambulatoires ainsi que les interventions de chirurgie ambulatoire énumérés dans la liste ci-après sont facturés selon un forfait, étant précisé que les prix indiqués n'englobent pas le matériel lorsque cela est spécifié:

(suit l'énumération de 30 interventions chirurgicales)

2. S'agissant des traitements ambulatoires et des prestations de chirurgie ambulatoire qui ne figurent pas dans cette liste, le CPH est pris comme base de tarification, avec une valeur de point fixée à 4,10 F 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.

3. Les honoraires médicaux sont facturés d'après le règlement fixant le tarif-cadre des prestations médicales pour soins ambulatoires aux assurés des caisses-maladie, du 3 juin 1981."

d) Sur recours, le Conseil fédéral a annulé l'art. 3 al. 1 relatif aux tarifs forfaitaires de ce règlement. Au ch. 5 de son dispositif, il a par ailleurs fixé le tarif pour ces prestations de la façon suivante:

"Les prestations visées par la disposition précitée [interventions facturées selon un forfait] doivent être rémunérées en application du Catalogue des prestations hospitalières (CPH), la valeur du point étant fixée à fr. 4.10 s'agissant de prestations médicales. Le matériel utilisé lors de l'intervention est facturé en sus."

Ce faisant, le Conseil fédéral a considéré que le CPH pouvait être considéré comme une structure tarifaire uniforme valable au niveau national au sens de l'art. 43 al. 5 LAMal, tout en admettant qu'il ne correspondait pas à toutes les exigences légales, dans la mesure où il ne s'agissait pas d'une convention, comme exigé par cette dernière disposition, les assureurs-maladie n'ayant pas été associés à son élaboration. Par ailleurs, le Conseil fédéral a fait état de ce qu'il était apparu, dans une cause opposant Santésuisse au canton de Thurgovie en matière de fixation des tarifs, que le CPH contenait des erreurs de nature structurelle, justifiant une révision complète du tarif. Néanmoins, en raison de la prochaine introduction du TARMED, le Conseil fédéral a estimé qu'une telle révision serait disproportionnée en l'état. Cela étant, il a retenu ce qui suit (p. 16):

"Il en résulte que l'utilisation partielle du CPH pour la tarification, par les cliniques privées genevoises, des traitements ambulatoires et des prestations de chirurgie ambulatoire, s'agissant de la salle d'opération, de l'utilisation du lit ainsi que de la surveillance postopératoire est en l'état conforme à la LAMal."

S'agissant du matériel utilisé lors des traitements et interventions, la FGAM a demandé une facturation au prix d'achat, alors que les cliniques souhaitaient une facturation au prix de revient, dans le cadre du recours devant le Conseil fédéral. Celui-ci a toutefois considéré qu'il paraissait douteux que le Conseil d'État ait établi un tarif pour la facturation du matériel, un tarif étant défini comme un ensemble de règles abstraites qui permettent, dans un cas concret, de calculer et de recouvrer le

montant dû pour une prestation déterminée. En effet, selon le Conseil fédéral, la disposition litigieuse paraissait manquer de précision, notamment quant au calcul de la rémunération due. Il a ensuite estimé que le Conseil d'État n'entendait pas édicter une disposition tarifaire indépendante, en ce qui concerne le matériel, mais de fixer le tarif par renvoi à la réglementation du CPH, dont les ch. 10 et 11 des dispositions générales portent sur la facturation séparée du matériel. Par ailleurs, d'autres précisions figuraient également dans le vade-mecum du tarif médical AA/AM/AI du CPH, auquel il y avait lieu de se reporter. Le ch. 1011 du vade-mecum fixait un montant égal au prix d'achat + 10% pour le matériel. Ainsi, le Conseil fédéral a retenu que la facturation à part du matériel ordonnée par le Conseil d'État pouvait s'effectuer sur cette base.

e) Suite à la décision du Conseil fédéral du 7 mars 2003, le Conseil d'État a modifié le 7 mai 2003 le règlement du 26 juillet 2000, en abrogeant l'art. 3 al. 1 relatif à la tarification forfaitaire et en adoptant un nouvel al. 2 avec la teneur suivante:

"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 4.10 F 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."

L'entrée en vigueur de cette modification a été fixée rétroactivement au 1^{er} janvier 2000.

f) Santésuisse a par ailleurs demandé une interprétation de la décision du 5 mars 2003 du Conseil fédéral, dès lors que les parties n'avaient pas réussi à s'entendre sur la question des prestations visées par le dispositif de cette décision. Toutefois, le Conseil fédéral a considéré que le champ d'application du règlement du 26 juillet 2000, s'agissant des prestations pour lesquelles le tarif a été fixé, n'avait jamais constitué l'objet du litige. A cet égard, il a néanmoins précisé ce qui suit:

"On ne saurait inférer du complément de formulation figurant au chiffre 5 du dispositif de la décision - "s'agissant de prestations médicales" - que le Conseil fédéral a voulu désigner différemment les prestations tarifées par rapport à celles initialement visées par le Conseil d'État dans son règlement, cet ajout servant uniquement à englober globalement la catégorie des prestations du CPH pour laquelle le Conseil fédéral devait fixer la valeur du point CPH (par opposition à certaines catégories de prestations du CPH auxquelles s'appliquent d'autres valeurs de point - par exemple, pour les prestations de physiothérapie ou de laboratoire);

De même, à partir du moment où le Conseil fédéral a décidé de soumettre les prestations concernées au CPH, on ne saurait pas non plus tirer des déductions quelconques sur l'étendue des prestations tarifées,

du fait que le chiffre 5 du dispositif prévoit que le matériel utilisé lors de l'intervention est facturé en sus;

Par ailleurs, le champ d'application par rapport aux prestations tel qu'il ressort du règlement entrepris là où il n'est pas touché par la décision du Conseil fédéral est imprécis, voire lacunaire: tant l'intitulé du règlement, sa définition des prestations visées (traitements ambulatoires et interventions de chirurgie ambulatoire, cf. art. 2, 2^e al.) que sa systématique (portée de l'article 3, 1^{er} alinéa par rapport à l'article 3, 2^e alinéa indiquant que le CPH s'applique à la salle d'opération, à l'utilisation d'un lit ou à la surveillance postopératoire; portée des premier et deuxième alinéas de l'article 3 par rapport au renvoi au règlement J 3 05.12 relatif aux honoraires médicaux figurant au 3^e alinéa) ne permettent pas d'établir clairement et précisément quelles sont les prestations pour lesquelles le Conseil d'État entendait fixer le tarif, en particulier s'agissant des prestations de l'article 3, 1^{er} alinéa;

Bien que conscient de cette lacune - qui n'a jamais été soulevée par les parties -, le Conseil fédéral est parti de l'idée que d'éventuels litiges en la matière seraient tranchés par les tribunaux compétents pour traiter des cas concrets d'application du tarif".

g) Statuant sur le recours contre la modification du 7 mai 2003 du règlement du 26 juillet 2000, le Conseil fédéral a considéré que celle-ci contenait une nouvelle règle destinée à combler une lacune initiale, en indiquant que le champ d'application du tarif portait uniquement sur les prestations de la salle d'opération, de l'utilisation du lit et de la surveillance postopératoire. Il a estimé que la nouvelle réglementation était conforme au dispositif de sa décision du 7 mars 2003, dès lors que les prestations englobées dans les forfaits prévus par le règlement du 26 juillet 2000 comprenaient, pour tout ou partie, la salle d'opération, l'utilisation du lit et la surveillance postopératoire, et que l'application du nouveau règlement conduisait à rémunérer ces prestations en application du CPH avec une valeur du point de 4 fr. 10. Il n'était certes par exclu que les forfaits prévus à l'origine aient englobé d'autres prestations que la salle d'opération, l'utilisation d'un lit et la surveillance postopératoire. Cependant, le Conseil fédéral n'entendait pas délimiter lui-même au chiffre 5 de sa décision quelles étaient exactement les prestations comprises dans les forfaits. Il savait uniquement avoir affaire à des prestations médicales du CPH, sans savoir précisément lesquelles, et n'avait ainsi pas édicté sa propre réglementation détaillée relative à cette question.

h) Concernant le champ d'application, le Conseiller d'État en charge du département compétent a par ailleurs indiqué, dans son courrier du 30 mai 2003, ce qui suit:

"Compte tenu de ce renvoi explicite [au CPH] et compte tenu également de l'exclusion des honoraires des médecins de l'objet du litige (...) c'est l'article 3 alinéa 2 du règlement qui doit être appliqué aux 30 prestations anciennement visées par l'alinéa 1^{er}, le CPH étant pris comme base de tarification pour ce qui concerne la salle d'opération, l'utilisation du lit ainsi que la surveillance postopératoire. Je ne vois pas quelles sont les autres prestations médicales qui entreraient dans le champ d'application du règlement J 3 05.14 et auxquelles le CPH devrait s'appliquer."

8. a) S'agissant des prestations ambulatoires fournies au sein d'un hôpital, il y a lieu de distinguer entre deux types de prestations, comme le DFJP l'a exposé dans sa décision sur mesures provisionnelles du 8 janvier 2001 (p. 12): d'une part, les prestations semi-hospitalières ou semi-stationnaires, à savoir les traitements effectués dans un hôpital, dont la durée est en principe de moins de 24 heures et qui exigent l'infrastructure d'un hôpital, ainsi qu'une surveillance et des soins liés au traitement, tels qu'ils ne peuvent être fournis que dans le cadre hospitalier; d'autre part, les prestations ambulatoires au sens étroit, à savoir les prestations qui ne nécessitent pas une surveillance et des soins fournis uniquement dans le cadre d'un hôpital, mais qui peuvent être effectués également hors de l'hôpital, dans un cabinet privé. Ces deux types de prestations ambulatoires constituent des prestations ambulatoires au sens large.

b) Il ressort du dossier que, dans le canton de Genève jusqu'à l'adoption du règlement du 26 juillet 2000 et pendant les mesures provisionnelles ordonnées par le DFJP, deux différentes bases de tarification étaient appliquées aux prestations ambulatoires dispensées en clinique privée. Il s'agit, d'une part, du tarif-cadre du règlement du 3 juin 1981 (RS J 3 05.1) pour la facturation, en plus des honoraires du médecin indépendant, de toutes les prestations fournies en ambulatoire par les cliniques privées (prestations ambulatoires au sens étroit). Toutefois, dès lors que ce dernier règlement ne s'appliquait qu'aux médecins inscrits au registre de leur profession, aux termes de son art. 4, les prestations ambulatoires au sens étroit n'étaient facturées que par analogie à ce règlement. D'autre part était applicable le CPH pour la facturation de la salle d'opération, de l'utilisation du lit et de la surveillance postopératoire, prestations non prévues par le tarif-cadre du règlement du 3 juin 1981.

Par ailleurs, il sied de relever que, lors d'une intervention chirurgicale, les cliniques facturaient non seulement les prestations précitées sur la base du CPH, ainsi que le matériel et les médicaments en sus, mais également d'autres prestations, tels que par exemple l'équipement de base de sa salle d'opération (monitoring, microscope, etc.) et les soins effectués par le personnel paramédical (perfusion, ponction, etc.), sur la base du règlement du 3 juin 1981. Ainsi, l'art. 3 al. 3 du règlement du 26 juillet 2000, selon lequel les honoraires médicaux sont facturés selon le règlement du 3 juin 1981, était interprété, du moins par l'ACPG, dans le sens que les termes

"honoraires médicaux" couvraient aussi les prestations médico-techniques de la clinique et pas seulement les honoraires des médecins qui dispensent les soins dans une clinique privée.

9. Il n'est pas contesté en l'espèce par les parties qu'il convient d'appliquer la tarification du CPH pour la salle d'opération, l'utilisation du lit et la surveillance postopératoire, avec une valeur du point à 4 fr. 10. Sont toutefois litigieuses les questions suivantes:
- a. Le matériel, ainsi que les médicaments peuvent-ils être facturés en sus, même si le CPH prévoit qu'ils sont compris dans l'indemnité relative à l'utilisation de la salle d'opération, l'utilisation du lit et la surveillance postopératoire?
 - b. Les cliniques peuvent-elles facturer, en sus du tarif du CPH prévu pour les trois positions susmentionnées, d'autres prestations, notamment des prestations médico-techniques, selon le tarif-cadre du règlement du 3 juin 1981, indépendamment des honoraires des médecins pour les prestations dispensées dans le cadre des soins hospitaliers non stationnaires?

10. Pour l'interprétation d'une norme, il faut en premier lieu se fonder sur sa lettre (interprétation littérale). Si le texte de celle-ci n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de son texte sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté de son auteur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique). Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important (ATF 131 V 90 consid. 4.1 ; voir aussi ATF 130 II 71 consid. 4.2, 129 V 165 consid. 3.5).

En l'espèce, il s'agit toutefois essentiellement d'interpréter les textes légaux à la lumière des décisions du Conseil d'Etat rendues au sujet du règlement du 26 juillet 2000.

11. En concerne la question de la facturation du matériel, il résulte en principe de la teneur modifiée de l'art. 3 du règlement du 26 juillet 2000, selon une interprétation littérale, que le matériel utilisé lors de l'intervention peut être facturé en plus. Il est vrai que, selon le CPH, cela n'est pas le cas, sauf en ce qui concerne le sang et les produits de remplacement, l'autotransfusion intra-opératoire, les prestations médicales étrangères, les implants et les prestations de radiographie fournies par le personnel radiographique en salle d'opération (F 26 CPH). Se pose dès lors la question de savoir si, du fait qu'il est renvoyé au CPH pour ce qui concerne la salle d'opération, l'utilisation du lit et la surveillance postopératoire, cela implique automatiquement que le matériel compris dans la taxe du CPH ne peut pas être facturé en sus.

De l'avis de la demanderesse, le Conseil fédéral a statué dans ce sens, par sa décision du 7 mars 2003, en ce qu'il a considéré qu'il fallait comprendre la phrase que le matériel était facturé en sus comme un renvoi aux dispositions générales du CPH, à savoir les dispositions B.9 ch. 10 et 11. Tel n'est pas l'avis du Tribunal de céans. En effet, il ressort de cette décision que le Conseil fédéral a interprété cette norme dans le sens que le Conseil d'Etat entendait renvoyer au CPH seulement pour ce qui concerne le tarif du matériel et des médicaments, mais non pas concernant la question de savoir si le matériel, et le cas échéant lequel, était inclus dans les taxes du CPH.

Il convient par ailleurs de relever que, selon le ch. 5 du dispositif de la décision du 7 mars 2003 du Conseil fédéral, le matériel utilisé lors de l'intervention devait aussi être facturé en sus. Cet ajout n'aurait pas été nécessaire si seul le CPH était applicable. Dans ses considérants, le Conseil fédéral retient en outre que le règlement du 26 juillet 2000 querellé prévoit une utilisation partielle du CPH pour la tarification, ce qui implique que ce catalogue n'est pas entièrement applicable tel quel. Une utilisation seulement partielle du CPH peut en outre être justifiée par le fait que ce catalogue ne correspond pas à une convention entre les partenaires impliqués, tel que cela est exigé par la LAMal, et qu'il contient de surcroît des erreurs, comme le Conseil fédéral l'a reconnu.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal de céans estime que le matériel peut être facturé en sus, indépendamment d'une réglementation divergente prévue à ce sujet par le CPH.

12. Se pose ensuite la question de savoir si les médicaments peuvent être facturés en sus, le cas échéant s'il convient de considérer que les médicaments sont compris dans le matériel.

Selon le CPH, ils sont déjà inclus dans la taxe pour l'utilisation de la salle d'opération, tout comme le matériel (F 26 CPH).

Ni le règlement du 26 juillet 2000 ni le texte modifié de celui-ci ne mentionnent les médicaments. Le protocole d'accord du 24 mars 1997 stipulait, à son art. 3, que le matériel utilisé lors de l'intervention est facturé en sus, sans référence aux médicaments. Ceux-ci sont toutefois mentionnés à l'art. 2 al. 2 de l'avenant à ce protocole d'accord du 19 décembre 1997.

Quant au Conseil fédéral, il a traité la question des médicaments avec celle du matériel, dans sa décision du 7 mars 2003, et ne semble pas faire de distinction entre ces prestations (cf. p. 20). Il sied en outre de relever qu'il y a des similitudes entre le matériel et les médicaments, dès lors qu'il s'agit dans les deux cas de frais variables d'un patient à l'autre.

Cela étant, de l'avis du Tribunal de céans, il y a lieu de considérer que les médicaments constituent du matériel au sens large, de sorte qu'ils peuvent également être facturés en sus.

13. Reste à examiner si, en plus de la salle d'opération, de l'utilisation du lit et de la surveillance postopératoire, les cliniques peuvent facturer d'autres prestations, notamment des prestations médico-techniques et d'assistance du personnel médical ou auxiliaire, à l'instar de la défenderesse.

a) Selon la défenderesse, ces prestations constituent des honoraires médicaux qui peuvent être facturés en sus sur la base de l'ancien tarif-cadre du règlement du 3 juin 1981.

Il est vrai que le règlement du 1er janvier 2000 prévoit à l'al. 3 que les honoraires médicaux sont facturés sur la base du règlement du 3 juin 1981. Il n'est toutefois pas défini ce qu'il faut entendre par ces termes: s'agit-il uniquement des honoraires des médecins pour les prestations dispensées dans le cadre des soins hospitaliers non stationnaires ou également des "honoraires" relatifs à d'autres prestations médicales des cliniques?

Le Conseil fédéral se prononce sur cette question dans sa décision du 7 mars 2003 (cf. consid. 8.2 page 23). Il a implicitement considéré que l'art. 3 al. 3 du règlement querellé concernait uniquement les honoraires des médecins pour les prestations dispensées dans le cadre des soins hospitaliers non stationnaires, dès lors qu'il a estimé que ces honoraires ne faisaient pas l'objet du litige, seuls les traitements ambulatoires et les interventions de chirurgie ambulatoire pratiqués dans les cliniques privées étant visés. Ainsi, de l'avis du Conseil fédéral, il n'y avait pas de place pour la facturation d'honoraires médicaux par les cliniques, en sus des prestations figurant dans le CPH.

Par ailleurs, le dispositif de sa décision du 7 mars 2003 est clair, du moins en ce qui concerne les interventions pour lesquelles une tarification forfaitaire était initialement prévue par le Conseil d'Etat: ces prestations doivent être rémunérées en application du CPH.

Enfin, le terme "honoraires" implique qu'il s'agit de la rémunération due à un médecin et non pas de la facturation d'un acte technique, eu égard à la définition que Le Petit Larousse donne de ce terme, à savoir "rétribution versée aux personnes qui exercent des professions libérales (médecin, avocat, etc.)".¹

Cela étant, il ne saurait être admis que les cliniques privées puissent facturer, en plus des prestations du CPH, des "honoraires médicaux" pour d'autres prestations,

notamment médico-techniques, même si la pratique était différente avant l'adoption du règlement du 26 juillet 2000.

b) Il convient toutefois d'examiner si de telles prestations pourraient être facturées sur une autre base et, le cas échéant, laquelle.

Il est vrai que l'art. 3 al. 2 du règlement du 26 juillet 2000, dans sa version modifiée en date du 7 mai 2003, prévoit uniquement le renvoi au CPH pour ce qui concerne la salle d'opération, l'utilisation du lit et la surveillance postopératoire. Cela n'exclut en principe pas la facturation d'autres prestations non comprises dans ces trois positions. Tel n'est cependant pas l'avis du Conseil fédéral, selon lequel le Conseil d'Etat a au contraire comblé une lacune, en délimitant les prestations pouvant être facturées à titre de prestations semi-hospitalières à l'art. 3 al. 2 du règlement modifié. Il s'agit uniquement de la salle d'opération, de l'utilisation du lit et de la surveillance postopératoire, à l'exclusion de toute autre prestation.

Cela est également l'avis exprimé par le Conseiller d'Etat en charge du département compétent, dans son courrier du 30 mai 2003, dans lequel il a déclaré qu'il ne voyait pas quelles autres prestations médicales entreraient dans le champ d'application du règlement du 26 juillet 2000 et auxquelles le CPH devrait s'appliquer.

En tout état de cause, même en admettant que la facturation d'autres prestations que celles énumérées à l'art. 3 al. 2 du règlement du 26 juillet 2000, dans sa teneur du 7 mai 2003, n'est pas exclue, on ne voit pas sur quelle base ces prestations pourraient être facturées. En effet, comme relevé ci-dessus, leur tarification ne pourrait être fondée sur le règlement du 3 juin 1981, dès lors qu'elles ne concernent pas des honoraires médicaux, et le règlement du 26 juillet 2000 ne prévoit aucune autre tarification des prestations semi-hospitalières que le CPH.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que les cliniques privées ne sont pas en droit de facturer d'autres prestations que la salle d'opération, l'utilisation du lit et la surveillance postopératoire, cette liste étant exhaustive.

14. a) Pour le calcul des prestations facturées en trop, la demanderesse a produit la quasi totalité des factures remboursées pour les patients admis dans la clinique défenderesse. Il convient toutefois de constater que certaines factures sont antérieures au 1^{er} janvier 2000. Il s'agit des factures n° _____ et _____ (sous la lettre A du classeur des factures produites), _____ et _____ (sous la lettre C), _____ (sous la lettre L), _____ et _____ (sous la lettre R), _____ et _____ (sous la lettre T). Celles-ci doivent donc être écartées.

b) La défenderesse allègue en outre que deux factures devraient être écartées, s'agissant d'accidents.

Toutefois, la facture n° _____, patient n° _____ (sous la lettre E), a été adressée aux parents du patient et celui-ci est né en 1991. Selon toute vraisemblance, celui n'était donc pas assuré dans le cadre de l'assurance-accidents obligatoire en tant qu'employé, de sorte qu'il émargeait de la LAMal. Par conséquent, c'est à raison que la demanderesse a demandé la restitution du trop-perçu pour cette facture.

Quant à la facture n° _____, patient n° _____ (sous la lettre V), elle concerne aussi un accident, à savoir une déchirure du ménisque, et la demanderesse a demandé au médecin traitant le diagnostic. Dans le dossier ne figure cependant pas la réponse. Dans ce cas, le Tribunal de céans juge qu'il n'est effectivement pas établi qu'il s'agit d'un cas de maladie, de sorte que cette facture doit être écartée.

c) La défenderesse affirme également que certaines des factures produites par la demanderesse concernent des soins esthétiques qui ne sont pas à la charge de l'assurance obligatoire des soins. Cependant, le diagnostic ne ressort pas de ces factures, de sorte qu'il est tout à fait vraisemblable la demanderesse les a néanmoins remboursées, éventuellement à tort. Il n'appartient cependant pas au Tribunal de céans, dans le cadre d'une action de restitution du trop-perçu, de déterminer si une facture a trait à une prestation soumise à la LAMal ou non. Le seul critère doit constituer le fait que la facture a été remboursée, ce qui semble bien être le cas. Cela étant, les factures qui, selon la défenderesse, concernent les soins esthétiques seront néanmoins incluses dans le calcul des prestations indûment facturées.

d) Il résulte par ailleurs des factures et protocoles de retaxation produits qu'un montant de 240 fr. 35 concernant la facture n° _____ (sous la lettre C) a été considéré à tort comme une double facturation, s'agissant manifestement de médicaments.

e) Pour d'autres factures, la demanderesse n'a remboursé que la part reconnue et non pas le montant intégral, après déduction de la franchise et de la participation. Cependant, dans la mesure où les assureurs agissent en tout état de cause seulement qu'en tant que représentants des assurés, le remboursement partiel de la facture ne change rien au fait qu'ils peuvent demander la restitution de la totalité du trop-perçu en leurs mains.

f) Sur la base des factures restantes, il appert que la différence de la valeur du point entre 4 fr. 95 et 4 fr. 10 représente 28'089 fr. 05, selon les protocoles de retaxation établis par la demanderesse.

15. Quant au matériel, la défenderesse a indiqué, dans son courrier adressé au Tribunal de céans le 25 novembre 2009, qu'elle a facturé le matériel jusqu'au 7 mars 2003 sur la base du prix d'achat avec une majoration de 20% et, dès cette date, au prix d'achat avec une majoration de 10%. Elle allègue par ailleurs avoir remboursé les patients rétroactivement de la différence de 10%.

a) En ce qui concerne le changement de pratique, à savoir la facturation du matériel au prix d'achat majoré de 10% au lieu de 20% postérieurement à la décision du Conseil fédéral du 7 mars 2003, la défenderesse ne produit aucune pièce pour démontrer qu'elle a facturé le matériel à des tarifs différents avant et après le 7 mars 2003. Cependant, la comparaison de certains postes de matériel facturés avant et après cette date semble le confirmer. En effet, les prix facturés pour le matériel sont inférieurs après cette décision. Il ressort ainsi de la facture N° 402678 du 26 juin 2000 de la défenderesse, annexée au protocole de retaxation (classé sous la lettre B), que le poste « Legaci cassette » a été facturé au prix de 69 fr. 06 et que ce même poste a été facturé, dans la facture 515438 du 15 avril 2003 annexée au protocole de retaxation (classé sous la lettre A), au prix de 65 fr. 69. Certes, en admettant que le prix de 69 fr. 06 représente 120% du prix d'achat, la somme de 65 fr. 69 ne correspond pas à 110% de celui-ci. Cependant, les prix peuvent avoir évolué en trois ans. De la même facture du 26 juin 2000, il ressort par ailleurs que le poste « Legaci poche pour télécommande » a été facturé 9 fr. 37, alors que le prix est de 6 fr. 69 dans la facture du 15 avril 2003, soit inférieur de plus de 28% par rapport à celui facturé en 2000. Quant au poste « Microlame 4.0 MM Angled », il a été facturé en 2000 à 24 fr. 43 et, dans la facture N° 526232 du 7 juillet 2003 annexée au protocole de retaxation (classé sous la lettre C), à 22 fr. 84. Ainsi, en l'absence de précisions avec des exemples concrets apportées par la demanderesse concernant l'absence d'une facturation à un prix inférieur après le 7 mars 2003, le Tribunal de céans admettra, au degré de la vraisemblance prépondérante, que la défenderesse s'est conformée à la décision du Conseil fédéral dès cette date en ce qui concerne le matériel. Par conséquent, il y a uniquement lieu de lui demander la restitution d'un douzième du prix du matériel facturé avant cette date.

b) En ce qui concerne le remboursement de la différence du prix du matériel aux patients, les factures produites par la défenderesse avec son chargé du 24 novembre 2009, sous le chiffre 18, ne sauraient constituer une preuve suffisante d'un remboursement effectué pour toutes les factures comprenant du matériel au prix majoré de 20%. De surcroît, c'est la première fois que la défenderesse allègue avoir remboursé cette différence. Partant, le remboursement d'une partie du prix facturé pour le matériel ne peut être retenu.

c) Selon les calculs du Tribunal de céans, sur la base des protocoles de retaxation pris en considération dans la présente procédure, la défenderesse a facturé pendant la période litigieuse la somme de 81'641 fr. 15 à titre de matériel. La somme de 19'829 fr. 45 a été facturée après le 7 mars 2003. Ainsi, il convient de considérer qu'elle a facturé du matériel à 120% du prix d'achat pour un montant de 61'811 fr. 70. Un douzième de cette somme représente 5'151 fr. et c'est donc cette somme que la défenderesse est tenue de rembourser en raison d'une surfacturation du matériel avant le 7 mars 2003.

16. Quant aux médicaments, la défenderesse affirme ne pas avoir facturé les emballages, mais seulement les comprimés administrés à la pièce. Cependant, le CPH ne fait aucune distinction entre les médicaments facturés à l'emballage ou à la pièce. Le fait d'administrer un médicament à la pièce ne saurait ainsi autoriser les cliniques de le facturer à un prix plus élevé. Ainsi, dans la mesure où il n'est pas contesté que la défenderesse a facturé les médicaments à leur prix public, alors que le tarif prévu par le CPH prescrit une facturation de 10% inférieur à ce prix, la défenderesse est tenue de rembourser 10% du prix total facturé à ce titre de 51'232 fr. 30, ce qui représente la somme de 5'123 fr.20.
17. Il résulte par ailleurs des factures prises en considération et leurs protocoles de retaxation que la défenderesse a facturé en trop le montant de 27'957 fr. 50 pour l'équipement de base de la salle d'opération, de 18'182 fr. 25 pour les soins effectués, de 2'017 fr. 50 fr. pour la facturation à double, étant précisé qu'il s'agit en fait de prestations non prévues par le CPH, et de 72 fr. pour des prestations diverses, notamment les prestations facturées par analogie sur la base du règlement du 16 juin 1981.
18. Ainsi, le total des prestations facturées en sus de la tarification admise par le Conseil fédéral s'élève à 86'592 fr. 50.
19. La défenderesse fait valoir qu'il y a lieu de déduire du trop-perçu éventuel la perte sur débiteur. Toutefois, tel n'est pas admis, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATFA K 108/01 et K 118/01 du 15 juillet 2003 consid. 12).
20. Se pose ensuite la question de savoir s'il y a lieu d'imputer sur cette somme les montants d'ores et déjà remboursés par la défenderesse à ses patients.

Dans le système du tiers garant, comme en l'espèce, les assureurs interviennent en tant que représentants des assurés. Partant, du moment où la défenderesse a remboursé une partie des prestations perçues aux assurés, il convient d'admettre que la restitution des prestations indûment facturées est diminuées d'autant,. Cela étant, il y a lieu de déduire du montant dû la somme remboursée par la défenderesse concernant les factures produites par la demanderesse.

La défenderesse allègue avoir remboursé 39'278 fr. 40. Toutefois, selon sa pièce 15, chargé du 21 octobre 2008, 13'178 fr. 80 de cette somme ne concernent pas des factures produites et retraitées par la demanderesse (mis en jaune dans la pièce 15), Ce n'est dès lors qu'un montant de 26'099 fr. 60 qui doit être imputé sur la somme due, ce qui la porte à 60'492 fr. 90.

21. La demanderesse réclame à la défenderesse également des dommages et intérêts pour le travail administratif nécessaire afin d'établir sa créance en restitution des prestations indûment perçues.

Toutefois, une telle prétention ne peut être fondée sur l'art. 56 al. 2 LAMal, cette disposition régissant uniquement la restitution des prestations facturées en violation de cette loi. Partant, le Tribunal de céans ne saurait être compétent pour statuer sur la prétention en dommages-intérêts du fait des frais administratifs engagés par la demanderesse pour établir le trop-perçu de prestations.

22. La demanderesse conclut enfin au paiement d'intérêts moratoires de 5 % dès le 1^{er} janvier 2002.

Selon la jurisprudence, il n'y a en principe pas place, jusqu'à l'entrée en vigueur de la LPGA en date du 1^{er} janvier 2003, pour des intérêts moratoires dans le domaine du droit des assurances sociales, dans la mesure où ils ne sont pas prévus par la loi.

A cet égard, la LAMal ne prévoit pas le paiement d'intérêts moratoires dans les contestations portées devant le tribunal arbitral et opposant un fournisseur de prestations à un assureur. Quant à la LPGA, l'art. 26 LPGA dispose que seules des créances de cotisations échues sont soumises à la perception d'intérêts moratoires (al. 1); il en va de même pour toute créance de prestations d'assurances sociales en faveur de l'assuré (al. 2). Force est de constater que l'art. 26 LPGA ne saurait constituer une base légale pour l'octroi d'intérêts moratoires dans le présent litige.

Enfin, concernant les intérêts dus avant l'entrée en vigueur de la LPGA, il n'existe pas non plus en l'occurrence de circonstances particulières qui justifieraient d'admettre, à titre exceptionnel, une obligation de verser des intérêts moratoires (voir ATF 119 V 81 sv. consid. 3 et 4 et les arrêts cités; RAMA 2000 n° U 360 p. 34 consid. 3a).

Par conséquent, les conclusions de la demanderesse visant à l'octroi d'intérêts moratoires sont rejetées.

23. La procédure par-devant le Tribunal arbitral n'est pas gratuite (cf. art. 46 de la loi cantonal d'application de LAMal du 29 mai 1997- LaLAMal). Dès lors que la demanderesse n'obtient que 60'493 fr. (chiffres ronds) au lieu des 230'000 fr. réclamés dans ses dernières écritures, les dépens seront compensés. Les frais du Tribunal, par 6'000 fr. et un émolument de 300 fr., sont mis à la charge des parties à part égale, compte tenu notamment du fait qu'il a fallu que la demanderesse entame la présente procédure pour que la défenderesse commence à rembourser le trop-perçu et communique à la demanderesse les noms des assurés qui ont été remboursés.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL ARBITRAL DES ASSURANCES:**

Statuant

A la forme :

1. Déclare la demande recevable, sauf en ce qui concerne la prétention en paiement des frais administratifs.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Condamne la défenderesse à verser à la demanderesse la somme de 60'493 fr.
4. Compense les dépens.
5. Met les frais du Tribunal arbitral par 6'000 fr., ainsi qu'un émolument de 300 fr., à la charge des parties à part égale.
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

Claire CHAVANNES

Maya CRAMER

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