

TRIBUNAL ARBITRAL DES ASSURANCES

Jugement du 18 avril 2012

Présidence de M. JOMINI, président
Greffière : Mme Simonin

* * * * *

Cause pendante entre :

J._____, à La Tour-de-Peilz, demandeur, représenté par Me Jean-Louis Duc, avocat à Château-d'Oex, d'une part,

et

K._____, à Soleure, ainsi que **V.**_____, à Liebefeld, défenderesses, représentées par Me Jean-Pierre Gross, avocat à Lausanne, d'autre part.

Art. 46 al. 2 et al. 4, 53 al. 1, 89 al. 1 LAMal

E n f a i t :

A. La Société suisse des Pharmaciens (ci-après: pharmaSuisse) et l'association santésuisse, association de la branche des assureurs-maladie suisses (ci-après: santésuisse), ont conclu les 10 et 16 mars 2009 la «Convention tarifaire (RBP IV)» (ci-après: la convention tarifaire ou la Convention RBP IV) Cette convention a pour objet de réglementer la rémunération des prestations des pharmaciens par les assureurs dans le domaine de la LAMal (art. 2 ch. 1 de la convention tarifaire: «La présente convention régit la rémunération des prestations des pharmaciens par les assureurs dans le domaine de la LAMal, ce, conformément à l'art. 25 al. 2 let. b et h LAMal, à l'art. 42 LAMal, à l'art. 43 al. 5 LAMal, à l'art. 46 LAMal et à l'art. 4a al. 1 et 2 OPAS, ainsi que les dispositions concernant la qualité et l'économicité des prestations fournies, ce, conformément à l'art. 56 al. 5 LAMal et à l'art. 58 LAMal»), en poursuivant le développement du système de la rémunération basée sur les prestations (art. 1 al. 2 de la convention tarifaire). Elle remplace une précédente convention tarifaire de 2006 (RBP III).

Comme la validité de cette convention tarifaire s'étend à toute la Suisse, elle a été soumise à l'approbation du Conseil fédéral (cf. art. 46 al. 4 LAMal, art. 3 et 14 de la convention tarifaire). D'après les indications données par le demandeur J._____, cette approbation est intervenue le 30 juin 2010. La convention est donc entrée en vigueur.

B. Le pharmacien J._____ (ci-après: le demandeur) qui exploite une pharmacie à [...] ([...]), n'est pas membre de pharmaSuisse. Afin d'être considéré comme un «pharmacien conventionné», il a demandé le 11 octobre 2010 d'adhérer à la Convention RBP IV, conformément à ce que prévoit l'art. 46 al. 2 LAMal.

La convention tarifaire contient plusieurs annexes qui en font partie intégrante (art. 7 de la convention tarifaire). L'annexe 6 de la convention tarifaire (annexe à laquelle renvoie l'art. 5 de cette convention,

à propos de la procédure d'adhésion) prescrit ce qui suit s'agissant des taxes et contributions à payer par les pharmaciens, membres de pharmaSuisse ou non-membres :

«ANNEXE 6: TAXE D'ADHÉSION ET CONTRIBUTION AUX FRAIS

Article 1: Membres

Au titre de contribution aux frais causés par la conclusion de la convention, pharmaSuisse facture une seule fois Fr. 500.—TVA incluse à ses membres au sens de l'art. 4 lettre a de la convention lors de l'adhésion à la convention et pour les frais d'exécution, en sus Fr. 350.- TVA incluse par année.

La taxe d'adhésion à la convention est comprise dans les cotisations de membre de santésuisse.

Article 2: Non-membres

1) Les non-membres peuvent également adhérer à la convention en vertu de l'art. 46 al. 2 LAMal. Ils doivent alors verser les participations suivantes:

a) Au titre de contribution aux frais causés par la conclusion de la convention une taxe d'adhésion de Fr. 3'000.- TVA incluse qui échoit lors de nouvelles ouvertures, de changements de propriétaire ou d'adhésion renouvelée;

b) en sus, une contribution annuelle aux frais causés par l'exécution de la convention de Fr. 1'500.- TVA incluse;

c) une contribution annuelle de Fr. 150.- TVA incluse aux frais d'assurance-qualité. Les coûts supplémentaires liés aux contrôles de qualité (audits et contrôles aléatoires) sont facturés conformément à l'annexe 5.

2) Le montant de la contribution aux frais peut être réexaminé tous les ans et adapté le cas échéant. Une première adaptation aura lieu en janvier 2010».

Dans sa déclaration d'adhésion à la Convention RBP IV du 11 octobre 2010, J._____ a exposé qu'il n'avait pas d'autre choix que d'adhérer à cette convention s'il voulait pratiquer le régime du tiers payant en faveur de ses patients. Il a cependant ajouté qu'il réservait ses droits concernant la taxe d'adhésion unique (3'000 fr. – cf. art. 2 ch. 1 let. a de l'annexe 6) et la contribution annuelle (1'500 fr. – cf. art. 2 ch. 1 let. b de l'annexe 6), ces montants ayant été selon lui fixés sans justification économique.

C. Par une demande reçue le 27 septembre 2011 par la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal et destinée au Tribunal arbitral des assurances du canton de Vaud, le demandeur conclut, sur le fond, à ce que le Tribunal arbitral statue «sur la fixation des taxes en cause [...] à un montant qui suffise pour couvrir les frais de conclusion et de fonctionnement de la RBP IV tout en garantissant l'égalité de traitement entre membres de pharmaSuisse et non membres adhérant à cette convention». Le demandeur désigne comme parties intimées ou défenderesses santésuisse, d'une part, et pharmaSuisse, d'autre part.

A titre de mesures d'instruction, le demandeur requiert la production par pharmaSuisse et santésuisse de divers documents comptables, ainsi que l'audition comme expert du pharmacien [...].

D. Avant la fixation d'un délai de réponse, le demandeur ainsi que les deux défenderesses ont été cités à l'audience du président du Tribunal arbitral du 23 mars 2012, à savoir à l'audience de conciliation prescrite par l'art. 115 al. 1 LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative; RSV 173.36).

Deux jours avant l'audience, le 21 mars 2012, les deux défenderesses - agissant par l'intermédiaire du même avocat - ont demandé au président du Tribunal arbitral, subsidiairement au Tribunal arbitral lui-même, de refuser d'entrer en matière sur la demande de J._____, subsidiairement de la déclarer irrecevable, plus subsidiairement d'en rejeter les conclusions.

A l'audience du 23 mars 2012, le président a tenté en vain la conciliation. Les parties ont alors déclaré admettre que le président du Tribunal arbitral statue seul sur les questions d'entrée en matière et/ou de recevabilité soulevées en particulier par les défenderesses dans leur écriture du 21 mars 2012.

E n d r o i t :

1. Les prestations des pharmaciens pour lesquelles la rémunération est réglementée dans la Convention tarifaire RBP IV sont des prestations fondées sur la LAMal (loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie; RS 832.10). Dans le domaine de l'assurance-maladie sociale (cf. art. 1a LAMal), en vertu de l'art. 89 al. 1 LAMal, les litiges entre assureurs et fournisseurs de prestations sont jugés par un tribunal arbitral. Lorsque la contestation porte sur l'application d'un tarif valable pour toute la Suisse, est compétent le tribunal arbitral du canton dans lequel le fournisseur de prestations est installé à titre permanent (art. 89 al. 2 LAMal).

Le demandeur est un pharmacien et partant un fournisseur de prestations au sens de l'art. 89 al. 1 LAMal. Il est installé dans le canton de Vaud. Quant à l'association santésuisse, qui regroupe des assureurs-maladie exerçant leur activité en Suisse et qui a pour but de défendre les intérêts communs de ses membres (cf. art. 3 et 4 des statuts de santésuisse), elle peut avoir qualité de partie devant le Tribunal arbitral, lorsque la contestation oppose un fournisseur de prestations à des assureurs (cf. par exemple ATF 132 V 303). L'association pharmaSuisse, association professionnelle représentant les intérêts de la pharmacie en Suisse, pourrait éventuellement être partie à une procédure devant le Tribunal arbitral, en tant que représentante des fournisseurs de prestations, dans un litige les opposant à un ou des assureurs.

La question à résoudre en l'espèce est de savoir si la requête, dirigée à la fois contre santésuisse et pharmaSuisse, est recevable, vu les parties en présence, le litige n'opposant pas simplement un pharmacien à un ou des assureurs. Il faut également examiner si au regard de l'objet de la contestation - le montant de contributions aux frais causés par la conclusion et l'exécution de la convention tarifaire, mises à la charge d'un pharmacien voulant adhérer à la convention sans être membre de l'association professionnelle partie à cette convention -, le Tribunal arbitral est compétent pour statuer.

2. Sous l'empire de l'ancienne loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMA), la disposition instituant le tribunal arbitral précisait: «à moins que le cas n'ait déjà été soumis à un organisme de conciliation prévu par convention, le tribunal arbitral ne peut en être saisi sans procédure de conciliation préalable» (art. 25 al. 4 LAMA). Interprétant cette disposition, le Tribunal fédéral des assurances avait considéré que le tribunal arbitral ne pouvait pas entrer en matière sur une action qui n'avait pas été précédée par la procédure conventionnelle de conciliation (ATF 119 V 309, consid. 1 et 2). Cette exigence a été abandonnée dans la LAMal (cf. GEBHARD EUGSTER, *Krankenversicherung*, in: U. Meyer [édit.], *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR] vol. XIV, Soziale Sicherheit*, 2^e éd., n° 1215 p. 819), et le droit public cantonal vaudois n'impose pas, avant l'ouverture de la procédure devant le président du Tribunal arbitral, une procédure préalable de conciliation devant un organisme conventionnel.

Dans d'autres lois fédérales en matière d'assurances sociales, la procédure de conciliation préalable est expressément mentionnée (art. 57 al. 3 LAA, art. 27 al. 3 LAM, art. 27bis al. 5 LAI) et la saisine préalable de l'organisme de conciliation conventionnel, lorsqu'il existe, est une condition de recevabilité (exigence pour l'entrée en matière sur le fond, «Prozessvoraussetzung») prévue par le droit public fédéral ; en d'autres termes, le Tribunal arbitral ne peut pas entrer en matière sur une action qui n'a pas été précédée par la procédure conventionnelle de conciliation (ATF 119 V 309 consid. 1 et 2, et les arrêts cités). Il n'en va pas ainsi dans le domaine de l'assurance-maladie. Il importe donc peu, dans la présente affaire, que le demandeur n'ait pas soumis préalablement ses prétentions à la Commission paritaire arbitrale instituée par la convention tarifaire (annexe 7 de la convention).

3. Dans le cas particulier, si le demandeur est un fournisseur de prestations au sens de la LAMal, la contestation n'a pas pour objet des

prestations qu'il a fournies ou qu'il devrait fournir (remise de médicaments, etc.). Le demandeur requiert en effet du Tribunal arbitral qu'il se prononce sur la fixation de taxes ou de contributions, ou plus précisément de réduire le montant des contributions prévues à l'art. 2 ch. 1 let a et b de l'annexe 6 de la Convention RBP IV.

a) En vertu de l'art. 46 al. 1 LAMal, les parties à une convention tarifaire sont un ou plusieurs fournisseurs de prestations, ou fédérations de fournisseurs de prestations, d'une part, et un ou plusieurs assureurs ou fédérations d'assureurs, d'autre part. En l'occurrence, les parties sont deux fédérations («Verbände», dans le texte allemand), notamment pharmaSuisse du côté des fournisseurs de prestations.

L'art. 46 al. 2 LAMal dispose que «les non-membres qui exercent leur activité dans le rayon conventionnel peuvent également adhérer à la convention; celle-ci peut prévoir qu'ils doivent verser une contribution équitable aux frais causés par sa conclusion et son exécution». La Convention RBP IV a précisément prévu une telle contribution - avec deux composantes, une taxe d'adhésion unique et une contribution annuelle - pour les pharmaciens non-membres de pharmaSuisse.

b) Une convention tarifaire dont la validité ne s'étend qu'au territoire d'un canton doit être approuvée par le gouvernement cantonal compétent (art. 46 al. 4, 1^{ère} phrase LAMal). Aux termes de l'art. 46 al. 4, 2^e phrase LAMal, l'autorité d'approbation vérifie que la convention est conforme à la loi et à l'équité et qu'elle satisfait au principe d'économie. Les décisions des gouvernements cantonaux peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral, conformément à l'art. 53 al. 1 LAMal (cf. ATF 134 V 443 consid. 3.2).

Ainsi, lorsqu'une convention tarifaire cantonale fixe une contribution pour les fournisseurs de prestations qui veulent y adhérer, le gouvernement cantonal doit contrôler que cette contribution soit équitable, au sens de l'art. 46 al. 2 LAMal. Le fournisseur de prestations

qui conteste le montant de la contribution peut recourir auprès du Tribunal administratif fédéral contre l'approbation, par le gouvernement cantonal, des clauses de la convention relatives à cette contribution.

L'art. 53 al. 1 LAMal n'ouvre en revanche pas une voie de recours contre une décision d'approbation d'une convention tarifaire prise par le Conseil fédéral, parce que la validité de la convention s'étend à toute la Suisse (art. 46 al. 4 LAMal). Le recours au Tribunal administratif fédéral est recevable contre certaines décisions du Conseil fédéral énumérées à l'art. 33 let. a et b LTAF (loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral; RS 173.32); cela ne vise pas l'approbation des conventions tarifaires. En outre, le recours en matière de droit public au Tribunal fédéral n'est en principe pas recevable contre les décisions du Conseil fédéral (art. 86 al. 1 LTF [loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral; RS 173.110]). Du reste, le recours au Tribunal fédéral n'est pas non plus recevable contre un arrêt du Tribunal administratif fédéral relatif à l'approbation d'une convention tarifaire cantonale par un gouvernement cantonal (art. 83 let. r LTF).

Cela étant, le Tribunal fédéral a considéré que l'absence de voie de recours auprès d'une autorité judiciaire contre une décision d'approbation d'une convention tarifaire par le Conseil fédéral n'était pas une lacune (proprement dite) de la législation fédérale. C'est en d'autres termes un silence qualifié de la loi (ATF 134 V 443 consid. 3.2). Le Tribunal fédéral a ajouté que cela n'était pas critiquable au regard des garanties de l'art. 6 § 1 CEDH (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950; RS 0.101), dans la mesure où les dispositions d'une convention tarifaire constituent une réglementation générale et abstraite dont la conformité au droit pourrait être examinée à titre incident dans le cadre d'un litige portant sur l'application concrète du tarif en cause (ATF 134 V 443 consid. 3.3).

c) Dans le cas particulier, le demandeur conteste non pas une décision d'un organe institué par la Convention RBP IV, mais directement

des clauses de cette convention – soit certaines dispositions de l’art. 2 de l’annexe 6, faisant partie intégrante de la convention.

Il aurait pu éventuellement recourir directement auprès d’une juridiction fédérale contre la décision d’approbation prise par le Conseil fédéral, en invoquant le droit d’accès au juge selon l’art. 6 § 1 CEDH et en faisant valoir qu’il n’y aurait pas, s’il ne pouvait pas adhérer à la convention tarifaire, de possibilité de contester ultérieurement, dans une situation concrète, l’application des clauses litigieuses. Quoi qu’il en soit, le demandeur a renoncé à saisir un juge directement après cette approbation, en 2010, et le délai de recours est maintenant échu.

En définitive, le demandeur conclut actuellement à ce que le Tribunal arbitral modifie partiellement une convention que le Conseil fédéral a approuvée telle quelle, après avoir dû vérifier qu’elle fût conforme à la loi et à l’équité (art. 46 al. 4 LAMal). Pour ainsi dire, il invite le Tribunal arbitral cantonal à exercer le contrôle judiciaire que le Tribunal administratif fédéral effectue pour les conventions approuvées par les gouvernements cantonaux, bien après l’échéance du délai de recours contre la décision d’approbation. Or le Tribunal arbitral cantonal, au sens de l’art. 89 LAMal, ne saurait être considéré comme une juridiction ordinaire compétente dans tous les cas où, à cause d’une lacune ou d’un silence qualifié de la législation fédérale, aucune voie de droit ne paraît disponible dans un litige se rapportant à l’application de la LAMal. Ainsi, la compétence du Tribunal arbitral ne peut être donnée que si elle résulte clairement de l’art. 89 LAMal.

d) D’un point de vue matériel, la jurisprudence a défini ainsi la compétence du Tribunal arbitral au sens de l’art. 89 LAMal : elle s’étend à toutes les contestations entre assureurs-maladie et fournisseurs de prestations, si et dans la mesure où elles ont pour objet des relations juridiques qui découlent de la LAMal ou qui ont été établis sur la base de la LAMal. L’objet du litige doit concerner la situation particulière de l’assureur ou du fournisseur de prestations dans le cadre de la LAMal (cf. ATF 134 V

269 consid. 2.1 ; ATF 131 V 191 consid. 2 ; ATF 127 V 43 consid. 1a ; GEBHARD EUGSTER, op. cit., n° 1204 p. 813).

En l'espèce, la contestation oppose un pharmacien, d'une part, aux deux fédérations («Verbände») qui ont conclu la convention tarifaire, d'autre part. Or un litige entre un pharmacien et pharmaSuisse n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 89 LAMal, puisqu'il oppose deux parties de la catégorie «fournisseurs de prestations».

On voit mal comment distinguer les prétentions du demandeur à l'encontre de santésuisse, d'une part, et de pharmaSuisse, d'autre part. Ces deux fédérations sont visées ensemble par la demande, en tant que responsables de la conclusion et de l'exécution de la convention tarifaire. Le demandeur ne réclame rien directement à santésuisse, ni à un assureur-maladie membre de cette association. Le demandeur ne prétend pas qu'une prestation qu'il aurait fournie en tant que pharmacien aurait été mal rémunérée par un assureur-maladie, ni qu'il aurait été concrètement empêché de remettre des médicaments dans les conditions prévues par la LAMal. En d'autres termes, la contestation ne concerne pas directement la fourniture de prestations médicales, et partant pas les positions respectives du pharmacien et de l'assureur-maladie dans ce contexte.

Il s'ensuit qu'à défaut du lien requis, par l'art. 89 LAMal, avec la réglementation de la LAMal concernant la fourniture des prestations par les pharmaciens, le Tribunal arbitral cantonal n'est matériellement pas compétent. La requête doit donc être déclarée irrecevable. La conséquence de l'irrecevabilité est le refus du tribunal d'entrer en matière.

4. En principe, lorsqu'un fournisseur de prestations ou un assureur saisit le Tribunal arbitral cantonal, le refus d'entrer en matière ne peut pas être prononcé par le président seul (ATF 135 V 124 consid. 3). Toutefois, vu les particularités de la présente espèce, notamment compte tenu du fait que la procédure oppose un fournisseur de prestations à deux

autres parties, dont l'une (pharmaSuisse) ne peut pas être la partie intimée, il se justifie de statuer d'emblée sur la recevabilité de la demande, avant même la constitution du Tribunal arbitral - laquelle, en droit cantonal vaudois, nécessite que des arbitres soient proposés par les parties (art. 115 al. 2 LPA-VD). Pour respecter le caractère paritaire de la composition du Tribunal arbitral, il serait concevable qu'un arbitre soit proposé par le demandeur, et un autre par santésuisse; pharmaSuisse serait alors privée de la possibilité de désigner un membre du tribunal. Dans les circonstances particulières de la présente cause, cela causerait des difficultés pratiques et juridiques significatives.

Dans ces conditions, les parties ont accepté - ce qui figure au procès-verbal de l'audience de conciliation - que le président du Tribunal arbitral statue seul, à ce stade. Il convient de relever que pour les contestations dont la valeur litigieuse ne dépasse pas 30'000 fr. dans le domaine des assurances sociales, la compétence d'un juge unique est usuelle (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

5. Les frais de la procédure doivent être mis à la charge du demandeur, qui succombe (art. 95 al. 1 et 2 et 106 al. 1 CPC, par renvoi des art. 116 et 109 al. 2 LPA-VD). Ils comportent exclusivement l'émolument judiciaire perçu par le Tribunal cantonal, arrêté en l'espèce à 1'000 fr. Les défenderesses, qui n'ont pas été invitées à déposer une réponse, mais ont simplement comparu à l'audience de conciliation, n'ont pas droit à des dépens (art. 113 al. 1 CPC par analogie).

**Par ces motifs,
le Président
du Tribunal arbitral des assurances:**

- I. Dit qu'il n'est pas entré en matière sur la demande.
- II. Met les frais de justice, arrêtés à 1'000 francs (mille francs), à la charge du demandeur J._____.

III. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Jean-Louis Duc (pour J. _____),
- Me Jean-Pierre Gross (pour santésuisse et pharmaSuisse),
- Office fédéral de la santé publique,

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :