

TRIBUNAL ARBITRAL DES ASSURANCES

Jugement du 15 juin 2010

Présidence de M. JOMINI, président
Membres : Prof. Scartazzini et Me Frésard-Fellay, arbitres
Greffier : Mme Vuagniaux

Cause pendante entre :

N._____ **SA**, à Morges, requérante, représentée par Me Corinne Monnard Séchaud, avocate à Lausanne,

et

H._____, à Lucerne et **F.**_____, à Zurich, intimées.

Art. 24, 25 al. 2 let. a et b, 43, 44 al. 1, 50 et 89 LAMal; 29b LPFES

E n f a i t :

A. N._____ SA exploite un établissement médico-social (ci-après : EMS) à [...]. Il s'agit d'une résidence médicalisée privée pour personnes âgées. Cet établissement fait partie des EMS admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins, au sens des art. 35 ss LAMal (loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, RS 832.10). Selon la législation cantonale vaudoise, il ne fait pas partie des établissements sanitaires reconnus d'intérêt public (art. 3 LPFES [loi du 5 décembre 1978 sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public, RSV 810.01]).

B. Une convention fixant les tarifs des prestations de soins fournies par les établissements médico-sociaux et les divisions pour malades chroniques des hôpitaux et des centres de traitement et de réadaptation a été conclue en janvier 2004 par l'Association vaudoise d'établissements médico-sociaux (AVDEMS), la Fédération patronale des EMS vaudois (FEDEREMS), la Fédération des hôpitaux vaudois (FHV), les Hospices/CHUV, santésuisse et la Société vaudoise de médecine (SVM). Cette convention est toujours en vigueur. N._____ SA y a adhéré directement d'emblée. Elle comporte les dispositions suivantes :

« Article premier **But**

La présente convention détermine les conditions et l'étendue de la prise en charge par les assureurs-maladie des prestations dues au sens de l'article 7 de l'ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins (OPAS) des personnes atteintes d'affections chroniques en établissements médico-sociaux et en divisions pour malades chroniques des hôpitaux et des centres de traitement et de réadaptation dans le canton de Vaud.

[...]

Article 3 **Champ d'application**

L'adhésion à la convention est ouverte :

- aux assureurs-maladie reconnus au sens de l'article 13 LAMal;
- aux établissements médico-sociaux et aux divisions pour malades chroniques des hôpitaux et des centres de traitement et de réadaptation (ci-après : les établissements) figurant sur la

liste édictée par le Conseil d'Etat, en conformité à l'article 39, alinéa 3 LAMal.

La liste des assureurs-maladie et des établissements adhérents est mise à disposition des parties contractantes.

[...]

Article 8 Evaluation des soins requis *(texte modifié par avenant à la convention entré en vigueur le 1^{er} novembre 2005)*

Les soins requis pour chaque résident sont évalués conformément à l'article 8 OPAS.

En principe, la première évaluation doit avoir lieu entre la 3^{ème} et la 8^{ème} semaine à compter de l'entrée.

Le médecin détermine le niveau de soins requis, qui tient lieu d'ordonnance ou de mandat médical, dont la durée est limitée à six mois.

Les assureurs-maladie ont la possibilité de procéder à des contrôles et contre-évaluations. Ces dernières sont mises à la charge de l'assureur, sauf si cela conduit à une modification de classe.

En cas de contestation, la commission paritaire tranche.

[...]

Article 11 Tarif - Niveaux de soins requis

Les prestations de soins sont facturées aux assureurs-maladie selon huit niveaux de soins requis correspondant à huit forfaits journaliers applicables à tous les établissements et tous les résidents.

Les huit niveaux de soins sont déterminés sur la base du temps de soins requis, calculé par l'outil de planification informatisée des soins infirmiers requis (PLAISIR), applicables à tous les établissements.

[...]

Article 14 Forfaits journaliers et tarifs

Les tarifs établis selon les règles susmentionnées ainsi que ceux concernant les prestations dispensées en UAT [Unités d'accueil temporaire] figurent à l'annexe 1 de la présente convention.

Article 15 Prestations comprises dans les forfaits journaliers

Sont compris dans les forfaits journaliers :

- a) Les prestations dispensées, sur prescription médicale, par le personnel soignant des établissements, conformément à l'article 7 OPAS;
- b) Le petit matériel médical usuel, nécessité par les soins généraux. Ce petit matériel est potentiellement utilisé par tous les résidents sans être destiné nommément à l'un ou l'autre d'entre eux.

Article 16 Prestations non comprises dans les forfaits journaliers

Ne sont pas comprises dans les forfaits journaliers, les prestations non prises en compte par la méthode PLAISIR, en particulier les honoraires médicaux, les médicaments prescrits et reconnus par la LAMal, ainsi que le matériel de soins prescrit médicalement et nominativement à un résident. Celles-ci sont facturées séparément aux assureurs-maladie par les fournisseurs de prestations, conformément aux règles conventionnelles et tarifs en vigueur.

[...]

Article 21 **Commission paritaire**

Une Commission paritaire est chargée de veiller à l'application de la présente convention. Un règlement peut préciser son fonctionnement.

Article 22 **Litiges**

Les parties s'engagent à tenter de régler les éventuels litiges entre assureurs-maladie et établissements résultant de l'application de la présente convention.

Si la conciliation n'est pas possible, chacune des parties peut faire appel au Tribunal arbitral cantonal au sens de l'article 89 LAMal.

Article 23 **Durée**

La présente convention entre en vigueur le 1^{er} janvier 2004 et échoit le 31 décembre 2004. Elle est reconduite tacitement d'année en année, sauf résiliation par l'une ou l'autre des parties six mois au moins avant l'échéance.

Article 24 **Abrogation**

La présente convention remplace la convention fixant les tarifs des prestations de soins fournies par les établissements médico-sociaux et les divisions pour malades chroniques des hôpitaux et des centres de traitement et de réadaptation datée du 12 décembre 2002.

Article 25 **Approbation**

La présente convention est soumise à l'approbation du Conseil d'Etat, conformément à l'article 46, alinéa 4 LAMal ».

C. Dans les années qui ont précédé l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2004, de la convention précitée, le financement des prestations de soins fournies par les EMS a été réglé selon différentes modalités.

De 1992 à 1996, les relations financières entre l'Etat de Vaud, la Fédération vaudoise des caisses-maladie, le Groupement des hôpitaux régionaux vaudois, la Société vaudoise de médecine et l'Association vaudoise des établissements médico-sociaux ont été régies par trois Conventions vaudoises d'hébergement médico-social (CVHé 1992, 1994 et 1996), aux fins de couvrir les coûts d'exploitation des établissements médico-sociaux ainsi que des divisions et des lits médico-sociaux des hôpitaux. Une nouvelle convention n'ayant pu être conclue pour 1997, le Conseil d'Etat a adopté le 19 mars 1997 un arrêté fixant le tarif des prestations de soins et le tarif des prestations socio-hôtelières fournies par les EMS. Plusieurs recours ont été formés contre cet arrêté. Le Conseil fédéral a traité ces recours en tant qu'ils visaient les tarifs des prestations de soins; le Tribunal fédéral les a traités en tant qu'ils concernaient les tarifs des prestations socio-hôtelières. Les recours ont été admis par les

deux autorités (le 23 juin 1999 par le Conseil fédéral, le 24 juillet 2000 par le Tribunal fédéral).

Puis, comme il n'y avait toujours pas de convention (échec des négociations entre partenaires tarifaires), le Conseil d'Etat a fixé, pour 1998, 1999 et 2000, les tarifs des prestations de soins fournies à la charge des assureurs-maladie lors de séjours en EMS, ainsi que les tarifs socio-hôtelières facturés aux personnes hébergées. Les tarifs des prestations de soins, calculés selon la méthode PLAISIR (PLAnification Informatisée des Soins Infirmiers Requis) comprenaient huit forfaits correspondants à huit niveaux de soins. Plusieurs organisations ont recouru au Conseil fédéral contre les arrêtés du Conseil d'Etat (7 arrêtés datés des 17 février, 22 septembre et 8 décembre 1999). Par une décision rendue le 20 décembre 2000, le Conseil fédéral a partiellement admis les recours, annulé les forfaits PLAISIR 1998, 1999 et 2000 et fixé lui-même les forfaits applicables.

Après la décision du Conseil fédéral, le Grand Conseil du canton de Vaud a adopté le 19 juin 2001 le « Décret instaurant une subvention cantonale couvrant la part du coût des soins non reconnue à charge des assureurs-maladie, pour les personnes qui ne bénéficient pas d'une aide financière individuelle de l'Etat pour leur hébergement dans les établissements médico-sociaux et les divisions pour malades chroniques des hôpitaux et des centres de traitement et de réadaptation » (ci-après : le décret du 19 juin 2001). Ce décret, dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} janvier 2001, a la teneur suivante :

« Article premier.- But

A la suite de la décision du Conseil fédéral du 20 décembre 2000 en matière de tarifs des prestations de soins fournies par les établissements médico-sociaux et les divisions pour malades chroniques des hôpitaux et des centres de réadaptations (ci-après : les établissements), le présent décret instaure une subvention afin de couvrir la part du coût des soins non reconnue à charge des assureurs-maladie.

Art. 2.- Champ d'application

La subvention concerne les résidents hébergés dans un établissement et qui ne sont pas bénéficiaires d'une aide

ressortissant aux législations sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, sur l'aide aux personnes recourant à l'hébergement médico-social et sur la prévoyance et l'aide sociales.

Art. 3.- Principes

La subvention est accordée comme suit :

1. Pour les années antérieures à 2001, par le remboursement aux résidents concernés, ou à leurs héritiers, du report sur les tarifs journaliers de la part du coût des soins non reconnue à charge des assureurs-maladie qu'ils ont payée. Lorsque le résident n'a pas payé le report, son remboursement se fait à l'établissement.
2. Dès le 1^{er} janvier 2001, par le versement aux établissements de la part du coût des soins non reconnue à charge des assureurs-maladie.

Art. 4.- Modalités

Les montants journaliers selon les établissements sont arrêtés chaque année par le Conseil d'Etat.

Art. 5.-

La contribution est inscrite comme une dépense au budget du Département de la santé et de l'action sociale, Service de la santé publique.

Art. 6.- Entrée en vigueur et validité

Le présent décret entre en vigueur au 1^{er} janvier 2001 et échoit le 31 décembre 2005 ».

Le 7 décembre 2004, le Grand Conseil a adopté un décret modifiant le décret du 19 juin 2001. Selon l'art. premier du nouveau décret, l'art. 2 du décret du 19 juin 2001 a désormais la teneur suivante :

« Art. 2.- Champ d'application

La subvention concerne les résidents hébergés dans un établissement reconnu d'intérêt public et qui ne sont pas bénéficiaires d'une aide ressortissant aux législations sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, sur l'aide aux personnes recourant à l'hébergement médico-social et sur la prévoyance et l'aide sociales ».

Le décret du 7 décembre 2004 prévoit en outre (à son art. 2) que « le décret du 19 juin 2001 est abrogé à la date d'entrée en vigueur de la loi du 7 décembre 2004 sur les établissements médico-sociaux reconnus d'intérêt public ». Cette loi du 7 décembre 2004 (LEMS) n'est jamais entrée en vigueur car, soumise au vote populaire, elle a été

refusée. Dès lors, par décret du 15 novembre 2005, le décret du 19 juin 2001 a été prorogé jusqu'au 31 décembre 2007 (nouvel art. 6).

Le Grand Conseil a finalement adopté le 20 novembre 2006 une révision de la loi du 5 décembre 1978 sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public (LPFES, RSV 810.01), qui est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2007. Cette loi s'applique notamment aux EMS (art. 3a LPFES). Elle comporte un article 29b ainsi libellé :

« Art. 29b.- Subvention à l'exploitation des EMS

¹ L'Etat peut allouer aux EMS reconnus d'intérêt public une subvention à l'exploitation destinée à :

- a. couvrir la part du coût des soins non pris en charge par l'assurance-maladie;
- b. couvrir des charges exceptionnelles d'exploitation non comprises dans les tarifs.

² Ces montants sont inscrits au budget de fonctionnement du département ».

En adoptant cette révision de la LPFES, le Grand Conseil a abrogé le décret du 19 juin 2001.

Par ailleurs, les prestations socio-hôtelières dans les EMS font l'objet de réglementations conventionnelles et de tarifs déterminés séparément.

D. N._____ SA a obtenu des subventions dans le cadre du décret du 19 juin 2001. Comme le décret du 7 septembre 2004 supprimait l'octroi de subventions pour les résidents hébergés dans un établissement non reconnu d'intérêt public (modification de l'art. 2 du décret du 19 juin 2001), N._____ SA a formé contre cette norme un recours de droit public, que le Tribunal fédéral a rejeté, dans la mesure où il était recevable, par un arrêt rendu le 25 octobre 2006 (arrêt 2P.94/2005).

Pendant la procédure de recours au Tribunal fédéral, le Président de la IIe Cour de droit public avait ordonné, à titre de mesures

provisionnelles, que le décret du 19 juin 2001 continue à s'appliquer, dans sa teneur initiale avant la modification de l'art. 2 par le nouveau décret du 7 décembre 2004. Des subventions (« versement du report soins ») ont donc été allouées dès le 1^{er} janvier 2005 jusqu'au 25 octobre 2006.

Par une décision du 12 septembre 2007, le Conseil d'Etat a révoqué la décision d'octroi de la subvention entre le 15 février 2005 et le 30 octobre 2006, puis il a réclamé la restitution de la subvention indûment accordée, soit un montant de 583'333 fr. 50 plus intérêts à 3,5 pour-cent.

N._____ SA a recouru auprès du Tribunal cantonal contre la décision du Conseil d'Etat. La Cour de droit administratif et public a partiellement admis le recours par un arrêt rendu le 20 juin 2008 (arrêt GE.2007.0197). Elle a réformé la décision attaquée « dans le sens que la recourante est condamnée à restituer au Canton de Vaud seulement la subvention versée pour la période entre le 15 février 2005 et le 30 octobre 2006 afin de couvrir la part des soins non reconnue à charge des assureurs-maladie, pour un montant de 583'333 francs et 50 centimes, l'intérêt moratoire n'étant pas dû ». Cet arrêt est entré en force.

E. En 2007, N._____ SA a adressé à H._____ (ci-après : H._____) des factures concernant certains résidents de l'EMS assurés auprès de cette compagnie pour l'assurance obligatoire des soins. Sur chaque facture, le libellé mentionné, au regard de la somme réclamée, était « report soins ». Par lettres du 25 mai 2007, H._____ a refusé de prendre en charge ces frais en faisant valoir que par le versement du forfait journalier conventionnel (celui prévu par la convention fixant les tarifs des prestations de soins), elle avait rempli toutes ses obligations légales à l'égard de l'EMS; elle a ajouté que le solde de frais non couvert (report soins, frais socio-hôteliers) ne pouvait pas être pris en charge au titre de l'assurance obligatoire des soins.

N._____ SA a accompli à la même période une démarche analogue auprès de F._____ (ci-après : F._____). Cette assurance a répondu, le 6 juin 2007, que ces factures concernaient la part du coût des

soins non imputable du chef de la LAMal; elle a précisé que pour autant que l'établissement soit reconnu d'utilité publique, l'Etat versait à l'EMS une subvention dite « report soins », correspondant à cette part du coût des soins non reconnus à charge de l'assurance-maladie.

Les deux assureurs ci-dessus pratiquent l'assurance-maladie selon la LAMal (assurance obligatoire des soins).

F. Par une requête déposée le 8 février 2008 et adressée au président du Tribunal arbitral des assurances du canton de Vaud, N._____ SA a pris les conclusions suivantes à l'encontre de H._____ et de F._____ :

« I. H._____ est débitrice et doit prompt paiement à N._____ SA des sommes suivantes :

- Fr. 22'956.50 avec intérêts à 5% l'an dès ce jour.
- Fr. 22'956.50 avec intérêts à 5% l'an dès ce jour.
- Fr. 17'072.10 avec intérêts à 5% l'an dès ce jour.

dans la mesure où la restitution de ces montants est due à l'Etat de Vaud.

II. F._____ est débitrice et doit prompt paiement à N._____ SA des sommes suivantes :

- Fr. 14'036.- avec intérêts à 5% l'an dès ce jour.
- Fr. 1'550.- avec intérêts à 5% l'an dès ce jour.

dans la mesure où la restitution de ces montants est due à l'Etat de Vaud.

III. Constater que H._____ respectivement, F._____ sont tenus de payer à N._____ SA la part de report soins réclamée par l'Etat de Vaud, respectivement des montants suivants :

Pour H._____ :

[mêmes montants que sous ch. I ci-dessus]

Pour F._____ :

[mêmes montants que sous ch. II ci-dessus]

IV. H._____ est débitrice et doit prompt paiement à N._____ SA des sommes suivantes:

- Fr. 8'544.90 avec intérêts à 5% l'an dès ce jour.
- Fr. 751.20 avec intérêts à 5% l'an dès ce jour.
- Fr. 250.40 avec intérêts à 5% l'an dès ce jour.

V. Constater que H._____ respectivement, F._____ sont tenus de payer à N._____ SA la part de report soins réclamée par l'Etat de Vaud, respectivement des montants suivants :

Pour H. _____ :
[mêmes montants que sous ch. IV ci-dessus] ».

Dans une écriture du 30 avril 2009, N. _____ SA a augmenté ses conclusions et a indiqué désormais les montants suivants dans ses chefs de conclusions I, III, IV et V :

Conclusion I :

- Fr. 22'956.50 avec intérêts à 5% l'an dès le 8.02.2008.
- Fr. 22'956.50 avec intérêts à 5% l'an dès le 8.02.2008.
- Fr. 22'956.50 avec intérêts à 5% l'an dès le 8.02.2008.
- Fr. 17'072.10 avec intérêts à 5% l'an dès le 8.02.2008.

Soit au total en capital :

- Fr. 85'941.60 avec intérêts à 5% l'an dès le 08.02.2008.

Conclusion III :

Pour H. _____ :
[mêmes montants que sous ch. I ci-dessus].

Conclusion IV :

- Fr. 8'544.90 avec intérêts à 5% l'an dès le 08.02.2008.
- Fr. 751.20 avec intérêts à 5% l'an dès le 08.02.2008.
- Fr. 250.40 avec intérêts à 5% l'an dès le 08.02.2008.
- Fr. 2'879.60 avec intérêts à 5% l'an dès le 25.02.2008.
- Fr. 11'455.80 avec intérêts à 5% l'an dès le 26.02.2009

Soit au total en capital :

- Fr. 23'881.90 avec intérêts.

Conclusion V :

Pour H. _____ :
[mêmes montants que sous ch. IV ci-dessus].

Les deux assureurs intimés concluent au rejet des conclusions de la requérante.

G. Le président du Tribunal arbitral a tenu deux audiences en vue de tenter la conciliation et d'organiser l'instruction ainsi que la constitution du tribunal.

Par un jugement incident du 23 janvier 2009, le président du Tribunal arbitral a rejeté une requête de suspension présentée par les deux assureurs intimés. En substance, il a considéré que l'absence de tentative de conciliation préalable dans un cadre paritaire n'était pas un

obstacle à la mise en œuvre de la procédure arbitrale selon l'art. 89 LAMal.

Par un prononcé motivé du 13 novembre 2009, le président du Tribunal arbitral a désigné les arbitres en écartant des objections présentées par les deux assureurs concernant l'arbitre proposé par la requérante.

L'audience de jugement a eu lieu le 5 mars 2010. Les parties ont plaidé, en confirmant leurs conclusions. Comme un onglet de pièces produit par la requérante le 26 février 2010, et reçu par le Tribunal arbitral le 1^{er} mars 2010, n'avait pas pu être consulté par les assureurs intimés avant l'audience, un délai au 19 mars 2010 a été imparti à ces assureurs, après l'audience, pour déposer d'éventuelles déterminations écrites sur ces pièces exclusivement. Dans ses déterminations du 18 mars 2010, F._____ a exposé que ces pièces n'avaient aucune pertinence pour l'affaire à juger. Dans ses déterminations du 18 mars 2010, H._____ a également exposé que ces pièces n'avaient aucune pertinence pour l'affaire à juger; elle a en outre présenté, sur six pages, des « notes de plaidoirie » où elle développe une argumentation juridique à propos de l'objet de la contestation.

Le Tribunal arbitral a commencé sa délibération à huis clos après l'audience de jugement; il l'a poursuivie par voie de circulation.

E n d r o i t :

1. Le régime juridictionnel de l'art. 89 LAMal est applicable car le présent litige oppose un fournisseur de prestations (la société requérante, en tant qu'exploitant d'un EMS) à deux assureurs-maladie pratiquant l'assurance obligatoire des soins, requis de prendre en charge des prestations supplémentaires dans ce cadre.

Sous réserve des déterminations des intimés au sujet de pièces produites en fin de procédure par la requérante (onglet du 26 février 2010), l'instruction et l'échange d'écritures étaient clos à l'issue des plaidoiries. L'audience de jugement avait précisément pour objet de permettre aux parties de développer leur argumentation juridique finale en plaidoirie. Les « notes de plaidoirie » de H. _____, qui n'ont pas été produites au moment où la plaidoirie a été prononcée, qui ne sont pas la transcription de ce que le représentant de l'assureur précité a plaidé, et qui portent la signature d'un autre cadre de la société, ne peuvent pas être prises en considération, vu le cadre procédural fixé. Le Tribunal arbitral écarte donc cette écriture, dans la mesure où elle va au-delà d'une détermination sur les dernières pièces produites par la requérante.

2. Les conclusions de la requérante tendent au remboursement, par les deux assureurs-maladie intimés, de frais liés à la prise en charge ou à l'hébergement *lato sensu* de plusieurs résidents, assurés auprès des intimés pour l'assurance obligatoire des soins selon la LAMal. Ces frais font partie de la catégorie pour laquelle la notion de « report soins » a été utilisée dans le canton de Vaud, depuis l'adoption du décret du 19 juin 2001 (plus précisément : « report sur les tarifs journaliers de la part du coût des soins non reconnue à charge des assureurs-maladie »). Il est en effet constant que les factures dont se prévaut la requérante ne concernent pas des soins ou prestations compris dans les forfaits journaliers au sens de l'art. 15 de la Convention tarifaire, prestations dont le remboursement dans le cadre de l'assurance obligatoire des soins n'est pas discuté (à propos de cette notion de soins *stricto sensu*, cf. notamment TF 9C_62/2009 du 27 avril 2010, consid. 2).

Il n'y a pas lieu d'examiner plus en détail le fondement de chaque facture et de chaque élément des montants globaux réclamés. Il peut être admis que les prestations correspondant à ces factures relèvent du domaine des soins *lato sensu*, mais il n'est pas nécessaire de déterminer quel type de soins concrets ou de prestations elles recouvrent. Il ne se justifie pas non plus de se prononcer sur la portée exacte des différents chefs de conclusions, les mêmes montants étant mentionnés à

plusieurs reprises. Comme cela sera exposé plus bas, seule une question de principe est en effet à résoudre.

3. La requérante exploite un établissement sanitaire privé qui ne bénéficie pas de la reconnaissance d'intérêt public prévue par le droit cantonal. Cet établissement est un fournisseur de prestations admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins (art. 35 ss LAMal) mais il n'est pas soumis aux prescriptions de la LPFES (art. 3 al. 1 ch. 4 LPFES).

Depuis la modification du 7 décembre 2004 du décret du 19 juin 2001 et depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de la LPFES à ce sujet, la subvention est réservée aux établissements sanitaires privés reconnus d'intérêt public (art. 3 al. 1 ch. 1 à 3, 3 al. 2 et 29b LPFES). La requérante ne prétend pas, dans la présente procédure, que son EMS devrait être reconnu d'intérêt public, ou assimilé à un établissement bénéficiant de cette reconnaissance.

La requérante ne demande du reste pas au Tribunal arbitral de prononcer qu'une subvention cantonale lui est due, ni que d'une autre manière le canton soit condamné à prendre en charge les factures litigieuses. De telles conclusions ne seraient pas recevables dans le cadre de l'art. 89 LAMal.

Cela étant, il résulte de la jurisprudence que le droit fédéral ne confère pas aux EMS – qu'ils soient ou non reconnus d'intérêt public – un droit à une subvention. La subvention prévue actuellement à l'art. 29b LPFES, anciennement dans le décret du 19 juin 2001, trouve son fondement exclusivement dans le droit cantonal (TF 2P.94/2005 du 25 octobre 2006, consid. 3 et les références). Une réglementation cantonale autonome ne viole pas la LAMal si elle se borne à régler le sort des frais non couverts par les assureurs-maladie pour les établissements médico-sociaux reconnus d'intérêt public, et ne traite pas cette question pour les établissements privés dépourvus de la reconnaissance d'intérêt public.

4. Il reste donc à examiner si les assureurs intimés peuvent être condamnés à prendre en charge les factures litigieuses dans le cadre de l'assurance obligatoire des soins (art. 3 ss LAMal). La question est actuelle pour la requérante depuis qu'elle n'obtient plus les subventions lui permettant de couvrir ces dépenses, ayant même l'obligation de restituer des subventions reçues dès le 15 février 2005.

a) L'art. 24 LAMal prévoit que l'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des prestations définies aux art. 25 à 31 LAMal en tenant compte des conditions des art. 32 à 34 LAMal. Selon l'art. 25 al. 2 let. a LAMal, ces prestations comprennent les examens, traitements et soins dispensés sous forme ambulatoire, au domicile du patient, en milieu hospitalier ou dans un établissement médico-social par des médecins, des chiropraticiens ou des personnes fournissant des prestations sur prescription ou sur mandat médical; selon l'art. 25 al. 2 let. b LAMal, ces prestations comprennent également les analyses, médicaments, moyens et appareils diagnostiques ou thérapeutiques prescrits par un médecin ou, dans les limites fixées par le Conseil fédéral, par un chiropraticien.

Aux termes de l'art. 50 LAMal (titre : « Conventions tarifaires avec les établissements médico-sociaux »), en cas de séjour dans un établissement médico-social (art. 39 al. 3 LAMal), l'assureur prend en charge les mêmes prestations que pour un traitement ambulatoire ou les soins à domicile; il peut toutefois convenir avec l'établissement médico-social d'un mode de rémunération forfaitaire; l'art. 49 al. 7 et 8 (avant le 1^{er} janvier 2009 : al. 6 et 7) est applicable par analogie. Ce renvoi partiel à l'art. 49 LAMal (titre : « Conventions tarifaires avec les hôpitaux ») concerne uniquement l'utilisation d'instruments de gestion (comptabilité analytique, outils de comparaison) et non pas la prise en charge des coûts ou des prestations.

Si donc les établissements médico-sociaux figurent parmi les fournisseurs du secteur dit stationnaire, les prestations qui y sont fournies ressortissent au domaine ambulatoire. Elles n'incluent par conséquent pas les frais dits d'hôtellerie (séjour et nourriture) qui ne peuvent dès lors être

mis à la charge de l'assurance de base; ces frais sont en principe supportés par les résidents ou, si leurs moyens économiques n'y suffisent pas, par les régimes sociaux destinés à les soutenir financièrement (décision du Conseil fédéral du 20 décembre 2000 in JAAC 2002 n° 66.69, consid. 4.1).

b) Dans le canton de Vaud, les établissements médico-sociaux, en tant que fournisseurs de prestations, établissent leurs factures sur la base de tarifs, conformément à ce que prévoit l'art. 43 LAMal, et ces tarifs sont édictés dans le cadre fixé par la convention tarifaire de 2004, à laquelle la requérante a adhéré.

Dans la présente contestation, il faut partir du principe que les tarifs applicables (annexes à la convention - art. 14 de dite convention) se fondent sur une définition des prestations de soins conforme au droit fédéral (art. 15 de la convention et art. 7 OPAS [ordonnance du 29 septembre 1995 du DFI sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie, RS 832.1112.31]) et que leur échelonnement est correct (art. 11 de la convention, art. 9 al. 4 OPAS). La requérante ne critique du reste pas ces tarifs au regard des exigences du droit fédéral, rappelées et explicitées dans la décision du Conseil fédéral du 20 décembre 2000 déjà citée (JAAC 2002 n° 66.69, consid. 4 et 5).

c) Il découle de la fixation de tarifs au sens de l'art. 43 LAMal, pour les prestations de soins, que la protection tarifaire doit s'appliquer. Ainsi, aux termes de l'art. 44 al. 1 LAMal, « les fournisseurs de prestations doivent respecter les tarifs et les prix fixés par convention ou par l'autorité compétente; ils ne peuvent exiger de rémunération plus élevée pour des prestations fournies en application de la présente loi ».

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la protection tarifaire est limitée aux prestations de soins accordées selon la LAMal, pour lesquelles une facturation supplémentaire est exclue. Cette protection s'adresse à l'assuré en tant que débiteur des coûts des soins, comme à son assureur en sa qualité de tiers garant. A contrario, les

prestations qui ne tombent pas sous le coup de l'assurance obligatoire ne bénéficient pas de la protection tarifaire. Ainsi, celle-ci ne s'étend pas notamment aux rapports avec des patients privés, aux assurances complémentaires qui couvrent des prestations non comprises dans le tarif (par exemple : un moyen thérapeutique non reconnu ou un médicament qui ne figure pas sur la liste des spécialités), ni au fournisseur de prestations qui s'est récusé, c'est-à-dire qui refuse de fournir des prestations conformément à la loi (art. 44 al. 2 LAMal). S'agissant de prestations qui ne tombent pas sous le coup de la loi sur l'assurance-maladie, le fournisseur est en principe libre d'en déterminer le prix ou de les facturer hors tarif (ATF 129 I 346 consid. 3.2).

Dans une décision rendue sur recours le 23 mars 2005, le Conseil fédéral a précisé que le principe de la protection tarifaire s'appliquait également lorsqu'en raison du manque de transparence des coûts, l'entier des frais pour les prestations relevant de l'assurance obligatoire des soins ne peut être mis à la charge des assureurs. Le droit fédéral ne règle pas qui doit supporter les frais pour les prestations de soins qui ne sont pas couverts par les assureurs. Une éventuelle réglementation cantonale à ce sujet constitue du droit cantonal autonome. Si un montant non couvert se rapportant à des prestations de soins est facturé avec les coûts socio-hôtelières d'un EMS, il est possible de contester ceux-ci en invoquant la protection tarifaire (JAAC 2005 n° 69.100 consid. 2.5.3).

d) Dans sa décision, déjà citée, du 20 décembre 2000, le Conseil fédéral a relevé, à propos de la manière dont devaient être fixés les tarifs, que l'on se trouvait dans une période transitoire, aussi longtemps que les établissements médico-sociaux ne sont pas tenus de calculer leurs coûts et de classer leurs prestations selon une méthode uniforme. Le Conseil fédéral s'est déclaré conscient du fait que, dans cette période transitoire, sa solution, avec les limites tarifaires qu'elle implique, aurait pour résultat que les coûts effectifs des prestations ne seraient pas forcément couverts, et « qu'elle fait par conséquent notamment appel aux

contributions des pouvoirs publics en vertu du principe de la protection tarifaire » (JAAC 2002 n° 66.69 consid. 5.2 in fine).

Il a également été question de cette période transitoire dans les travaux préparatoires de la récente révision de la LPFES, afin de revoir le régime de subventionnement du « report soins ». L'exposé des motifs du Conseil d'Etat indique que le nouvel art. 29b LPFES remplace le décret du 19 juin 2001 (BGC du 7 novembre 2006, pp. 5099, 5109 et 5110); toutefois, à la différence du décret, il ne prévoit pas une obligation de financement étatique du « report soins », mais uniquement une possibilité, car « la protection tarifaire consacrée par la LAMal devrait bientôt être limitée sur ce point, de même par conséquent que les obligations financières de l'Etat en la matière » (BGC du 7 novembre 2006, p. 5106). Cet exposé des motifs mentionne en outre ce qui suit (p. 5099) : « L'Etat devra continuer à assumer en tout ou partie le "report soins" tant que les assureurs-maladie ne prendront pas en charge l'intégralité du coût des soins ou tant que l'on ne considérera pas leur financement comme une simple contribution, le solde ne tombant plus sous la protection tarifaire et pouvant donc être mis à la charge du résident ». Dans le présent jugement, il convient de relever que les règles du droit fédéral sur la protection tarifaire n'ont en l'état pas été modifiées. Une loi fédérale, du 13 juin 2008, sur le nouveau régime de financement des soins a été adoptée (FF 2008 p. 4751; message : FF 2005 p. 1911), qui modifie la LAMal à propos des soins en cas de maladie et de la prise en charge du coût de ces soins (nouvel art. 25a LAMal, notamment); cette nouvelle loi fédérale n'a toutefois pas encore été mise en vigueur, de sorte qu'elle ne saurait de toute manière s'appliquer aux prestations fournies dans l'établissement de la requérante ces dernières années.

e) Dès lors qu'il faut reconnaître que les coûts forfaitaires des soins arrêtés dans le cadre de la convention tarifaire ont été fixés conformément au droit fédéral, le principe de la protection tarifaire (art. 44 al. 1 LAMal) s'oppose à ce que les montants facturés au titre du « report soins » soient mis à la charge des assureurs-maladie, car cela représenterait une facturation supplémentaire dans le cadre de

l'assurance obligatoire des soins (ATF 129 I 346 consid. 3.2). Cette solution est certes rigoureuse pour la requérante, d'autant qu'elle ne peut pas compter sur des subventions cantonales, comme cela a été confirmé par le Tribunal fédéral. En l'état de la législation, elle est la seule conforme aux dispositions régissant l'assurance obligatoire des soins. La cognition du Tribunal arbitral ne s'étend pas au-delà de l'examen de la portée de la protection tarifaire dans le cadre défini ci-dessus (ATF 135 V 443).

La requérante soutient qu'on ne saurait obliger un EMS à fournir des soins à perte, sous prétexte de protection tarifaire. Elle se réfère à l'avis d'un auteur qui s'interroge sur les conséquences de l'arrêt du Tribunal fédéral 2P.94/2005 du 25 octobre 2006, en expliquant que la Haute Cour aurait dû s'inquiéter des conséquences, sur les obligations des assureurs, du refus du canton de Vaud d'octroyer des subventions pour le « report soins » à un établissement non reconnu d'intérêt public (Jean-Louis Duc, De l'étendue du droit aux prestations de l'assurance maladie en cas de résidence dans un EMS non subventionné, AJP/PJA 2008 p. 198 ss, p. 201). Ces préoccupations et questions sont actuelles. Il ne se trouve pourtant pas de réponse, autre que celle donnée dans le présent jugement, dans les dispositions actuellement en vigueur régissant l'assurance obligatoire des soins.

5. Il résulte des considérants que les conclusions de la requérante, entièrement mal fondées, doivent être rejetées.

Selon l'art. 92 al. 1 CPC (Code de procédure civile du 14 décembre 1966, RS 270.11), applicable par analogie (art. 109 al. 2 et art. 116 LPA-VD [loi vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]), des dépens sont alloués à la partie qui obtient gain de cause. A l'issue d'un litige, le juge doit donc rechercher lequel des plaideurs gagne le procès et lui allouer une certaine somme en remboursement de ses frais, à la charge du plaideur perdant. Les dépens comprennent principalement les frais de justice payés par la partie, les honoraires et les déboursés de son avocat (art. 91 let. a et c CPC). Les frais de justice englobent l'émolument de justice ainsi que, dans le cas

particulier, la rémunération des arbitres - qu'il y a lieu d'arrêter à 3'000 fr. par arbitre.

Les frais de justice sont donc arrêtés à 5'000 fr. pour la requérante, à 2'500 fr. pour l'intimée H._____, et à 2'500 fr. pour l'intimée F._____.

Les deux assurances intimées n'ont pas de frais d'avocat. Les dépens à verser par la requérante à chacune des assurances intimées sont donc fixés à 2'500 francs.

**Par ces motifs,
le Tribunal arbitral des assurances
prononce :**

- I. Les conclusions de la requérante N._____ SA sont rejetées.
- II. Les frais de justice sont arrêtés à 5'000 fr. (cinq mille francs) pour la requérante N._____ SA, à 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) pour l'intimée H._____ et à 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) pour l'intimée F._____.
- III. La requérante N._____ SA versera à l'intimée H._____ le montant de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens, et à l'intimée F._____ le montant de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens.
- IV. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées.

Le président :

La greffière :

Du

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

- N. _____ SA
- H. _____
- F. _____
- Office fédéral des assurances sociales (OFAS)

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 :