

TRIBUNAL ARBITRAL DES ASSURANCES

Jugement du 5 mai 2015

Composition : Mme DI FERRO DEMIERRE, présidente

Mme Despland et M. Castelli, arbitres

Greffière : Mme Barman Ionta

Cause pendante entre :

L._____, à [...], demandeur, représenté par Me Jean-Louis Duc, avocat à
Château-d'Oex,

et

SANTÉSUISSE, à Soleure, ainsi que **PHARMASUISSE**, à Liebefeld,
défenderesses, représentées par Me Jean-Pierre Gross, avocat à Lausanne.

Art. 46 LAMal

E n f a i t :

A. 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 le 6 mars 2009 la Convention tarifaire RBP IV (ci-après : la Convention ou la Convention RBP IV). Cette convention a pour objet de régler la rémunération des prestations des pharmaciens par les assureurs dans le domaine de la LAMal (loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, RS 832.10 ; art. 2 ch. 1 de la Convention) ; aux termes de celle-ci, les parties entendent poursuivre le développement du système de la rémunération basée sur les prestations (art. 1 al. 2 de la Convention). La Convention RBP IV remplace les précédentes conventions tarifaires (RBP I entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2001 ; RBP II entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, RBP III entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007 et RBP IV entrée en vigueur au 1^{er} septembre 2010). Tout pharmacien au sens de la LAMal peut bénéficier du système prévu par cet accord à condition d'adhérer à ce dernier ; à cet effet, il s'acquitte d'une taxe d'adhésion et d'une contribution annuelle dont les montants varient selon qu'il est ou non membre de pharmaSuisse (art. 1 et 2 de l'annexe 6 à la Convention).

La Convention contient plusieurs annexes qui en font partie intégrante (art. 7 de la Convention). Son annexe 6 - à laquelle renvoie l'art. 5 de la 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. »

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). Ce dernier vérifie que la convention respecte la loi, l'équité et le principe d'économie (art. 46 al. 4, 2^e phrase, LAMal).

La Convention RPB, dans toutes ses versions successives, prévoit en principe le système du tiers payant au sens de l'art. 42 al. 2 LAMal, ce qui signifie que l'assureur – et non pas l'assuré – est le débiteur de la rémunération (cf. notamment art. 1 ch. 1 de l'annexe 3 de la Convention).

b) L._____ (ci-après : le demandeur), qui exploite une pharmacie à [...] (Pharmacie [...]), n'est pas membre de pharmaSuisse. Le 11 octobre 2010, il a fait savoir à santésuisse qu'il adhérerait à la Convention mais réservait ses droits s'agissant de la taxe d'adhésion et de la contribution annuelle aux frais prévues par celle-ci, qu'il considérait comme trop élevées.

Par ordonnance du 4 janvier 2011, le Juge de paix du district de [...] l'a autorisé à consigner à titre d'exécution les montants en question.

c) Dans un courrier du 4 avril 2011 au pharmacien K._____, libellé « contribution financière due par votre adhésion à la convention RBP IV pour sa conclusion et son exécution » (pièce n° 6), pharmaSuisse a écrit notamment ce qui suit :

« Nous mettons à votre disposition en annexe les justifications comptables des montants fixés à charge des membres et des non-membres en relation avec la convention, et vous pourrez constater que nous avons particulièrement veillé à ne pas être discriminatoires au sens de la Loi (Art. 46 al. 2 LAMal), en ce sens que nous avons calculé les coûts réels et déterminé la part de ces coûts subventionnée réellement par les cotisations de nos membres. »

Etaient ainsi joints à ce courrier l'extrait comptable concernant le projet de la Convention RBP IV et ses explications :

« Aperçu des coûts pour l'adhésion et l'application de la convention tarifaire RBP IV »

Le 21 décembre 2006, le Conseil fédéral a approuvé la convention tarifaire RBP III, mais limité sa validité à fin 2008. pharmaSuisse a donc dû entamer des négociations avec les assureurs début 2007 déjà dans le but de poursuivre la RBP. Ces négociations ont duré jusqu'à l'approbation de la convention tarifaire RBP IV par le Conseil fédéral le 30 juin 2010. Ces négociations longues et intensives ont entraîné des coûts élevés. pharmaSuisse peut uniquement justifier ses propres coûts. SantéSuisse devra faire de même pour les siens. Dans le cadre de la convention RBP IV, pharmaSuisse a fixé des coûts de CHF 2'000.- pour l'adhésion à la convention tarifaire RBP IV et de CHF 1'150.- par an pour sa mise en application (contrôle de qualité inclus). Ces coûts ont été calculés comme suit par pharmaSuisse au moment de les fixer dans la convention :

Coûts pour l'adhésion à la convention

La comptabilité de pharmaSuisse comptabilise les coûts sous « Convention tarifaire », « Etude permanente des coûts en pharmacie (RoKA) », « Système de gestion de la qualité (QMS) » et « Cercles de qualité ».

Coûts pour l'application de la convention

Les coûts pour l'application de la convention se composent des coûts de monitoring (y compris collecte de données), ainsi que des coûts pour la commission paritaire arbitrale (CPA), la commission de qualité (y compris contrôle obligatoire de la qualité) et la commission pour la gestion du fonds. Sur la base des expériences

avec la RBP III, de la structure plus complexe de la convention tarifaire RBP IV (commissions supplémentaires), et des coûts prévus pour la réalisation d'études d'économicité selon la convention, pharmaSuisse a compté des frais supplémentaires de CHF 500.- par pharmacie par rapport à la RBP III. Etant donné que la convention est limitée jusqu'à septembre 2012, ces coûts doivent être calculés pendant les deux ans de validité de la convention.

Calcul des coûts

D'après la comptabilité, les coûts directs pour l'adhésion à la convention s'élèvent à CHF 1'920'141 pour les années 2007 à 2009 (coûts directs pour les produits plus coûts salariaux directs). Viennent s'y ajouter des frais généraux de CHF 2'274'259 calculés à partir des heures de travail consacrées à la RBP IV par rapport aux heures de travail globales de pharmaSuisse. pharmaSuisse s'attend finalement à des frais supplémentaires de CHF 1'450'000, et prévoit un risque de calcul de 10% qui s'élève à CHF 424'386. Il en résulte un prix global de CHF 6'068'786 (TVA exclue) ou de CHF 6'554'289 (TVA de 8% incluse) pour la convention tarifaire.

Le calcul était basé sur la supposition que 1'450 pharmaciens (1'350 membres et 270 non-membres de pharmaSuisse) adhèrent à la convention (correspond à 95% du nombre d'adhésion sous RBP III). Il en ressort des coûts de CHF 4000.21 par pharmacie pour la convention.

pharmaSuisse, Liebefeld				15.03.2011
Calcul des coûts pour la RBP IV				
Base de calcul: années 2007 à 2009				
Calcul RBP IV				
	2007	2008	2009	Résultat global
Total coûts directs + coûts salariaux sans frais généraux	620'870	841'302	457'969	1'920'141
Frais généraux sur la base des heures consacrées à la RBP IV	674'604	837'452	762'203	2'274'259
Coûts escomptés	1'295'474	1'678'754	1'220'172	4'194'400
Supposition en 2009 que 1450 pharmacies adhèreront à la convention Expérience: 1350 membres et 270 non-membres (95% de participants)			1 année	
			par pharmacie	Total
Coûts escomptés			1'446.34	4'194'400
Frais supplémentaires RBP IV, selon commentaire (coûts pour l'application de la convention)			500.00	1'450'000
Risque de calcul: 10%			146.34	424'386
Total coûts avant TVA			2'092.68	6'068'786
TVA 8%			167.41	485'503
Coûts globaux pour non-membres, TVA incluse			2'260.10	6'554'289
Par pharmacie		1.9.2010 - 31.8.2011	1.9.2011 - 31.8.2012	Total: 2 ans
Coûts globaux pour non-membres, TVA incluse		2'260.10	2'260.10	4'520.20
Cotisations de non-membres selon ANNEXE 6, art. 2 RBP IV		-3'150.00	-1'150.00	-4'300.00

pharmaSuisse, Liebefeld				15.03.2011
Calcul des coûts pour la RBP IV				
Base de calcul: années 2007 à 2009				
Calcul RBP IV				
Différence		-889.90	1'110.10	220.20

B. a) Le 22 septembre 2011, L. _____ a ouvert action contre pharmaSuisse et santésuisse devant le Tribunal arbitral des assurances du canton de Vaud. Il concluait à ce que cette autorité fixe la taxe d'adhésion et la contribution annuelle prévues par la Convention RBP IV pour les non-membres de pharmaSuisse à un montant suffisant pour couvrir les frais de conclusion et de fonctionnement de celle-ci, tout en garantissant l'égalité de traitement entre les membres de pharmaSuisse et les non-membres adhérant à cette convention. A titre de mesures d'instruction, le demandeur requérait la production par pharmaSuisse de ses comptes, y compris ceux de frais liés à la conclusion et au fonctionnement des RBP I à IV, la production par santésuisse de ses propres comptes concernant les frais liés la conclusion et au fonctionnement des RBP I à IV ainsi que l'audition comme expert du pharmacien K. _____, lequel avait réalisé une expertise en août 2011 dont le rapport était produit à l'appui de la demande.

Par jugement du 18 avril 2012, le Président du Tribunal arbitral a déclaré l'action irrecevable.

Par arrêt du 20 décembre 2012, le Tribunal fédéral a constaté que le litige opposant L. _____ à pharmaSuisse et santésuisse ressortissait à la compétence matérielle du tribunal arbitral institué par l'art. 89 LAMal. Il a dès lors admis le recours et renvoyé la cause au Tribunal de céans pour qu'il détermine si, dans le cas d'espèce, les contributions prévues à l'art. 2 ch. 1 de l'annexe 6 à la Convention revêtaient un caractère équitable au sens de l'art. 46 al. 2 LAMal et rende un nouveau jugement au sens des considérants.

b) Dans une écriture du 16 juillet 2013, le demandeur se prononçait sur la question de la ristourne prévue sur le prix des

médicaments aux caisses-maladie, énoncée à l'art. 3 de l'annexe 2 de la Convention, qu'il estimait être contraire à la loi. Il sollicitait en sus des mesures d'instruction déjà requises dans son action du 22 septembre 2011 la production par pharmaSuisse et santésuisse des comptes relatifs au rabais prévu par la RBP IV (ristourne aux assureurs). Finalement, il maintenait sa conclusion quant à la fixation des taxes en cause par le Tribunal arbitral 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 les membres de pharmaSuisse et non-membres adhérant à cette convention, et concluait en outre à la restitution des montants indûment perçus à ce titre, ainsi qu'à l'annulation du rabais prévu en faveur des assureurs et à la restitution des montants indûment perçus à ce titre.

Par réponse du 30 septembre 2013, les défenderesses ont fait valoir que la Convention RBP IV avait été approuvée par le Conseil fédéral dans son intégralité, y compris les annexes prévoyant une participation des pharmaciens bénéficiaires. L'Office fédéral de la santé publique (ci-après : OFSP) avait par ailleurs admis que les coûts de conclusion d'une telle convention étaient notoirement élevés, notamment en raison d'une procédure compliquée et d'enjeux très conséquents. Les défenderesses concluaient ainsi au rejet de la demande sous suite de frais et dépens. Elles produisaient en outre le tableau récapitulatif des rendements et des coûts des conventions RBP I et II (pièce n° 102) :

LOA I 1.1.2001 - 31.12.2004
LOA II 1.1.2005 - 31.12.2006

LOA III 1.1.2007 - 30.6.2010

Kassenvertrag (Standart96)/ Abgeltung LOA

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Ertrag	-296'470.24	-148'085.85	-36'797.20	-208'118.17	-146'410.85	-261'583.15
Aufwand	226'757.51	202'520.52	199'789.60	350'358.60	367'847.24	1'352.53
Gewinn / Verlust	-69'712.73	54'434.67	162'992.40	142'240.43	221'436.39	-260'230.62
Interne Kosten	443'887.70	300'438.00	375'073.85	359'028.10	352'985.25	302'033.40

Rollende Kostenstudie

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Ertrag	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Aufwand	113'006.55	111'927.38	169'142.38	82'407.46	99'504.92	193'929.83
Gewinn / Verlust	113'006.55	111'927.38	169'142.38	82'407.46	99'504.92	193'929.83
Interne Kosten	38'415.25	45'415.50	6'872.65	3'744.55	6'853.65	22'859.70

Qualitätsmanagementsystem

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Ertrag	-219'154.32	-334'073.68	-109'992.02	-339'291.50	-505'154.38	-243'283.90
Aufwand	158'855.79	189'541.30	129'938.16	211'978.55	288'154.67	167'804.49
Gewinn / Verlust	-60'298.53	-144'532.38	19'946.14	-127'312.95	-216'999.71	-75'479.41
Interne Kosten	265'164.35	137'700.20	147'494.05	208'450.90	238'819.30	314'232.15

Qualitätszirkel

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Ertrag	-130'332.40	-189'550.00	-234'750.00	-242'030.00	-292'540.00	-343'316.60
Aufwand	3'312.91	60'213.70	53'382.97	143'727.29	73'263.29	67'786.35
Gewinn / Verlust	-127'019.49	-129'336.30	-181'367.03	-98'302.71	-219'276.71	-275'530.25
Interne Kosten	133'953.45	127'946.50	167'605.30	259'557.25	356'848.90	426'983.34

Total Gewinn/Verlust	-144'024.20	-107'506.63	170'713.89	-967.77	-115'335.11	-417'310.45
Total Lohnkosten mit Gemeinkosten	881'420.75	611'500.20	697'045.85	830'780.80	955'507.10	1'066'108.59

Verlust Saldo Vollkostenrechnung	737'396.55	503'993.57	867'759.74	829'813.03	840'171.99	910'381.29
---	-------------------	-------------------	-------------------	-------------------	-------------------	-------------------

LOA I 1.1.2001 - 31.12.2004
LOA II 1.1.2005 - 31.12.2006

LOA III 1.1.2007 - 30.6.2010

Kassenvertrag (Standart96)/ Abgeltung LOA

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Total Gewinn/Verlust	-144'024.20	-107'506.63	170'713.89	-967.77	-115'335.11	-417'310.45
Total Lohnkosten mit Gemeinkosten	881'420.75	611'500.20	697'045.85	830'780.80	955'507.10	1'066'108.59

Verlust Saldo Vollkostenrechnung	737'396.55	503'993.57	867'759.74	829'813.03	840'171.99	648'798.14
---	-------------------	-------------------	-------------------	-------------------	-------------------	-------------------

Dans sa réplique du 14 octobre 2013, le demandeur exposait dans un premier temps que le tableau récapitulatif susmentionné ne prouvait pas que les conventions antérieures aient été déficitaires. Il notait que les chiffres allégués par les défenderesses aboutissaient à des résultats plus que surprenants quant à l'importance des frais liés à la Convention par rapport à l'ensemble des charges des défenderesses. Seul restait déterminant le coût avéré de la Convention (frais de conclusion et fonctionnement) qui n'était pas précisé, selon le demandeur, par des comptes vérifiables, seuls des tableaux récapitulatifs ayant été établis. Les comptes dont la production avait été demandée permettraient ainsi

d'établir quelle part des cotisations des membres de pharmaSuisse était consacrée à la couverture des frais liés à la conclusion et au fonctionnement de la convention et quelle part de ces mêmes cotisations était affectée aux autres services que pharmaSuisse rendait à ses membres. Cela fait, il serait possible de décider si les taxes exigées des non-membres étaient équitables ; en tout cas, elles ne sauraient servir à couvrir les coûts de fonctionnement de pharmaSuisse sans rapport avec la conclusion et le fonctionnement de la Convention. Le demandeur relevait en outre que pharmaSuisse admettait, dans sa lettre du 4 avril 2011, avoir subventionné ses membres pour la grande partie des frais de la Convention RBP IV, allégation qui n'était pas crédible en raison du montant que cela représentait par rapport aux cotisations des membres et au regard des tâches dont cette association faîtière avait la charge. Il y aurait dès lors lieu de rechercher la trace de ces subventions dans sa comptabilité. Partant, il demandait la production par les défenderesses des éléments de leurs comptabilités (notamment, pour pharmaSuisse, sous les rubriques « Convention tarifaire », « Etude permanente des coûts en pharmacie (RoKA), « Système de gestion de la qualité (QMS) » et « Cercles de qualité») propres à établir :

« a) le montant des coûts de négociation et de fonctionnement des conventions RBP I à IV, séparément pour chacune de ces conventions, supportés par chacun d'eux,

b) comment ces coûts ont été supportés par chacun d'eux, pour chaque convention, en distinguant en particulier, pour pharmaSuisse,

- entre la part éventuellement prise en charge sur le produit des cotisations des membres à l'association et la part couverte au moyen d'une éventuelle contribution supplémentaire spéciale,

- et la part prise en charge par le produit des taxes facturées aux non-membres. »

Le demandeur indiquait en outre confirmer ses conclusions.

Par duplique du 6 décembre 2013, les défenderesses se sont formellement opposées à la production, même partielle, de leurs comptabilités au motif qu'il était impossible d'isoler de façon hermétique ce qui, dans ces comptabilités, touchait aux conventions de ce qui avait

trait aux autres activités de ces associations. Les défenderesses soutenaient que cette production devait être refusée au nom de la protection du secret des affaires et par respect du principe de la proportionnalité en raison des positions de concurrents du demandeur et de « l'expert », le demandeur et « l'expert » étant deux membres fondateurs de l'association X. _____, laquelle avait déjà ouvert plusieurs procès contre pharmaSuisse sous prétexte que cette dernière n'agirait pas conformément au but de ses statuts, à savoir la défense des intérêts de ses membres. Elles précisait également qu'en sa double qualité de président de X. _____ et de pharmacien indépendant, K. _____ avait agi dans le canton de [...] pour obtenir des informations sur la comptabilité de pharmaSuisse en relation avec les conventions tarifaires litigieuses. Sa requête tendait à la mise en œuvre d'une preuve à futur sous forme d'expertise ; elle a été rejetée le 15 août 2013 faute de qualité pour agir aussi bien de X. _____ que des demandeurs individuellement, au motif que la requête n'était pas assez précise et tenait de la pêche aux informations dans la comptabilité de la défenderesse. Afin de garantir les droits de procédure du demandeur et qu'il puisse obtenir la confirmation que les chiffres avancés par les défenderesses correspondaient à la réalité, tout en préservant les secrets d'affaires des défenderesses, celles-ci proposaient que les organes chargés de la révision de leurs comptes, dont l'indépendance était présumée par la loi, soient appelés à témoigner par écrit. Si par impossible le Tribunal de céans considérait que le témoignage de réviseurs indépendants n'était pas suffisant pour attester de la véracité des chiffres avancés par les défenderesses, il y aurait lieu d'ordonner une expertise judiciaire.

c) Le 28 janvier 2014, L. _____ a formé recours auprès du Tribunal administratif fédéral à l'encontre d'une décision du Conseil fédéral du 18 décembre 2013 prolongeant jusqu'au 31 décembre 2015 l'approbation accordée le 30 juin 2010 à la Convention RBP IV, y compris ses annexes, en application de l'art. 46 al. 4 LAMal, et concernant les mêmes objets que la procédure ouverte devant le Tribunal de céans. Il a conclu à l'annulation de la décision précitée, au renvoi de l'affaire au Conseil fédéral pour qu'il fixe à nouveau les taxes perçues auprès des non-

membres qui adhéraient à cet accord, au constat de l'illicéité de la ristourne instituée sur le prix des médicaments et à l'annulation de la disposition qui la prévoyait.

Par réponse du 28 mai 2014 au Tribunal administratif fédéral, le Conseil fédéral a conclu à l'irrecevabilité du recours, exposant ce qui suit :

« 1) Objet du recours

Les prestations des pharmaciens lors de la remise des médicaments prescrits par un médecin ou, dans les limites fixées par le Conseil fédéral, par un chiropraticien, sont prises en charge par l'assurance obligatoire des soins (art. 25, al. 2, let. h, de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 ; LAMal, RS 832.10), sur la base d'une convention tarifaire entre fournisseurs de prestations et assureurs, et ce conformément à l'art. 43, al. 4, LAMal. L'art. 46 al. 4 LAMal stipule que si sa validité s'étend à toute la Suisse, une convention doit être approuvée par le Conseil fédéral, qui doit vérifier qu'elle est conforme à la loi et à l'équité et qu'elle satisfait au principe d'économie. La première convention tarifaire avec un système de rémunération basée sur les prestations (RBP) a été conclue en 2001 entre la Société Suisse des Pharmaciens (pharmaSuisse, anciennement SSpH) et SantéSuisse et approuvée par le Conseil fédéral le 20 février 2002. Par la suite, les partenaires tarifaires pharmaSuisse et SantéSuisse ont adapté et soumis la convention au Conseil fédéral à plusieurs reprises, la dernière version (RBP IV) le 6 mars 2009.

Le 30 juin 2010, le Conseil fédéral a approuvé sur la base des art. 46 al. 4, et 43 al. 5, LAMal, la convention du 6 mars 2009 entre la Société Suisse des Pharmaciens (pharmaSuisse, anciennement SSpH) et SantéSuisse, concernant la rémunération basée sur les prestations, y compris ses annexes. Bien que la convention tarifaire ait été conclue pour une durée indéterminée, le Conseil fédéral a décidé de ne l'approuver que pour une durée limitée au 30 septembre 2012, et d'assortir sa décision d'un certain nombre de conditions à l'endroit des partenaires tarifaires. En particulier, il a appelé les partenaires tarifaires à lui faire parvenir d'ici au 30 septembre 2012 la preuve de l'efficacité, de l'adéquation et du caractère économique (critères EAE) au sens de l'art. 32 LAMal, de la nouvelle prestation tarifaire « Entretien de polymédication ». Cette prestation doit être considérée selon sa décision dans le cadre de l'art. 4a al. 2 de l'ordonnance du DFI sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie du 29 septembre 1995 (Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins, OPAS ; RS 832.112.31) et la capacité de cette prestation à réduire les coûts doit être démontrée. Il a également fixé dans cette décision du 30 juin 2010 la structure tarifaire en tant que structure

tarifaire uniforme au niveau suisse sur la base de l'art 43, al. 5 LAMal.

Par courrier du 27 juin 2012, pharmaSuisse et tarifsuisse SA ont demandé au Conseil fédéral de prolonger l'approbation de la convention RBP IV jusqu'au 31 décembre 2015 (cf. annexe). La demande précisait qu'aucune modification n'avait été apportée au contenu du contrat, et que la structure tarifaire, la valeur du point tarifaire de même que la partie administrative du contrat valable pour toute la Suisse devaient être appliquées sans modification. Seules deux corrections ont été apportées à l'annexe 1 de la convention RBP IV (structure tarifaire), ces deux corrections ayant toutefois un caractère purement formel. Le Conseil fédéral a traité la demande des partenaires tarifaires et approuvé la prolongation le 18 décembre 2013.

[...]

2) Prise de position

2.1 Recevabilité formelle du recours

2.1.1 Recours contre une décision du Conseil fédéral

Selon l'art. 46 al. 4, LAMal, la convention tarifaire doit être approuvée par le gouvernement cantonal compétent, ou si la validité s'étend à toute la Suisse, par le Conseil fédéral. Selon 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.

[...]

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion d'évaluer un cas analogue à la présente situation. Cette autorité a considéré qu'en matière de tarifs ou de structure tarifaire dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire, le législateur fédéral a attribué la compétence d'approuver ou de fixer celle-ci en cas de litige aux organes politiques et non pas au juge (ATF 134 V 443). Ainsi, il appartient au Conseil fédéral de fixer une structure tarifaire uniforme sur le plan suisse pour les tarifs à la prestation, lorsque les partenaires tarifaires ne peuvent s'entendre à ce sujet (art. 43, al. 5 LAMal) ou d'approuver une convention tarifaire dont la validité s'étend à toute la Suisse (art. 46, al. 4 LAMal).

En ce qui concerne les voies de recours contre de telles décisions, le législateur fédéral n'a prévu d'intervention du juge que pour les décisions des gouvernements cantonaux qui peuvent être attaquées devant le TAF (ancien art. 34 LTAF, appliqué par analogie au nouvel article 33 let. i LTAF et art. 53 al. 1 LAMal) en tant qu'unique instance fédérale (cf. art. 83 let. r LTF), mais non pour les décisions du Conseil fédéral. Ce principe n'est pas paradoxal, ni ne peut être constaté comme une lacune de la loi.

Sur cette base, le recours doit être déclaré irrecevable.

2.1.2 Qualité pour recourir

Le recourant indique agir dans le délai prolongé ex lege de 30 jours dès la connaissance de la décision rendue le 18 décembre 2013. Dans sa lettre du 21 novembre 2013, l'OFSP a indiqué au représentant de X. _____ qu'il serait informé de la date de la décision de prolongation, mais en aucun cas que cette décision lui serait transmise directement. Le jour même de l'approbation de la prolongation de la convention, Monsieur le Conseiller fédéral Alain Berset lui-même en a informé, comme convenu, le représentant de X. _____, tout comme son représentant légal.

Les décisions du Conseil fédéral ne sont en principe pas publiées (art. 13 de la loi fédérale du 18 juin 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale, LPubl, RS 170.512). Ainsi seules les parties ayant un intérêt à la procédure sont informées de son contenu. Tel n'est pas le cas du recourant qui n'est ni partenaire tarifaire à la convention dont il est question, ni autorité cantonale compétente.

Cela soulève la question de la qualité pour agir du recourant.

[...]

En l'occurrence, la convention tarifaire n'obligeant pas l'ensemble des fournisseurs de prestations à y adhérer (art. 46 al. 3, LAMal), on voit mal ici l'atteinte particulière que la décision pourrait porter au recourant, tout comme l'intérêt digne de protection à voir annuler ou modifier cette convention, au surplus uniquement prolongée par le Conseil fédéral, mais acceptée dans son principe et appliquée en l'état déjà depuis le 30 juin 2010. Enfin, rien n'interdit non plus aux membres ou aux non-membres de conclure une ou plusieurs autres conventions. Ainsi, si un pharmacien, qu'il soit membre ou non de pharmaSuisse, ne souhaite pas adhérer à la convention, il n'y est pas obligé.

La qualité pour recourir fait donc ici doublement défaut au recourant.

2.2 Remarques quant au fond

2.2.1 Prolongation de la Convention

Le recourant invoque l'approbation d'une nouvelle convention, contre laquelle il s'oppose. Or, le Conseil fédéral n'a pris comme décision que d'admettre une prolongation de délai de la convention actuellement en vigueur, et pour laquelle un certain nombre de conditions ont été imposées aux partenaires tarifaires. Ces conditions ont fait l'objet d'une limite temporelle portée au 30 septembre 2012. Sur requête de pharmaSuisse et tarifsuisse SA, le Conseil fédéral a admis une prolongation de ce délai, afin de pouvoir déterminer si la convention tarifaire était conforme à terme aux conditions imposées aux partenaires tarifaires en 2010.

Pour le reste, le Conseil fédéral n'a pas réexaminé le contenu de la convention en détail. La correspondance du 18 décembre 2013, à

l'attention de X. _____ et signée par Monsieur le Conseiller fédéral Alain Berset en atteste au surplus. Cela confirme que ces points, soulevés par le recourant, ont fait l'objet d'un examen, ayant été effectué préalablement à la décision d'approbation de prolongation de la convention RBP IV. Ces points n'ont à ce stade pas été jugés problématiques et restent donc applicables, notamment du fait qu'il n'existe pas d'obligation pour un fournisseur de prestations d'adhérer à la convention.

2.2.2 Contribution aux frais pour les non-membres

Le recourant invoque que les taxes d'adhésion pour les non-membres sont excessives et doivent être réévaluées par le Conseil fédéral.

Or, selon l'art. 46 al. 2, LAMal, la convention peut prévoir le versement d'une contribution équitable aux frais causés par sa conclusion et son exécution. L'article 5 de la convention RBP IV prévoit de telles contributions à l'annexe 6. Pour les membres de pharmaSuisse la contribution d'adhésion se monte à 500 francs, et une contribution annuelle de 350 francs est perçue pour son exécution. Pour les membres de SantéSuisse, l'adhésion est gratuite. Pour les non-membres des fédérations, la taxe d'adhésion se monte à 3'000 francs et la contribution annuelle à 1'500 francs. Une contribution de 150 francs pour les mesures de qualité est en outre perçue.

Lors de l'examen de la demande de pharmaSuisse et tarifsuisse SA, les partenaires tarifaires ont été interrogés sur le point des contributions aux frais. De leur point de vue, les contributions aux frais sont justifiées et dépendent de l'ensemble de la durée et de l'intensité des négociations. Comme déjà indiqué sous chiffre 2.2.1. les contributions aux frais n'ont pas été considérées à ce stade comme problématiques.

Etant donné que l'approbation de la convention a été prolongée, il est possible que certains coûts pris en compte dans le calcul de la contribution annuelle aient entre-temps été amortis. Pour cette raison, le Conseil fédéral a dans sa décision du 18 décembre 2013 demandé aux partenaires tarifaires de réexaminer régulièrement les montants prévus à l'annexe 6 de la convention tarifaire, en tenant compte de l'art. 46 al. 2, LAMal (chiffre 3 de la décision). Ce réexamen sera certainement approfondi lors de la conclusion de la nouvelle convention tarifaire, à l'échéance de celle actuellement en vigueur.

2.2.3 Ristourne à l'assurance-maladie

Le recourant invoque le fait que la ristourne à l'assurance-maladie n'est pas conforme aux dispositions légales en vigueur.

L'art. 11 de la convention et fixée à l'art. 3 de l'annexe 2 de la convention prévoit le versement par les pharmaciens qui adhèrent à la convention d'une ristourne à l'assurance-maladie de 2,5% sur les médicaments soumis à la RBP, dont 0,2 points de pourcentage sont versés dans un fonds géré paritairement par SantéSuisse et pharmaSuisse. Les moyens dont dispose ce fonds doivent permettre

de financer des projets en faveur de la qualité et des études touchant à l'approvisionnement. La ristourne est critiquée par le recourant, qui considère ici qu'elle va à l'encontre du principe des prix fixés dans la liste des spécialités (liste des médicaments et préparations admis à charge de l'assurance-maladie, LS), et est par conséquent illicite. Pourtant, selon l'art. 52 al. 3, LAMal, et en conformité avec l'art. 67 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995 (OAMal, RS 832102), la LS contient les prix maximums déterminants pour la remise des médicaments, et ce justement de manière à laisser la possibilité aux mécanismes du marché d'aboutir à des prix plus bas. Le principe de l'autonomie tarifaire, voulue par le législateur, a justement pour objectif une meilleure maîtrise des coûts par la négociation des tarifs entre les partenaires tarifaires. La ristourne à l'assurance-maladie conclue par pharmaSuisse, notamment en contrepartie du système du tiers payant, avec santésuisse, est donc tout-à-fait compatible avec la volonté du législateur de laisser le marché aboutir à une rémunération économique des fournisseurs de prestations.

3. Conclusions

Au vu de ce qui précède, le recours est irrecevable, la décision du Conseil fédéral n'étant pas attaquant devant le Tribunal administratif fédéral, étant précisé au surplus que la qualité pour recourir du recourant est niée.

Si le recours devait être recevable, il doit être rejeté dans sa totalité, étant entendu que lors de son réexamen par le Conseil fédéral, les points soulevés par le recourant n'ont pas été jugés problématiques, et qu'au surplus, la décision du 18 décembre 2013 du Conseil fédéral n'est principalement qu'une prolongation de la précédente (30 juin 2010), dont le contenu n'a pas été modifié dans son principe. Enfin, les contributions aux frais pour les non-membres sont justifiées, et les ristournes à assurance-maladie sont conformes au droit en vigueur.

Ainsi, la convention ne peut être annulée, ni dans son ensemble, ni partiellement sur la base des points soumis par le recourant. »

Dans ses observations subséquentes, L. _____ a déclaré retirer son recours. Le 8 juillet 2014, le Tribunal administratif fédéral a notifié une décision de radiation du rôle.

d) Dans l'intervalle, soit par ordonnance du 11 février 2014, le juge instructeur a décidé qu'il était nécessaire, compte tenu des allégations et conclusions de la demande et dans le but de préserver les secrets d'affaires des défenderesses, d'interpeller par écrit les réviseurs des défenderesses afin d'obtenir la confirmation que les chiffres avancés par celles-ci correspondent à la réalité. Un délai était imparti aux parties pour déposer leurs questionnaires à l'attention des réviseurs.

Par courrier du 25 février 2014, le demandeur a répondu ce qui suit :

« Madame la Vice-Présidente,

J'accuse réception de votre communication du 11 février 2014 et vous en remercie.

Le demandeur persiste à penser que les défenderesses sont en mesure de fournir au Tribunal les renseignements dont il a besoin pour vérifier si les taxes prévues par la RBP IV sont équitables, et cela sans que soient mis en péril leurs secrets d'affaires (dont on ne voit au demeurant quels ils pourraient être au juste). On rappelle que pharmaSuisse a, dans une lettre du 4 avril 2011, affirmé comptabiliser les frais liés à la convention sous « Convention tarifaire », « Etude permanente des coûts en pharmacie (RoKA) », « Système de gestion de la qualité (QMS) » et « Cercles de qualité » (on ignore ce qu'il en est de santéSuisse). Si un expert est censé être en mesure de préciser l'ampleur des frais liés tant à la conclusion qu'au fonctionnement de cet accord en examinant les comptes des intéressées, ces dernières devraient pouvoir le faire elles-mêmes en faisant preuve d'un minimum de bonne volonté. Si, au lieu de chercher à noyer le poisson, les défenderesses acceptaient de communiquer au Tribunal, en les justifiant, les frais sur lesquels elles se sont fondées pour effectuer leurs calculs, elles répondraient au souci bienvenu du Tribunal d'éviter des frais inutiles, une telle attitude devant certainement permettre de renoncer à une expertise. Si les parties adverses acceptaient ce procédé, elles devraient répondre aux mêmes questions que celles qui seraient posées à un expert (voir plus loin). On rappellera que la seule chose qui intéresse le demandeur, ce sont les chiffres (preuves comptables à l'appui) des frais qui sont liés à la conclusion et au fonctionnement de la convention, données dont on ne voit pas en quoi elles pourraient constituer des secrets d'affaires.

Le demandeur ne saurait en aucun cas se contenter de déclarations des vérificateurs des comptes des défenderesses. En leur qualité d'organes de ces institutions, ils ne sauraient en effet faire preuve de l'impartialité que l'on est en droit d'attendre de témoins ou d'experts. Si expertise il devait y avoir, l'expert ne devrait pas avoir de liens avec les défenderesses et présenter toutes les garanties souhaitables d'impartialité. »

Le demandeur a précisé que l'examen devrait porter sur la Convention RBP IV et a annexé le questionnaire suivant, ajoutant qu'en tout état de cause, l'audition de K. _____ en qualité de témoin restait requise :

« Questions à soumettre à l'expert ou auxquelles les défenderesses devraient répondre

Préambule

pharmaSuisse comptabilise les frais liés à la convention sous « Convention tarifaire », « Etude permanente des coûts en pharmacie (RoKA) », « Système de gestion de la qualité (QMS) » et « Cercles de qualité », voire sous d'autres rubriques.

Questions

a) Les défenderesses disposent-elles de comptes précis établissant l'existence et l'importance de frais de conclusion de la RBP IV et de fonctionnement de cette dernière ?

Cela, sous quelles rubriques des comptes ?

b) A combien se montent (séparément pour chacune des défenderesses) les frais de conclusion de la convention, séances de négociation comprises (avec indication des rubriques correspondantes) ?

Détail

- nombre de séances de travail
- nombre de participants représentant les défenderesses (collaborateurs de celles-ci)
- nombre de participants ne représentant pas les défenderesses (indication de leur qualité)
- rémunération des participants (y compris frais de déplacement, voire de repas) représentant les défenderesses (collaborateurs de celles-ci)
- rémunération des participants (y compris frais de déplacement, voire de repas) ne représentant pas les défenderesses

c) A combien se montent (séparément pour chacune des défenderesses) les frais de fonctionnement de la convention (avec indication des rubriques correspondantes) ?

Détail

- nombre de séances de travail
- nombre de participants représentant les défenderesses (collaborateurs de celles-ci)
- nombre de participants ne représentant pas les défenderesses (indication de leur qualité)
- rémunération des participants (y compris frais de déplacement, voire de repas) représentant les défenderesses (collaborateurs de celles-ci)
- rémunération des participants (y compris frais de déplacement, voire de repas) ne représentant pas les défenderesses

d) A combien se montent les frais liés à la fixation du tarif de rémunération des pharmaciens (avec indication des rubriques correspondantes)?

Détail

- nombre de séances de travail
- nombre de participants représentant les défenderesses (collaborateurs de celles-ci)
- nombre de participants ne représentant pas les défenderesses (indication de leur qualité)
- rémunération des participants (y compris frais de déplacement, voire de repas) représentant les défenderesses (collaborateurs de celles-ci)
- rémunération des participants (y compris frais de déplacement, voire de repas) ne représentant pas les défenderesses

Remarque : ces frais devraient être inexistantes, le dit tarif n'ayant pas été modifié.

e) A combien se montent les frais liés au fonctionnement de la commission paritaire arbitrale (avec indication des rubriques correspondantes) ?

Détail

- nombre de séances de travail
- nombre de participants représentant les défenderesses (collaborateurs de celles-ci)
- nombre de participants ne représentant pas les défenderesses (indication de leur qualité)
- rémunération des participants (y compris frais de déplacement, voire de repas) représentant les défenderesses (collaborateurs de celles-ci)
- rémunération des participants (y compris frais de déplacement, voire de repas) ne représentant pas les défenderesses
- dont à déduire les frais mis à la charge des parties en litige devant la dite commission (en indiquer le montant total)

f) A combien se montent les frais liés aux cercles de qualité (avec indication des rubriques correspondantes) ?

Détail

- nombre de séances de travail
- nombre de participants représentant les défenderesses (collaborateurs de celles-ci)
- nombre de participants ne représentant pas les défenderesses (indication de leur qualité)
- rémunération des participants (y compris frais de déplacement, voire de repas) représentant les défenderesses (collaborateurs de celles-ci)
- rémunération des participants (y compris frais de déplacement, voire de repas) ne représentant pas les défenderesses

g) A combien se montent les frais liés aux contrôles de qualité (avec indication des rubriques correspondantes) ?

Détail

- nombre de séances de travail
- nombre de participants représentant les défenderesses (collaborateurs de celles-ci)

- nombre de participants ne représentant pas les défenderesses (indication de leur qualité)
- rémunération des participants (y compris frais de déplacement, voire de repas) représentant les défenderesses (collaborateurs de celles-ci)
- rémunération des participants (y compris frais de déplacement, voire de repas) ne représentant pas les défenderesses - dont à déduire les frais facturés aux pharmaciens

h) A combien se montent les frais liés à la fixation du rabais accordé aux assureurs (avec indication des rubriques correspondantes) ?

Détail

- nombre de séances de travail
- nombre de participants représentant les défenderesses (collaborateurs de celles-ci)
- nombre de participants ne représentant pas les défenderesses (indication de leur qualité)
- rémunération des participants (y compris frais de déplacement, voire de repas) représentant les défenderesses (collaborateurs de celles-ci)
- rémunération des participants (y compris frais de déplacement, voire de repas) ne représentant pas les défenderesses

Remarque : ces frais devraient être inexistantes, le dit rabais n'ayant pas été modifié

i) A combien se montent au total les frais de conclusion et de fonctionnement de la RBP IV (séparément, pour chaque défenderesse) ?

j) Quelle part [...] du budget total des défenderesses ces frais représentent-ils ? »

Le 21 mars 2014, les défenderesses ont répondu ce qui suit :

« Madame le Vice-président,

En annexe, j'ai l'honneur de vous soumettre les projets de questionnaires des défenderesses à l'adresse de leurs réviseurs.

Je saisis cette occasion pour vous faire savoir que mes clientes entendent s'opposer à la plupart des questions proposées par le demandeur car elles relèvent de la remise en question de nombreux points de la convention tarifaire RBP IV plutôt que de la vérification du calcul des frais de négociation et de conclusion de cette convention et du calcul de son coût de fonctionnement.

Conformément à votre avis du 11 février 2014, les questionnaires doivent être rédigés de telle manière qu'ils permettent aux réviseurs de confirmer ou d'infirmer que les chiffres avancés par les défenderesses correspondent à la réalité. Or, comme l'indique son intitulé, le questionnaire du demandeur n'est pas destiné aux

réviseurs mais à un éventuel expert ou aux défenderesses elles-mêmes. Il ne correspond donc ni à votre attente ni aux mesures d'instructions que vous avez ordonnées.

Compte tenu de ce qui précède, je vous saurai gré de faire savoir aux parties si c'est à ce stade qu'elles doivent réagir aux projets de questionnaires de leur partie adverse ou si elles doivent attendre vos projets. »

Les questionnaires annexés étaient les suivants :

« PROJET DE QUESTIONNAIRE

à l'adresse du réviseur de pharmaSuisse, Y._____.

1. Ressort-il de la comptabilité de pharmaSuisse que son calcul des frais de négociation et de conclusion de la convention tarifaire RBP IV tel que présenté dans la pièce 6 du demandeur est exact ?

2 Ressort-il de la comptabilité de pharmaSuisse que son calcul du coût de fonctionnement de la convention tarifaire RBP IV tel que présenté dans la pièce 6 du demandeur est exact ?

3 Ressort-il de la comptabilité de pharmaSuisse pour les années 2001 à 2006 que les chiffres avancés dans la pièce 102 des défenderesses concernant les coûts liés aux conventions tarifaires RBP I à III sont exacts ?

4 Ressort-il de la comptabilité de pharmaSuisse que les conventions tarifaires RBP I à III ont engendré davantage de coûts que de recettes et qu'elles se sont donc soldées par des résultats déficitaires ?

PROJET DE QUESTIONNAIRE

à l'adresse du réviseur de santésuisse C._____

1. Sur la base de la comptabilité de santésuisse, quelles ont été ses charges pour les négociations et la conclusion de la convention tarifaire RBP IV ?

2. Toujours sur la base de la comptabilité de santésuisse et pour préciser la réponse à la question 1,

2.1. Quelles ont été les charges salariales du département des négociations tarifaires de l'époque par rapport à cet objet ?

2.2. Quels sont les coûts liés à ces tâches, y compris les frais liés à la qualité, à la communication, aux informations internes, aux circulaires, au registre des codes créanciers, au registre des conventions et aux frais généraux tels que loyer, infrastructures, informatique, etc. ? »

Par courrier du 11 avril 2014, le juge instructeur a rappelé au conseil du demandeur ce qui suit :

« Maître,

Poursuivant l'instruction de la cause, je vous informe, après avoir pris connaissance des déterminations et questionnaires que vous m'avez adressés en réponse à mon courrier du 11 février 2014, des modalités de la suite de la procédure.

Est litigieuse la question de savoir si les contributions (taxe d'adhésion et de contribution aux frais) prévues à l'art. 2 ch. 1 de l'annexe 6 à la Convention RBP IV revêtent un caractère équitable au sens de l'art. 46 al. 2 LAMal, soit si elles sont équitables au vu des coûts engendrés pour la négociation, la conclusion et l'exécution de cette Convention. Il ne s'agit pas de déterminer si les coûts de conclusion de la Convention sont justifiés ou non ou si les intérêts des pharmaciens ont été correctement défendus - ce à quoi tend l'essentiel des questions du demandeur (nombre de séances de négociation, nombre de participants, leurs rémunérations) - mais d'examiner si le montant des contributions dues par les pharmaciens non-membres de Pharmasuisse est suffisant pour couvrir les frais de négociation, de conclusion et de fonctionnement de la Convention ou s'il est au contraire trop élevé. Pour répondre à cette question, il est nécessaire dans un premier temps de déterminer si les coûts avancés par les défenderesses pour couvrir les frais de négociation, de conclusion et de fonctionnement de la Convention correspondent à la réalité, raison pour laquelle les réviseurs des défenderesses seront interpellés. Il s'agira dans un deuxième temps d'examiner si les contributions dues par les pharmaciens non-membres de Pharmasuisse sont équitables et garantissent l'égalité de traitement entre les membres et les non-membres, question qui pourrait le cas échéant être soumise à un expert.

Il s'ensuit qu'un délai au 9 mai 2014 est imparti au demandeur pour reformuler son questionnaire à l'attention des réviseurs des défenderesses. Le Tribunal se réserve la possibilité de corriger les questionnaires des parties.

Les parties seront informées en temps utile du montant de l'avance de frais afférente au coût présumé de l'interpellation des réviseurs des défenderesses. L'avance sera effectuée par moitié par chaque partie. »

Répondant à l'ordonnance précitée, le demandeur s'est exprimé le 25 avril 2014 en ces termes :

« Il convient effectivement de déterminer en premier lieu quels coûts ont été pris en compte pour fixer les taxes litigieuses et s'ils correspondent à la réalité. On ne saurait déduire des questions que le demandeur a proposé dans un premier temps de soumettre aux experts que son intention était d'inviter le Tribunal à constater que les procédures de négociation, de conclusion et de fonctionnement ont été injustifiées - non économiques - ni à constater que les intérêts des pharmaciens n'ont pas été correctement défendus. Mais

le fait que les comptes mentionnent des montants qui ont été vérifiés par l'organe de contrôle prévu par les statuts des défenderesses ne signifie pas qu'ils représentent effectivement seulement des frais de négociation, de conclusion et de fonctionnement de la convention. En effet, les frais ainsi pris en considération peuvent contenir - c'est ce qu'il faudrait vérifier - des dépenses qui n'ont rien à voir avec la Convention. Pour cela, il est indispensable de connaître les coûts que les comptes attribuent aux frais pris en considération pour fixer les taxes litigieuses. Il ne saurait faire de doute que l'activité des défenderesses ne concerne pas seulement la dite convention et qu'elles ont d'autres tâches statutaires bien plus importantes à remplir.

Le demandeur réitère ici l'avis déjà exprimé lors de la remise de son premier questionnaire qu'une expertise coûteuse pourrait être évitée si les défenderesses, pharmaSuisse en premier lieu, consentaient à fournir elles-mêmes directement et séparément les coûts occasionnés par la négociation, la conclusion et le fonctionnement de la convention RBP IV (et par celle-ci seulement). Le demandeur rappelle à cet égard que pharmaSuisse a, dans une lettre du 4 avril 2011, affirmé comptabiliser les frais liés à la convention sous « Convention tarifaire », « Etude permanente des coûts en pharmacie (RoKA) », « Système de gestion de la qualité (QMS) » et « Cercles de qualité ». On ne peut que s'étonner de voir cette association faîtière se refuser à fournir au Tribunal ces données non confidentielles (qu'elle n'a au demeurant jamais consenti à faire connaître).

Les coûts de négociation, de conclusion et de fonctionnement de la convention une fois connus, le Tribunal arbitral pourra examiner si les taxes en cause sont équitables et respectent le principe d'égalité de traitement, ce qui ne sera pas le cas si elles mettent à la charge des non-membres des frais liés aux activités des défenderesses qui n'ont rien à voir avec la RBP IV. S'agissant plus spécialement de vérifier s'il y a égalité de traitement entre membres et non-membres, il faudra commencer par établir la moyenne par pharmacien lié par cet accord (membres de pharmaSuisse ayant adhéré à la RBP IV, non-membres de pharmaSuisse ayant adhéré à cette convention) des frais à mettre en compte au titre des frais de négociation, de conclusion et de fonctionnement de la Convention, puis comparer cette moyenne aux taxes réclamées aux non-membres. Celles-ci ne sauraient en tout cas pas être supérieures à cette moyenne, si l'on veut qu'il y ait égalité de traitement. On n'oubliera pas son plus que l'on est en présence d'une participation à ces frais qui doit être équitable.

Au vu de ce qui précède, le demandeur modifie comme indiqué plus bas les questions auxquelles

a) les défenderesses devraient être invitées par le Tribunal à répondre elles-mêmes directement, dans un souci d'éviter des frais d'expertise inutiles,

b) les experts devraient répondre, en cas de refus des défenderesses.

Questions à soumettre aux experts si les défenderesses refusaient d'y répondre elles-mêmes

Rappel pour les experts

pharmaSuisse comptabilise les frais liés à la convention sous les rubriques suivantes : « Convention tarifaire », « Etude permanente des coûts en pharmacie (RoKA) », « Système de gestion de la qualité (QMS) » et « Cercles de qualité ».

a. Questions

Quels montants figurent dans les comptes de pharmaSuisse sous le compte frais de négociation, conclusion et fonctionnement de la RBP IV ?

- « Convention tarifaire »
- « Etude permanente des coûts en pharmacie (RoKA) »
- « Système de gestion de la qualité (QMS) »
- « Cercles de qualité »
- « Commission paritaire arbitrale »
- « Fixation du rabais accordé aux assureurs »

voire sous d'autres rubriques en rapport avec la RBP IV ?

Total de ces frais

b. Quelle part des dépenses totales de chaque défenderesse (coûts totaux des activités déployées en exécution des statuts) représente le total des frais mentionnés sous **a.** représente-t-il ?

c. Quel est le montant total des taxes encaissées auprès des non-membres ayant adhéré à la RBP IV ?

d. Quel est le montant total des cotisations et autres redevances demandées à chaque membre de pharmaSuisse ?

En tout état de cause, l'audition en qualité de témoin de M. K. _____ reste requise. »

Par courrier du 15 mai 2014, le juge instructeur a interpellé les réviseurs des défenderesses.

Le réviseur de pharmaSuisse, Y. _____, a répondu ce qui suit :

« Chère Madame,

Vous nous avez demandé par lettre datée du 15 mai 2014 de vous soumettre une estimation des coûts pour les réponses à deux questionnaires dans l'affaire L. _____ c/ SantéSuisse et Pharmasuisse.

Y. _____ est l'organe de révision statutaire de l'Association suisse des pharmaciens (PharmaSuisse). Nous disposons dans nos archives des notes de révision des états financiers de cette association depuis l'année 2002. Nos rapports d'audit n'ont jusqu'à présent jamais fait l'objet de réserve. Nos travaux en tant qu'organe de révision ne nous permettent pas de répondre à des questions détaillées sur la comptabilité analytique. Les réponses aux questions posées nécessitent par conséquent a.) l'exécution de procédures complémentaires contre rétribution et b.) le consentement écrit de PharmaSuisse.

La préparation de réponses aux questions posées requiert un effort considérable pour les raisons suivantes :

Questionnaire du demandeur :

- Les questions nécessitent la préparation d'un aperçu sur plusieurs années (2007-2009) ainsi que la confirmation négative qu'aucun coût supplémentaire relatif à RPB IV n'est inclus dans la comptabilité (dernière phrase de la question a). Une confirmation négative nécessite une vérification de l'ensemble de la comptabilité analytique pour la période mentionnée.

Questionnaire des défenderesses :

- Les questions couvrent les années 2001 à 2009 (9 ans).
- Les trois premières questions requièrent de confirmer que les calculs sont « exacts ». Cette confirmation se base sur les éléments ressortissant de la comptabilité.
- Afin d'être en mesure de confirmer que les calculs sont « exacts » sur la base de la comptabilité, nous devons préalablement analyser les différentes conventions (RPB I-IV) pour pouvoir estimer quels éléments de coûts sont en rapport avec ces conventions. Ceci implique de valider l'organisation méthodique de la comptabilité analytique et la revue d'échantillons significatifs des données comptables. Ces travaux sont à répéter sur les neuf années.

Si nous devons répondre aux questions mentionnées comme décrit ci-dessus, nous estimons que nous aurons besoin de 250 à 450 heures. A un taux horaire moyen de CHF 220 par heure les coûts s'élèvent entre CHF 55'000 et CHF 99'000 (TVA incluse). Cela couvre le travail de vérification nécessaire et le rapport en français.

Le coût des travaux peut être considérablement réduit si les questions sont reformulées comme suit et si le rapport est effectué très sommairement.

Questionnaire du demandeur :

- Suppression de l'exigence d'une confirmation négative et réduction des questions à quels montants figurent dans la comptabilité de PharmaSuisse pour les catégories de coûts respectives.

Questionnaire des défenderesses :

- Précision des questions 1-3 afin de démontrer comment les montants mentionnés par pharmaSuisse dans les pièces 6 et 102 peuvent être réconciliés avec la comptabilité de cette dernière.

Dans ce cas, nous estimons avoir besoin de 80 à 100 heures avec un coût correspondant de CHF 17'600 à CHF 22'000.

Nous sommes en mesure d'exécuter les travaux dans les deux mois suivant la réception de l'ordre et de l'approbation de pharmaSuisse.

M. [...], soussigné de gauche se tient volontiers à votre disposition pour tout complément d'information en rapport avec ce courrier. »

Le réviseur de santésuisse, C._____, a quant à lui refusé de répondre aux questions en raison d'un éventuel risque de conflit d'intérêts.

e) Le 3 juin 2014, dans un courrier adressé à L._____, tarifsuisse SA a relevé ce qui suit :

« Lors d'un contrôle des paiements nous avons constaté que malgré notre rappel du mois de janvier 2014 vous n'avez toujours pas payé la contribution annuelle aux frais causés par l'exécution de la convention tarifaire RBP IV pour l'année 2013.

Par conséquent, nous vous prions de bien vouloir nous verser la somme due de CHF 2'062.50 au moyen du bulletin de versement ci-joint au plus tard jusqu'au 16 juin 2014 (date d'entrée de paiement).

Nous n'ignorons pas que vous avez intenté une action contre la taxe d'adhésion 2010 et la contribution aux frais 2010 correspondante et consigné ces montants en justice. La consignation à laquelle vous avez procédé concerne néanmoins uniquement l'année 2010 et non pas les frais annuels 2013, qui eux restent toujours dus et exigibles depuis longtemps.

Nous saisissons cette occasion pour vous rappeler brièvement la finalité des contributions aux frais. Les sommes encaissées à ce titre sont affectées pour 2/3 à pharmaSuisse et pour 1/3 à tarifsuisse. Elles servent notamment à couvrir les frais occasionnés en rapport avec la convention pour le calcul des tarifs, les travaux de révision tarifaire, les négociations contractuelles, les travaux au sein de la commission paritaire de confiance, de la commission paritaire de qualité et de la commission administrative du fonds VKF ainsi que la fourniture de réponses aux demandes formulées. S'y ajoutent du côté de tarifsuisse les travaux administratifs relatifs à la facturation, à l'encaissement, à la gestion des membres et aux mutations, etc. Ces contributions trouvent leur fondement dans l'art. 46 de la loi sur

l'assurance maladie (LAMal). Le principe sous-jacent est que tous les fournisseurs de prestations qui en fin de compte profitent de la convention tarifaire négociée par pharmaSuisse et les assureurs doivent participer aux frais y afférents – pas seulement les membres de l'association mais également les pharmaciens et pharmaciennes non-membres.

[...] »

A ce courrier étaient joints les comptes d'exploitation 2010, 2011 et 2012 de santésuisse/tarifsuisse SA relatifs à la Convention :

Compte d'exploitation	2011 CHF	2010 CHF
Produits d'exploitation		
Cotisations de membres directes	1'834'011	1'862'820
Cotisations de membres indirectes	6'220'797	5'864'353
Produit des activités de relations publiques	2'277'584	2'782'895
Produit de la chaire (Part fonds spécial)	330'000	0
Produit de la formation	1'669'967	1'441'923
Produit de l'assurance qualité	213'823	364'054
Autres produits	510'740	524'426
Diminutions de produit	-3'183	-24'708
Total produits d'exploitation	13'053'739	12'815'769
Charges d'exploitation		
Charges pour relations publiques	-2'502'898	-2'057'944
Charges pour le financement de chaire	-660'000	-665'000
Charges pour formation	-179'696	-98'857
Charges pour l'assurance qualité	-38'988	-31'815
Charges de personnel	-6'781'725	-6'171'929
Frais et honoraires	-865'545	-769'147
Charges de locaux	-385'099	-375'894
Frais de port, frais de téléphone, imprimés, matériel de bureau, livres	-275'179	-292'033
Charges d'informatique	-848'204	-1'012'642
Service juridique	-26'500	30'955
Entretien, réparations, cotisations, dons, assurances	-416'378	447'113
Amortissements sur immobilisations corporelles mobilières	-170'087	-163'409
Total charges d'exploitation	-13'150'299	-12'116'738
Résultat d'exploitation (avant résultat financier)		
résultat sur biens fonciers, résultats exceptionnels et impôts	-96'560	699'025

	2012	2011
	CHF	CHF
Compte d'exploitation		
Produits d'exploitation		
Cotisations de membres directes	1 864 833	1 834 011
Cotisations de membres indirectes	6 225 901	6 220 797
Produit des activités de relations publiques et produits	1 688 707	2 277 584
Produit de la chaire (part fonds spécial)	150 000	330 000
Produit du e-learning (part fonds spécial)	150 000	0
Produit des taxes, du sponsoring et des cours	3 139 146	1 669 967
Produit de l'assurance qualité	0	214 823
Autres produits	857 287	510 740
Diminutions de produit	-3586	-3 183
Total produits d'exploitation	14 072 288	13 051 736
Charges d'exploitation		
Charges pour relations publiques et produits	-2 696 735	-2 502 898
Charges pour le financement de chaires	-300 000	-660 000
Charges pour taxes, sponsoring et cours	-289 718	-179 896
Charges pour l'assurance qualité	-33 844	-38 988
Charges de personnel	-6 735 247	-6 781 725
Frais et honoraires	-974 412	-865 545
Charges de locaux	-508 560	-385 099
Frais de port, frais de téléphone, imprimés, matériel de bureau, livres	-298 318	-275 179
Charges d'informatique	-1 027 569	-818 204
Service juridique	-26 290	-26 500
Entretien, réparations, cotisations, dons, assurances	-579 610	-116 378
Amortissements sur immobilisations corporelles mobilières	-143 753	-170 087
Total charges d'exploitation	-13 869 054	-13 533 760
Résultat d'exploitation I avant résultat financier, résultat sur biens fonciers, résultats exceptionnels et impôts	203 232	-481 560
Résultat financier		
Produit financier		
Charges financières	1 981 505	1 211 961
Total résultat financier	-37 165	-30 034
Résultat sur biens fonciers	1 944 340	1 181 927
Produits sur biens fonciers		
Amortissements sur biens fonciers	66 217	67 069
Autres charges sur biens fonciers	-40 000	-43 000
Total résultat sur biens fonciers	-16 070	-29 508
Résultat d'exploitation II avant résultats exceptionnels et impôts	10 147	-4 339
Résultats exceptionnels		
Autres produits exceptionnels		
Modification des provisions pour cas litigieux	0	18 438
chaire de pharmacie	150 000	0
développement de logiciels	150 000	330 000
vacances et heures supplémentaires	240 000	0
développement de produits	-20 000	-10 000
cadeaux d'ancienneté	-100 000	-100 000
campagnes nationales	-100 000	-100 000
Attributions aux fonds	-226 000	0
Autres charges exceptionnelles	-1 630 000	0
Total dépenses/charges exceptionnelles	-455 265	-265 037
Résultat avant impôts	-1 085 265	-136 599
Impôts		
Taxe sur la valeur ajoutée	172 454	-146 671
Impôt sur la fortune	-199 823	-247 959
Total impôts	-38 803	19 015
Perte annuelle/bénéfice annuel	-1 124 069	-357 615

f) Dans ses déterminations du 22 juin 2014, le demandeur a rappelé ne pas contester devoir des taxes équitables, mais nourrir de sérieux doutes quant à la conformité à la LAMal de celles qui lui étaient réclamées. Vu le coût allégué par la fiduciaire Y._____, qui serait en outre sans rapport avec les intérêts en jeu à savoir obtenir une réduction de quelques centaines de francs sur les taxes qui lui étaient réclamées, le demandeur priait le Tribunal de renoncer à requérir le témoignage écrit des contrôleurs des comptes de santéSuisse et de pharmaSuisse. Il se refusait par ailleurs à croire que les demanderesses n'étaient pas en mesure de répondre elles-mêmes et directement aux questions suivantes :

« 1. Quels montants représentent les frais de négociation, de conclusion et de fonctionnement de la RBP IV correspondant aux rubriques énoncées par les défenderesses

« Convention tarifaire »

« Etude permanente des coûts en pharmacie (RoKa) »

« Système de gestion de la qualité (QMS) »

« Cercles de qualité »

« Commission paritaire arbitrale »

« Fixation du rabais accordé aux assureurs »

voire sous d'autres rubriques en rapport avec la RBP IV ?

Total des frais

2. S'ils ne figurent pas dans les comptes séparés, dans quelles rubriques des comptes d'exploitation ces frais figurent-ils ?

3. S'ils figurent dans un compte séparé concernant la convention RBP IV, quelle est la provenance des ressources ayant permis de les couvrir (part des cotisations des membres de pharmaSuisse utilisés à cet effet, part payée par les non-membres de pharmaSuisse, participations facturées aux pharmaciens - membres ou non de pharmaSuisse, etc.) ?

4. Quel est le montant total des frais de négociation, de conclusion et de fonctionnement de la RBP IV supporté par chaque membre de pharmaSuisse ? »

Partant, le défendeur priait l'autorité de céans d'ordonner aux défenderesses, en lieu et place du témoignage écrit des contrôleurs, de fournir elles-mêmes dans les meilleurs délais le détail des frais de négociation, de conclusion et de fonctionnement de la Convention RBP IV en répondant aux questions ci-dessus, ou en produisant une éventuelle

comptabilité séparée portant sur les seuls frais de négociation, de conclusion et de fonctionnement de la RBP IV, ainsi que les comptes d'exploitation des années d'application de la RBP IV.

Le 31 juillet 2014, les défenderesses ont précisé que dès lors que le demandeur renonçait à la preuve du témoignage des réviseurs pour des motifs tenant à l'importance des frais qu'il devrait avancer pour qu'elle fût administrée, elles adhéraient volontiers à sa conclusion tendant à renoncer à la mesure d'instruction ordonnée par le Tribunal arbitral le 11 février 2014. Elles relevaient également que le demandeur avait produit le 22 juin 2014 la prise de position adressée le 28 mai précédent par le Conseil fédéral au Tribunal administratif fédéral sur le recours déposé à l'encontre de la décision du 18 décembre 2013 approuvant la prolongation de la validité de la convention RBP IV. Les défenderesses précisaient que le demandeur avait retiré son recours après avoir pris connaissance de la position du Conseil fédéral (arrêt du Tribunal administratif fédéral du 8 juillet 2014, C-510/2014). Se référant à la position de celui-ci, les défenderesses relevaient qu'à l'occasion de la prolongation de la convention RBP IV, l'autorité d'approbation prévue par la LAMal avait examiné la question des taxes d'adhésion et de fonctionnement de la Convention et déclaré que ces contributions étaient justifiées. Un fournisseur de prestations qui n'avait aucune obligation d'adhérer à la convention ne pouvait les remettre en question ; le Tribunal arbitral cantonal non plus. Aussi les défenderesses requéraient formellement qu'il soit renoncé à la mesure d'instruction ordonnée le 11 février 2014.

Lors de leurs ultimes échanges d'écritures, le demandeur a soutenu, le 27 août 2014, qu'il incombait aux défenderesses de fournir au Tribunal les renseignements et pièces nécessaires pour établir quels étaient les frais occasionnés par la conclusion et le fonctionnement de la Convention et qu'en ce qui le concernait, il n'était en mesure que de démontrer, à partir des contributions réclamées, que les coûts sur lesquels elles auraient été fixées étaient absolument invraisemblables. Or, il n'y avait nullement besoin d'être un expert pour indiquer au Tribunal quels frais (et leur montant) avaient été comptabilisés dans les rubriques des

comptes mentionnées par les défenderesses elles-mêmes au titre de frais de conclusion et de fonctionnement de la convention en cause, surtout dans une procédure qui se devait simple et rapide. Ainsi, l'aménagement d'expertises ne se justifiait pas en l'espèce et le demandeur modifiait et complétait ses conclusions comme il suit, avec suite de frais et dépens :

« a) dans l'hypothèse où les défenderesses persisteraient dans leur refus de renseigner le Tribunal, à l'annulation pure et simple des contributions (taxes) qui lui sont réclamées en application de la convention en cause et à la restitution de celles déjà perçues ;

b) dans l'hypothèse où les défenderesses fourniraient au Tribunal les renseignements et pièces nécessaires, à la fixation des contributions 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, cela sans expertise ni production de la comptabilité entière des défenderesses mais avec audition éventuelle du témoin N. K._____, et à la restitution éventuelle de celles déjà perçues. »

Les défenderesses ont fait valoir, le 29 septembre 2014, que pour les raisons déjà exposées abondamment, elles s'opposaient à ce que les questions préparées par le demandeur leur soient posées. Elles soulignaient que pharmaSuisse avait déjà fourni des données chiffrées au demandeur, lequel les avait contestées. De leur avis, à l'instar de la procédure de preuve à futur engagée devant le Tribunal civil de [...], la démarche du demandeur tenait de la pêche aux renseignements visant à percer les secrets d'affaires de pharmaSuisse ; or ces secrets devaient être préservés.

Le demandeur a répondu qu'on ne pouvait retenir aucun élément de la procédure devant le Tribunal civil de [...] qui puisse se retourner contre lui. Il a confirmé ses précédentes conclusions.

Les défenderesses se sont déterminées le 24 novembre 2014.

D. Le Tribunal arbitral a tenu une audience de débats finaux le 5 mai 2015. Lors de cette audience, le demandeur a produit un lot de pièces, dont un courrier du 7 juillet 2014 de l'Association X._____ à

santésuisse, la réponse de santésuisse datée du 15 août 2014 et un courrier de l'OFSP du 5 mars 2015 libellé « Prix des médicaments – étude de faisabilité ».

E n d r o i t :

1. a) Les litiges relevant de la LAMal (loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, RS 832.10) et opposant un assureur et un fournisseur de prestations sont tranchés par un tribunal arbitral (art. 89 al. 1 LAMal). Le Tribunal arbitral compétent est celui du canton dont le tarif est appliqué ou dans lequel le fournisseur de prestations est installé à titre permanent (art. 89 al. 2 LAMal). La notion de litige susceptible d'être soumis au tribunal arbitral doit être entendue au sens large.

Dans le canton de Vaud, la procédure devant le Tribunal arbitral des assurances est régie par les art. 113 ss LPA-VD (loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 176.36), relatifs à la procédure devant ce Tribunal, et par les art. 106 ss LPA-VD, relatifs à l'action de droit administratif (par renvoi de l'art. 116 LPA-VD). Ces dispositions renvoient elles-mêmes, pour partie, aux règles de la procédure administrative ou de la procédure de recours de droit administratif prévues par la LPA-VD (art. 109 al. 1 LPA-VD) et, pour partie, aux règles de la procédure civile qui s'appliquent par analogie pour des points non réglés par la LPA-VD (art. 109 al. 2 LPA-VD et EMPL mai 2008, p. 26). Cela étant, les normes auxquelles renvoie l'art. 116 LPA-VD ne sont applicables que par analogie et la procédure devant le Tribunal arbitral des assurances doit rester simple et rapide ; le tribunal arbitral établit avec la collaboration des parties les faits déterminants pour la solution du litige et administre les preuves nécessaires, qu'il apprécie librement (art. 89 al. 5 LAMal). Il fait rectifier les actes de procédure qui ne lui paraissent pas respecter les formes nécessaires (art. 27 al. 5 LPA-VD, par renvoi de l'art. 109 al. 1 LPA-VD).

b) En l'espèce, la demande présentée par L. _____ porte sur l'application de certaines dispositions de l'accord passé en mars 2009 entre santésuisse et pharmaSuisse, lequel constitue une convention tarifaire au sens de l'art. 46 LAMal (art. 2 ch. 1 de la Convention).

Singulièrement, le litige touche aux montants de la taxe d'adhésion et de la contribution aux frais (art. 2 de l'annexe 6 à la Convention), dont le demandeur en tant que pharmacien non-membre de pharmaSuisse doit s'acquitter (art. 5 al. 1 let. b de la Convention) auprès de santésuisse (art. 3 de l'annexe 6 à la Convention), selon la procédure d'adhésion prévue par les parties, pour pouvoir entrer dans le champ d'application de la Convention (art. 4 let. c de la Convention) et, partant, bénéficier du système tarifaire établi par celle-ci.

2. a) Dans son arrêt de renvoi du 20 décembre 2012, reconnaissant implicitement la qualité pour agir du demandeur, le Tribunal fédéral a considéré notamment ce qui suit :

« Le demandeur est un fournisseur de prestations admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins (art. 35 al. 2 let. b et 37 LAMal) ; il n'est pas membre de la fédération suisse des fournisseurs de prestations au nombre desquels il appartient (art. 46 al. 2 LAMal). En tant qu'il juge excessif le montant de la taxe d'adhésion et de la contribution aux frais dont il doit s'acquitter auprès de santésuisse en tant que non-membre de pharmaSuisse, il conteste les modalités concrètes de la procédure d'adhésion mise en place par les parties à la Convention pour assurer, selon la volonté du législateur fédéral, aux fournisseurs de prestations qui ne sont pas membres de la fédération partie à la Convention de pouvoir bénéficier du système conventionnel. Sa prétention à ne s'acquitter auprès de santésuisse que d'une taxe d'adhésion et d'une contribution aux frais d'un moindre montant est fondée sur la notion de contribution équitable aux frais causés par la conclusion et l'exécution de la convention prévue par l'art. 46 al. 2 LAMal et donc directement sur la loi. En outre, l'adhésion à la Convention permet au fournisseur de prestations de bénéficier du système conventionnel de rémunération et particulièrement d'être rémunéré directement par les assureurs-maladies pour les prestations qu'il fournit dans le cadre de la LAMal (système du tiers payant prévu par l'art. 42 al. 2 LAMal ; cf. art. 2 ch. 1 de la Convention). Le paiement des contributions que doit verser un pharmacien pour adhérer à la Convention n'est ainsi rien d'autre qu'une condition préalable à la mise en oeuvre d'un tarif conventionnel par un fournisseur de prestations donné. Compte tenu de l'importance que revêtent les conventions tarifaires dans le système de la LAMal - les prix et tarifs sur la base desquels les fournisseurs de prestations établissent leurs

factures sont, sauf dans certains cas prévus par la loi, fixés dans ce type d'accord (art. 43 al. 4 LAMal) –, le litige opposant le recourant aux intimées touche bien aux positions particulières de l'assureur ou du fournisseur de prestations dans le cadre de la LAMal et ressortit dès lors à la compétence matérielle du tribunal arbitral institué par l'art. 89 LAMal. »

Constatant ainsi la compétence du Tribunal arbitral pour trancher ce litige, le Tribunal fédéral a précisé que la cause devait être renvoyée au Tribunal de céans afin qu'il détermine si, dans le cas d'espèce, les contributions prévues à l'art. 2 ch. 1 de l'annexe 6 à la Convention revêtent un caractère équitable au sens de l'art. 46 al. 2 LAMal. Le Tribunal fédéral a précisé que, dans la mesure où il en va de l'application d'une notion juridique indéterminée, cette autorité dispose d'une grande latitude de jugement.

b) S'agissant du pouvoir d'examen du juge, particulièrement de l'étendue du contrôle par le juge d'une clause tarifaire appliquée dans un cas particulier, la jurisprudence (cf. notamment ATF 131 V 66) prévoit que le recours de droit administratif n'est irrecevable que contre des décisions qui ont pour objet l'établissement ou l'approbation d'un tarif dans son ensemble ou lorsqu'il vise directement des clauses tarifaires particulières en tant que telles. En revanche, la voie du recours de droit administratif est ouverte contre des décisions qui sont prises en application d'un tarif dans une situation concrète. Il n'en demeure pas moins que, même dans cette éventualité, le Tribunal fédéral des assurances n'a pas le pouvoir de se prononcer sur tous les postes du tarif en question, y compris la relation qui existe entre ceux-ci ; il doit bien plutôt se borner à contrôler la légalité du poste tarifaire incriminé, appliqué dans un cas précis (ATF 126 V 344 consid. 1, 124 V 101 consid. 3b et les références).

Dans un arrêt publié aux ATF 125 V 21, le Tribunal fédéral des assurances a défini la retenue dont le juge doit faire preuve dans un litige en matière de liste des prestations obligatoirement à la charge de l'assurance. Il a considéré qu'il n'y avait, en principe, plus de place pour un examen mené en parallèle par la voie judiciaire lorsque se pose la

question des conditions d'admission dans des domaines médicaux complexes. En général, il ne convient pas que l'autorité juridictionnelle appelée à trancher un cas concret puisse, d'une manière indirecte, substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité administrative. Aussi, le juge est-il appelé à faire preuve d'une grande retenue lors du contrôle d'une décision prise en application d'une clause tarifaire dans une situation concrète (ATF 125 V 30 consid. 6a). En matière d'approbation des primes par exemple et en particulier des frais d'administration (art. 84 OAMal), le juge ne peut se voir reconnaître un pouvoir d'examen plus étendu que celui de l'autorité d'approbation des primes. Lorsqu'elle est amenée à examiner le bien-fondé de coûts administratifs, l'autorité judiciaire ne doit intervenir qu'en cas d'abus manifeste. L'irrégularité constatée doit présenter un degré de gravité certain et laisser clairement apparaître que le droit applicable n'a pas été respecté (ATF 131 V 66 ; TF 9C_312/2008 du 24 novembre 2008).

c) En vertu de la maxime inquisitoire, il appartient au juge d'établir d'office l'ensemble des faits déterminants pour la solution du litige et d'administrer, le cas échéant, les preuves nécessaires. En principe, les parties ne supportent ni le fardeau de l'allégation ni celui de l'administration des preuves. Cette maxime doit cependant être relativisée par son corollaire, soit le devoir de collaborer des parties, lequel comprend l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela est raisonnablement exigible, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués (ATF 138 V 86 consid. 5.2.3, 125 V 193 consid. 2). Si le principe inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, il ne les libère pas du fardeau de la preuve, dans la mesure où, en cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences, sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à la partie adverse. Cette règle ne s'applique toutefois que s'il se révèle impossible, dans le cadre de la maxime inquisitoire et en application du principe de la libre appréciation des preuves, d'établir un état de fait qui correspond, au degré de la vraisemblance prépondérante, à la réalité (ATF 117 V 261 consid. 3b et les références).

Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde généralement sa décision sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 135 V 39 consid. 6.1 et les références ; voir également TF 9C_717/2009 du 20 octobre 2009 consid. 3.3).

3. a) En l'espèce, L. _____ soutient que le fait que les membres de pharmaSuisse doivent payer 850 fr. pour adhérer à la Convention et les non-membres 4'500 fr., alors que les coûts de conclusion et de fonctionnement sont les mêmes pour les membres et les non-membres, constitue une violation de l'égalité de traitement. Il constate par ailleurs que les taxes ont, sans justification, augmenté de 700 fr. à 4'500 fr. de 2000 à 2010. En outre, le montant de 4'500 fr. étant proche de la cotisation que les membres versent à pharmaSuisse, les frais d'adhésion à la Convention s'apparentent à une contrainte d'affiliation. Les non-membres financent ainsi des tâches que pharmaSuisse effectue pour les membres uniquement. De plus, la perception d'une taxe d'adhésion lors de chaque renouvellement/modification de la Convention est également abusive. Se fondant sur la lettre du 4 avril 2011 et son annexe ainsi que sur l'expertise de K. _____, Président de X. _____, il relève que si l'on se réfère à la présentation des coûts des défenderesses, on peut constater que l'évolution des coûts est 4,5 fois plus élevés pour la Convention RBP IV que pour la Convention RBP I, bien que l'essentiel du travail d'élaboration des conventions ait été fait en 2001 dans le cadre de la Convention RBP I. Il soutient également que la présentation des « coûts réels » liés à la Convention des défenderesses est emprunt d'erreurs et que ces chiffres sont irréels.

b) Dans son écriture du 16 juillet 2013, le recourant conteste également l'art. 3 de l'annexe 2 de la Convention relatif à la ristourne sur les prix des médicaments aux caisses-maladie, qu'il estime contraire à la loi. Selon le demandeur, ce rabais ne peut être convenu par les parties à la Convention mais doit être déterminé par l'autorité chargée par la loi de fixer le prix des médicaments de la Liste des spécialités (LS), soit l'OFSP. Il sollicite désormais la production par pharmaSuisse et santésuisse des comptes relatifs au rabais prévu par la RBP IV (ristourne aux assureurs) et conclut, en sus, à l'annulation du rabais prévu en faveur des assureurs et à la restitution des montants indûment perçus à ce titre.

Or cette question ne fait pas l'objet de la présente procédure, le Tribunal fédéral ayant renvoyé la cause au Tribunal de céans uniquement pour qu'il détermine si les contributions prévues à l'art. 2 ch. 1 de l'annexe 6 à la Convention revêtent un caractère équitable au sens de l'art. 46 al. 2 LAMal (cf. consid. 2a *supra*). Au demeurant, la recevabilité de cette question est douteuse, le demandeur critiquant de manière abstraite l'art. 3 de l'annexe 2 de la Convention, à laquelle il a la liberté d'adhérer, et demandant l'abrogation d'un article approuvé par le Conseil fédéral. Si la voie du recours de droit administratif peut être ouverte à l'encontre de décisions prises en application d'un article de la Convention dans une situation concrète, tel n'est toutefois pas le cas lorsque le recours vise directement des clauses tarifaires particulières en tant que telles, ce qui est le cas en l'occurrence (ATF 126 V 345 et 125 V 104). Quoiqu'il en soit, le demandeur semble renoncer, à la lecture de son écriture du 27 août 2014, à soumettre cette question au Tribunal de céans dans le cadre de la présente procédure.

c) aa) Compte tenu des allégations et conclusions de la demande et dans le but de préserver le secret d'affaires des défenderesses, le juge instructeur a estimé nécessaire, conformément à l'ordonnance du 11 février 2014, d'interpeller par écrit les réviseurs des défenderesses afin d'obtenir la confirmation que les chiffres avancés par celles-ci correspondent à la réalité. En effet, les défenderesses avaient refusé la production de pans entiers de leurs comptabilités, motifs pris

qu'une telle production violerait le principe de la protection du secret des affaires.

En dépit de l'ordonnance précitée, le demandeur a déposé le 25 février 2014 un questionnaire à l'attention non pas des réviseurs mais des défenderesses et de l'expert, arguant du fait qu'il persistait à penser que les défenderesses étaient en mesure de fournir au Tribunal les renseignements dont il avait besoin pour vérifier si les taxes prévues par la Convention RBP IV étaient équitables. Il rappelait la lettre du 4 avril 2011 aux termes de laquelle pharmaSuisse affirmait comptabiliser les frais liés à la Convention sous « Convention tarifaire », « Etude permanente des coûts en pharmacie (RoKa) », « Système de gestion de la qualité (QMS) » et « Cercles de qualité ». La seule chose qui l'intéressait dès lors étaient les chiffres (preuves comptables à l'appui) des frais liés à la conclusion et au fonctionnement de la Convention. Or contrairement à ce que sous-tend le demandeur, ce sont toutefois uniquement les frais liés à l'adhésion à la Convention et non à l'application de la Convention qui sont comptabilisés sous les rubriques précitées.

Le juge instructeur a rappelé au demandeur, par courrier du 11 avril 2014, qu'est seule litigieuse la question de savoir si les contributions (taxe d'adhésion et de contribution aux frais) prévues à l'art. 2 ch. 1 de l'annexe 6 à la Convention RBP IV revêtent un caractère équitable au sens de l'art. 46 al. 2 LAMal, soit si elles sont équitables au vu des coûts engendrés pour la négociation, la conclusion et l'exécution de cette Convention, et non de déterminer si les coûts de conclusion et de fonctionnement de la Convention sont justifiés. En dépit de l'invitation du juge instructeur à reformuler son questionnaire à l'intention des réviseurs, le demandeur a systématiquement refusé d'adresser des questions précises aux organes de révision des défenderesses.

bb) S'agissant de la protection du secret des affaires, il est constaté, à l'instar des défenderesses, que le demandeur et son expert, membres fondateurs de X._____, ont intenté plusieurs actions judiciaires contre pharmaSuisse pour tenter notamment d'obtenir des informations

comptables et que la présente procédure est menée au profit d'une association concurrente qui semble remettre en cause la légitimité de pharmaSuisse. Il existe dès lors un intérêt objectif au maintien du secret qui protège les informations comptables sensibles, de sorte qu'il y a lieu d'administrer les moyens de preuve en tenant compte du principe de la proportionnalité. Si le demandeur a certes le droit d'obtenir la confirmation que les chiffres avancés par les défenderesses correspondent à la réalité, la production de toutes les pièces comptables s'avère toutefois une mesure disproportionnée.

Le Tribunal fédéral a considéré à plusieurs reprises que l'audition des organes de révision était adaptée pour permettre au juge de mener à bien le contrôle qui lui incombe. Dans plusieurs arrêts rendus dans le domaine de l'assurance-maladie, les demandeurs (assurés) avaient requis la production des comptes pour pouvoir contester le montant de la prime ; le Tribunal fédéral a confirmé que cela pouvait nuire au secret des affaires de la compagnie d'assurances et considéré que le témoignage de l'organe de révision, dont l'indépendance était présumée par la loi, était suffisant pour exercer le contrôle nécessaire.

Singulièrement, dans un arrêt paru aux ATF 131 V 66 (en particulier consid. 5.3), il a été jugé que dans le cadre du contrôle d'une clause tarifaire de l'assurance-maladie obligatoire, le Tribunal doit examiner si la clause est conforme au système de la répartition des dépenses (art. 60 al. 1 LAMal) et au principe du financement autonome de l'assurance obligatoire des soins (art. 60 al. 2 et 3 LAMal). En particulier, il lui incombe de vérifier si la clause contestée repose, en ce qui concerne les charges et les produits, sur une comptabilité distincte pour l'assurance-maladie sociale et, dans ce cadre, une comptabilité pour l'assurance obligatoire ordinaire des soins, pour les formes particulières d'assurance au sens de l'art. 62 LAMal et pour l'assurance d'indemnités journalières (art. 81 al. 1 OAMal [ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie, RS 832.102]). L'exigence d'une comptabilité distincte doit être contrôlée également en ce qui concerne les frais d'administration (art. 84 OAMal). En ce qui concerne l'administration des preuves, le Tribunal fédéral des

assurances a en outre précisé que le juge des assurances sociales appelé dans un cas particulier à se prononcer sur la légalité d'une position d'un tarif de primes de l'assurance-maladie obligatoire devra faire appel à des spécialistes des organes de fixation et d'approbation des tarifs de primes. En outre, en raison des problèmes procéduraux très délicats que peut poser la production des comptes des assureurs au regard des droits des parties (droit de l'assuré de consulter les pièces, d'en effectuer des copies) ou du droit au secret des affaires (le risque étant que la comptabilité d'un assureur se retrouve chez un concurrent), la plupart des questions auxquelles le juge pourrait être amené à donner des réponses dans le cadre du contrôle qui lui incombe peut s'appuyer sur le témoignage (écrit ou oral) de l'organe de révision (art. 86 OAMal), dont l'indépendance est présumée de par la loi (ATF 131 V 66 consid. 5.3).

Des principes posés par le Tribunal fédéral des assurances en matière de contrôle d'une clause tarifaire de l'assurance-maladie, il ressort que l'audition de l'organe de révision de la caisse-maladie concernée permet en principe au juge de se prononcer en connaissance de cause sur les points qu'il doit examiner dans ce contexte. En règle générale, d'autres mesures d'instruction ne devraient pas se révéler nécessaires, à moins que les réponses de l'organe de révision soient lacunaires ou contradictoires, voire apparaissent contraires à d'autres éléments du dossier (ATF 131 V 66 consid. 5.2.2 ; TF K 186/05 du 5 janvier 2007 consid. 4.1).

Le Tribunal arbitral peut s'inspirer de la jurisprudence précitée. En effet, le présent litige s'approche des cas relatifs à l'examen de tarifs de primes, étant toutefois souligné que dans le cas d'espèce, les taxes litigieuses s'apparentent plus à des frais administratifs des assureurs qui doivent répondre aux principes d'adéquation, d'équité et d'économicité. A cela s'ajoute le fait que le cas d'espèce n'a pas trait à la surveillance des assureurs (primes), mais au contrôle d'une contribution incluse dans une convention tarifaire. L'art. 46 al. 2 LAMal établit le principe d'une contribution « équitable » pour l'adhésion des non-membres d'une fédération. En matière tarifaire, le principe d'économicité est un précepte

cardinal (cf. art. 43 al. 4 et 7 LAMal). Toutefois, les exigences du législateur en matière de degré de transparence des coûts des prestataires, pour les négociations tarifaires, sont différentes. Pour les hôpitaux, par exemple, l'art. 49 al. 7 LAMal impose certains critères comme une comptabilité analytique. Or, le législateur n'a pas exigé un tel degré de précision et une claire répartition des coûts pour les pharmaciens. Il s'ensuit que le demandeur ne saurait donc exiger ce type d'informations. Dans la mesure où la jurisprudence mentionnée pour les primes des assurances corrobore le fait que le Tribunal fédéral accepte que les réviseurs attestent le degré de transparence des frais des assureurs - alors que ces derniers sont soumis à des exigences de transparence comptable bien plus importantes que les pharmaciens (art. 81 et suivants OAMal) - cela atteste que le juge peut se baser en l'occurrence sur les rapports des réviseurs, d'autant plus s'agissant d'une notion juridique indéterminée telle que la vraisemblance.

Il convient au surplus de relever que les réviseurs sont déjà intervenus sur les comptabilités des défenderesses, connaissent leur structure et savent où et comment rechercher l'information qu'ils doivent confirmer ou infirmer. Ils sont donc en mesure d'attester par un témoignage écrit de la réalité des chiffres et des données comptables allégués par les défenderesses. La mesure d'instruction prévue était donc particulièrement appropriée pour répondre aux doutes du demandeur.

cc) Cela étant, la préparation des réponses aux questions posées aux réviseurs requérait un effort considérable selon les termes du courrier de Y. _____ du 12 juin 2014. Particulièrement, les questions du demandeur nécessitaient la préparation d'un aperçu sur les années 2007 à 2009, ainsi que la confirmation négative qu'aucun coût supplémentaire relatif à la Convention RPB IV n'était inclus dans la comptabilité, cette confirmation nécessitant une vérification de l'ensemble de la comptabilité analytique pour la période mentionnée. Les questions des défenderesses concernaient quant à elle les années 2001 à 2009. Afin de confirmer « l'exactitude » des calculs sur la base de la comptabilité, une analyse des différentes conventions (RBP I à IV) était préalablement nécessaire pour

estimer quels éléments de coûts étaient en rapport avec ces conventions. Y._____ estimaient les coûts pour un tel travail entre 55'000 fr. et 99'000 fr., soulignant qu'ils pouvaient être toutefois considérablement réduits (entre 17'600 fr. et 22'000 fr.) si les questions étaient reformulées (« suppression de l'exigence d'une confirmation négative et réduction des questions à quels montants figurent dans la comptabilité de pharmaSuisse pour les catégories de coûts respectives » pour le questionnaire du demandeur ; « précision des questions 1-3 afin de démontrer comment les montants mentionnés par pharmaSuisse dans les pièces 6 et 102 peuvent être réconciliés avec la comptabilité de cette dernière » pour le questionnaire des défenderesses).

Les représentants de C._____, réviseur de santésuisse, ont quant à eux refusé en l'état de répondre aux questions en raison d'un risque de conflit d'intérêts. On relèvera à cet égard qu'avec l'autorisation de santésuisse/tarifsuisse SA et la formulation de questions précises, soit notamment « les coûts de conclusion et d'exploitation relatifs à la Convention correspondent-ils à ceux exposés par tarifsuisse SA dans son annexe à son courrier du 3 juin 2014 », la mesure d'instruction aurait pu être mise en œuvre pour un coût également raisonnable.

dd) Dans ses écritures ultérieures, le demandeur déclare qu'il ne comprend pas la raison pour laquelle il serait nécessaire de demander à des tiers de fournir, contre paiement, les dits renseignements.

Il convient de répondre à cela que les défenderesses ont fourni des tableaux récapitulatifs des coûts de conclusion et de fonctionnement liés à la Convention RBP IV (pièce n° 6 relative au calcul des coûts pour la Convention RBP IV ; pièce n° 102 relative aux coûts pour les Conventions RBP I, II, III), des comptes d'exploitation pour les années 2010 à 2012 (annexes au courrier du 3 juin 2014 de tarifsuisse SA), des éléments chiffrés et des explications détaillées ; le demandeur met systématiquement en doute ces données, au seul motif qu'elles seraient invraisemblables. Ainsi, il est finalement nécessaire de déterminer si les chiffres avancés par les défenderesses correspondent à la réalité, ce

d'autant plus après leurs explications quant à l'impossibilité d'isoler de façon hermétique ce qui, dans leurs comptabilités, touche aux conventions de ce qui a trait aux autres activités. Il incombait dès lors au demandeur d'administrer la preuve que ses doutes étaient fondés (cf. consid. 2c *supra*). Prêtes à collaborer à l'administration de la preuve, les défenderesses ont accepté d'ouvrir leurs livres à leurs réviseurs et de se tenir à leur disposition tout le temps nécessaire pour faciliter la recherche, l'émergence et le tri des éléments pertinents. Selon le demandeur, nul besoin d'être expert pour indiquer au tribunal quels frais ont été comptabilisés dans les rubriques des comptes mentionnées par les défenderesses elles-mêmes au titre de frais de conclusion et de fonctionnement de la Convention. C'est pourtant ce que les défenderesses ont indiqué au Tribunal de céans en établissant des tableaux récapitulatifs des coûts. Or, le demandeur conteste leur contenu. Il appartient dès lors bien à un tiers d'établir que les données chiffrées produites correspondent à la réalité. Le demandeur a lui-même admis dans un premier temps (cf. notamment ses déterminations du 25 avril 2014) qu'il convenait en l'occurrence de déterminer quels coûts ont été pris en compte pour fixer les taxes litigieuses et s'ils correspondent à la réalité, cette question devant le cas échéant être posée à un expert.

Le demandeur a demandé au juge de renoncer à la mesure d'instruction qu'il avait ordonnée car les coûts de celle-ci seraient disproportionnés par rapport à la valeur litigieuse du présent litige et sollicite en lieu et place que les défenderesses fournissent elles-mêmes le détail des frais de négociation, de conclusion et de fonctionnement de la RBP IV et qu'elles répondent à ses questions.

Il est paradoxal que le demandeur mette en doute les tableaux récapitulatifs et les comptes d'exploitation des défenderesses, et refuse les mesures d'instruction ordonnées par le juge, qui auraient permis de lever ses doutes sur la base desquels il ne produit que l'avis de K._____. Or l'examen de K._____ se fonde sur des chiffres erronés - comme il le sera exposé ci-dessous (cf. consid. 4 *infra*) - et ne peut dès lors que déboucher sur un résultat et des conclusions biaisés. On peine par ailleurs

à comprendre de quelle légitimité jouit K._____ pour se voir décerner le titre d'« expert ». Il faut également relever que le demandeur pose de nombreuses questions relatives à plusieurs problèmes dont certains ne sont pas objets du présent litige (quel est le montant total des cotisations et autres redevances demandées à chaque membre de pharmaSuisse et de santéSuisse ? Quelle part du budget annuel des défenderesses les frais de conclusion et de fonctionnement de la convention représentent-ils ? A combien se montent les frais liés à la fixation du tarif de rémunération des pharmaciens ?). Ainsi, le demandeur ne peut à la fois demander que les coûts des conventions passées et présente soient comparés entre chaque année, formuler des questions qui sortent du cadre litigieux, contester dans le cadre de la présente procédure d'autres dispositions de la Convention et refuser de suivre la mesure d'instruction ordonnée par le juge.

A cet égard, les coûts de la mesure d'instruction la plus simple proposée par Y._____ - de nature à répondre à la question litigieuse - divisés par deux comme indiqué par le juge instructeur, se seraient élevés à environ 10'000 francs. En outre, cette mesure d'instruction, qui consistait à confirmer ou infirmer que les chiffres figurant dans les pièces n° 6 et 102 et dans les annexes au courrier du 3 juin 2014 correspondaient à la réalité, était raisonnable et adéquate pour répondre aux questions litigieuses. L'impartialité des réviseurs - mise en doute par le demandeur - est au surplus présumée par la jurisprudence. Quant à santéSuisse/tarifsuisse SA, l'instruction aurait pu se limiter à moindre frais à examiner la conformité des comptes d'exploitation qu'elle a produits, avec sa comptabilité.

La mesure d'instruction ordonnée par le juge permettait d'examiner l'exactitude des coûts avancés par les défenderesses tout en préservant leurs secrets d'affaire. Le demandeur y ayant renoncé, il doit supporter le fardeau de la preuve. En effet, selon l'art. 89 al. 5 LAMal, les cantons fixent la procédure qui doit être simple et rapide, le tribunal arbitral établissant avec la collaboration des parties les faits déterminants pour la solution du litige, administrant les preuves nécessaires et les

appréciant librement. Les parties sont dès lors tenues de collaborer à l'instruction de l'affaire, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (cf. consid. 2c *supra*). C'est le lieu de rappeler que la procédure devant le Tribunal arbitral n'est pas gratuite, celui-ci étant censé s'autofinancer et les parties devant avancer les frais nécessaires à l'administration des preuves (art. 29 al. 6 LPA-VD et 47 al. 2 LPA-VD, art. 95 et 102 CPC, par renvoi des art. 109 et 1116 LPA-VD). Le demandeur ayant renoncé à la mesure d'instruction ordonnée par le juge instructeur, il encourt une décision défavorable en termes de fardeau de la preuve et les preuves ne peuvent être administrées faute d'avances de frais.

Au vu de la complexité des questions soulevées par le demandeur, des avis émis par son expert désigné et des réponses des réviseurs, qui bien que versés dans les expertises comptables estimaient leur travail à une moyenne de 300 heures pour la seule comptabilité de pharmaSuisse, le Tribunal de céans n'aurait pas pu statuer sur la seule comptabilité des défenderesses. Il est clair que le Tribunal arbitral aurait dû mettre en œuvre un expert pour l'aider à interpréter ces données. Il s'ensuit qu'en ne se conformant pas à l'ordonnance du juge instructeur malgré sa relance et en renonçant finalement à l'instruction ordonnée en raison de son coût notamment, le demandeur doit supporter le fardeau de la preuve. Les faits doivent dès lors être établis en l'état du dossier et selon la vraisemblance prépondérante.

4. Cela étant, il convient de contrôler la légalité de la Convention incriminée, appliquée dans un cas précis.

a) 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 (art. 46 al. 1 LAMal). Si la partie à une convention est une fédération, la convention ne lie les membres de ladite fédération que s'ils ont adhéré à la convention. 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. Elle règle les modalités des déclarations d'adhésion ou de retrait, et leur publication (art. 46 al. 2 LAMal). La convention tarifaire doit être approuvée par le gouvernement cantonal compétent ou, si sa validité s'étend à toute la Suisse, par le Conseil fédéral. 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 (art. 46 al. 4 LAMal).

En l'occurrence, la Convention RBP IV a été approuvée par le Conseil fédéral dans son intégralité, y compris les annexes prévoyant une participation des pharmaciens bénéficiaires.

Les dispositions relatives à l'adhésion des non-membres de pharmaSuisse à la Convention tarifaire ont en outre été appliquées correctement.

b) Se référant à la prise de position que le Conseil fédéral a adressée le 28 mai 2014 au Tribunal administratif fédéral, les défenderesses rappellent la teneur de l'arrêt ATF 134 V 443 (consid. 3), selon lequel « les décisions d'approbation d'une convention tarifaire dont la validité s'étend à toute la Suisse prises par le Conseil fédéral en application de l'art. 46. al. 4 LAMal ne sont pas susceptibles de recours, considérant qu'il s'agit de décisions essentiellement politiques qui ne doivent pas être portées devant le juge ».

Comme le Conseil fédéral, les défenderesses doutent de l'intérêt digne de protection qu'aurait le demandeur compte tenu que « la convention tarifaire n'oblige pas l'ensemble des fournisseurs de prestations à y adhérer (art. 46 al. 3 LAMal). » Avec le Conseil fédéral, les défenderesses répètent que « rien n'interdit non plus aux membres ou aux non-membres de conclure une ou plusieurs autres conventions. Ainsi si un pharmacien, qu'il soit membre ou non de pharmaSuisse, ne souhaite pas adhérer à la convention, il n'y est pas obligé ». Le Conseil fédéral confirme également que les points soulevés par le demandeur ont fait l'objet d'un

examen, n'ont « pas été jugés problématiques et restent donc applicables, notamment du fait qu'il n'existe pas d'obligation pour un fournisseur de prestations d'adhérer à la convention ». Dès lors qu'à l'occasion de la prolongation de la Convention RBP IV, l'autorité d'approbation prévue par la LAMal a examiné la question de la taxe d'adhésion et des contributions annuelles et déclaré que ces contributions sont justifiées, un fournisseur de prestations qui n'a aucune obligation d'adhérer à la convention ne peut les remettre en question, pas plus que le Tribunal arbitral.

A cet égard, on rappellera que le Tribunal fédéral a jugé, dans son arrêt de renvoi du 20 décembre 2012, que la voie du recours, en l'occurrence de l'action, était ouverte contre des décisions prises en application de la Convention dans une situation concrète, et a implicitement reconnu la qualité pour agir du demandeur (cf. consid. 2a *supra*) ; il n'y a pas lieu de revenir sur les considérations du Tribunal fédéral.

c) L'autorité juridictionnelle appelée à trancher un cas concret ne peut, d'une manière indirecte, substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité administrative d'approbation ; aussi, le juge est-il appelé à faire preuve d'une grande retenue lors du contrôle d'une décision prise en application d'une clause tarifaire dans une situation concrète (cf. consid. 2b *supra* ; ATF 125 V 21). Dès lors, la validité de l'art. 2 ch. 1 de l'annexe 6 à la Convention ne saurait être remise en question que si l'irrégularité constatée présente un degré de gravité certain et laisse clairement apparaître que le droit applicable n'a pas été respecté. Le juge ne peut se voir reconnaître un pouvoir d'examen plus étendu que celui de l'autorité d'approbation de la Convention. Lorsqu'elle est amenée à examiner le bien-fondé de coûts administratifs par exemple, l'autorité judiciaire ne doit intervenir qu'en cas d'abus manifeste. En revanche, il n'appartient pas au juge de procéder à une analyse détaillée de la structure des coûts administratifs des fédérations en cause et de s'immiscer ainsi dans l'organisation et la stratégie de l'entreprise (cf. par exemple ATF 135 V 39 ; TF 9C_658/2007 du 1^{er} décembre 2008).

d) Le demandeur soutient que le Conseil fédéral a sans doute fait sienne l'opinion déjà exprimée par l'OFSP selon laquelle « le coût engendré par l'élaboration d'une telle convention était notoirement élevé ». Selon le demandeur, ni l'OFSP ni le Conseil fédéral n'ont contrôlé sérieusement si les taxes prévues étaient équitables au regard des frais engagés pour la conclusion et le fonctionnement de la Convention. Les défenderesses soutiennent que le Conseil fédéral a admis la pertinence des données comptables qui lui auraient été fournies pour la procédure d'approbation de la prolongation de la Convention RBP IV. Or le Conseil fédéral a seulement estimé que le contenu de la Convention RBP IV n'était pas « problématique », sans indiquer, à la connaissance du demandeur, quels chiffres il avait pris en considération pour vérifier si les contributions prévues étaient équitables.

Le Conseil fédéral a approuvé la prolongation au 31 décembre 2015 de la validité de la Convention RBP IV, sans procéder à un réexamen en détail du contenu de la Convention. Il a toutefois confirmé que les points soulevés par le demandeur, savoir la question de la taxe d'adhésion et des contributions annuelles, ont fait l'objet d'un examen effectué préalablement à la décision d'approbation de prolongation de la convention RBP IV. Ces points n'ont à ce stade pas été jugés problématiques et restent donc applicables, notamment du fait qu'il n'existe pas d'obligation pour un fournisseur de prestations d'adhérer à la convention. Le Conseil fédéral rappelle que « selon l'art. 46 al. 2 LAMal, la convention peut prévoir le versement d'une contribution équitable aux frais causés par sa conclusion et son exécution. L'article 5 de la convention RBP IV prévoit de telles contributions à l'annexe 6 ». Il relève que « lors de l'examen de la demande de pharmaSuisse et tarifsuisse SA, les partenaires tarifaires ont été interrogés sur le point des contributions aux frais. De leur point de vue, les contribution aux frais sont justifiées et dépendent de l'ensemble de la durée et de l'intensité des négociations ». Il précise encore qu'« étant donné que l'approbation de la convention a été prolongée, il est possible que certains coûts pris en compte dans le calcul de la contribution annuelle aient entre-temps été amortis. Pour cette raison, le Conseil fédéral a dans sa décision du 18 décembre 2013

demandé aux partenaires tarifaires de réexaminer régulièrement les montants prévus à l'annexe 6 de la convention tarifaire, en tenant compte de l'art. 46 al. 2 LAMal (chiffre 3 de la décision) ».

Il s'ensuit que les frais liés à la l'adhésion, la conclusion et le fonctionnement de la Convention ont été examinés tant lors de son approbation que lors de sa prolongation et qu'ils ont été jugés équitables par le Conseil fédéral.

e) Dans son écriture du 22 septembre 2011, le demandeur explique en quoi la clause tarifaire contestée viole selon lui le droit fédéral. Analysant l'« Aperçu des coûts » communiqué par pharmaSuisse le 4 avril 2011, il expose ce qui suit :

« Il ressort des commentaires de pharmaSuisse qu'elle comptabilise les coûts sous :

- « Convention tarifaire », qui malgré leur volume n'apparaissent pas clairement dans le compte d'exploitation,
- « Etude permanente des coûts en pharmacie (RoKA), que l'OFSP ne reconnaît pas,
- « Système de gestion de la qualité » et « Cercles de qualité », qui sont identifiés sous produits d'exploitation, par « Produit de l'assurance qualité : 256'470 francs en 2008 et 319'504 francs en 2009 », ainsi que sous charges d'exploitation, par « Charges pour l'assurance qualité : 25'899 francs en 2008 et 54'458 francs en 2009 ». Par ailleurs, pharmaSuisse et santésuisse se sont attribuées un rabais sur les ventes LS de 0,2% pour les Cercles de qualité, qui représentent quelque 6 millions de francs.

Le tableau indique encore des frais généraux sur la base des heures consacrées à la RBP IV pour 2'274'259 francs qui ne sont pas non plus apparents dans le compte d'exploitation :

- monitoring (y compris collecte des données),
- la commission paritaire arbitrale (CPA),
- la commission de qualité (y compris contrôle de la qualité), qui, en principe, fait partie du système de gestion de la qualité comptabilisé dans ce que pharmaSuisse désigne par coûts directs, et pour laquelle il a été réservé une contribution annuelle de 150 francs.

Or, en distribuant les coûts (4'194'400 francs) sur 1'450 pharmacies, et non pas sur 1'620, le calcul donne 1'446.34 francs, par année et par pharmacie ; ce qui fait 2'892.68 francs pour les deux années de la convention. Si le coût escompté était distribué sur 1'620 pharmacies, cela aurait donné 2'589 francs au lieu de 2'892 francs.

Mais pharmaSuisse ne s'est pas arrêtée à ces chiffres. Elle a compté un supplément annuel de 500 francs par pharmacie et par année, ce qui correspond à 35% du coût prétendu réel, pour la réalisation d'études d'économicité ; ce qui porte le montant des coûts de la convention par pharmacie et par année de 1'446.34 francs à 1'946.34 francs.

Le supplément de 500 francs équivaut à 1,45 millions pour 1'450 pharmacies, mais à 1,62 millions pour 1'620 pharmacies (qui est le nombre le plus vraisemblable). Mais pharmaSuisse majore les coûts de 10% (= 424'386 francs) pour prévoir un risque de calcul ; ce qui augmente une nouvelle fois le coût de la RBP IV jusqu'à 2'092.68 francs. Même qu'il s'agissait de salaires et de frais généraux sur la base des heures consacrées, elle ajoute 8% de TVA (comme si la convention est un produit de consommation destiné à la revente). Cela fait en définitive 2'260.10 francs par année. Le tout est passé ainsi de 1'446.34 francs à 2'260.10 francs, c'est-à-dire une majoration des coûts de 56,3%. Mais ce n'est pas tout.

pharmaSuisse soutient que les coûts globaux pour non membres, TVA incluse, sont en moyenne de 2'260.10 francs par année, soit 4'520.20 francs pour les deux années de la convention. Elle prétend encore qu'elle leur fait payer 3'150 francs la 1^{ère} année et 1'150 francs la 2^{ème} année, ce qui donne un total de 4'300 francs. Elle prétend leur faire payer 220.20 francs en dessous des coûts globaux, quand, en réalité, elle leur prend 6'300 francs, c'est-à-dire 2'000 francs de plus. Elle n'explique pas comment elle est passée de Fr. 4'520.20 à Fr. 6'300.

En conclusion, si on tient compte des 1'446.34 francs que pharmaSuisse a désignés au départ par « coûts escomptés » par pharmacie et par année, et du montant de 3'150 francs qu'elle leur fait en réalité payer, elle a tout simplement multiplié les soi-disant coûts réels par 2,2. »

Le demandeur soutient également que la pièce n° 102 ne prouve pas que les conventions antérieures aient été déficitaires. Il énonce que les chiffres allégués par les défenderesses aboutissent à des résultats plus que surprenants (quant à l'importance des frais liés à la convention par rapport à l'ensemble des charges des défendeurs), et le point déterminant est le coût avéré de la convention (conclusion et fonctionnement), qui n'est pas établi par des comptes vérifiables.

Répondant aux doutes du demandeur, les défenderesses ont fait valoir les arguments suivants dans leur écriture du 30 septembre 2013 :

« Les défende[resse]s ont fait preuve de prudence en fixant le montant de la contribution demandée aux pharmaciens.

Les précédentes conventions étaient déficitaires.

La Convention impose aux pharmaciens qui ne sont pas membres de pharmaSuisse une taxe d'entrée de 3'000 fr. et une participation aux coûts de fonctionnement de 1'650 fr. par année, soit un total de 6'300 fr. pour deux ans.

Sur ce montant, 4'300 fr. reviennent à pharmaSuisse et 2'000 fr. sont attribués à santésuisse pour le surcoût occasionné par l'adhésion et le suivi des membres non fédérés.

Les membres de pharmaSuisse contribuent également aux coûts de conclusion et de fonctionnement de la Convention à hauteur de 500 fr. pour l'adhésion et de 350 fr. par année.

[...]

Sous l'empire des trois précédentes conventions, les membres de pharmaSuisse ne versaient que leurs cotisations d'adhésion.

Ils ne s'acquittaient d'aucune autre contribution.

C'est au vu des résultats déficitaires de l'application des trois premières conventions qu'il leur a été demandé de verser une contribution spécifique en plus de leurs cotisations.

La différence entre le montant demandé aux membres et aux non-membres de pharmaSuisse se justifie d'une part par le surcoût lié au traitement et au suivi par Santésuisse des adhésions individuelles (2'000 fr.) et par la subvention de pharmaSuisse au profit de ses membres. »

A l'instar des défenderesses, il convient de constater que la négociation d'une Convention tarifaire entre une fédération de pharmaciens et une fédération d'assureurs est un travail de longue haleine impliquant nécessairement des coûts élevés ; il s'agit d'une convention d'envergure nationale qui nécessite une structure appropriée pour gérer des enjeux financiers colossaux. L'OFSP a expressément reconnu que « les coûts engendrés par l'élaboration d'une telle convention (sont) notoirement élevés » en raison d'une procédure compliquée et d'enjeux très conséquents. Le Conseil fédéral s'est fondé sur ce constat

pour approuver la Convention RBP IV dans son ensemble, y compris ses annexes fixant la quotité de la participation des membres et des non-membres. Soulignons qu'en approuvant la Convention, le Conseil fédéral la limite également dans le temps, augmentant de ce fait inévitablement les coûts de négociation. Rien n'est acquis en pareil cas ; chaque fois qu'une convention est renégociée, les acteurs tentent d'améliorer leurs positions respectives et tout est susceptible d'être renégocié. Il faut notamment élaborer de nouvelles prestations, financer de nouvelles études, obtenir de nouvelles données relatives au marché.

Il n'y a pas de raison de mettre en doute les affirmations des défenderesses selon lesquelles les négociations tarifaires se déroulent sur des mois, voire plusieurs années comme pour les conventions nationales avec les pharmaciens. Dans leurs déterminations du 31 juillet 2014, elles exposent notamment que chaque partie est représentée par une délégation de négociation composée de spécialistes et de chefs de projets. Préalablement aux intenses séances de négociation, des analyses et des études diverses sont nécessaires. Une fois que les négociations proprement dites ont abouti, il faut s'entendre sur les termes de la convention tarifaire. Cela fait, la convention signée est soumise à l'approbation de l'autorité compétente, en l'espèce le Conseil fédéral. Viennent ensuite toutes les démarches liées aux adhésions des membres et des non-membres à la Convention. Concernant la négociation, la conclusion et le suivi de la convention nationale de l'envergure de la RBP IV (LOA IV), il est difficilement contestable que toutes ces tâches requièrent des compétences variées et de très haut niveau. Par la force des choses, leur coût est élevé. Les défenderesses ajoutent encore qu'il ne faut pas oublier non plus que de nouvelles négociations sont engagées pour le renouvellement de la convention avant son échéance, que ce fut bien le cas pour la RBP IV et que c'est un travail sans fin dont les adhérents individuels ne peuvent profiter qu'à condition de prendre leur part des coûts.

Comme cela ressort du courrier rédigé le 3 juin 2014 par tarifsuisse SA, les sommes encaissées au titre de frais liés à la Convention

sont affectées pour 2/3 à pharmaSuisse et pour 1/3 à tarifsuisse SA. Elles servent notamment à couvrir les frais occasionnés en rapport avec la convention pour le calcul des tarifs, les travaux de révision tarifaire, les négociations contractuelles, les travaux au sein de la commission paritaire de confiance, de la commission paritaire de qualité et de la commission administrative du fonds VKF ainsi que la fourniture de réponses aux demandes formulées. S'y ajoutent du côté de tarifsuisse SA les travaux administratifs relatifs à la facturation, à l'encaissement, à la gestion des membres et aux mutations, etc. Les charges salariales du département des négociations tarifaires, les coûts liés à ces tâches, les frais liés à la qualité, à la communication, aux informations internes, aux circulaires, au registre des codes créanciers, au registre des conventions et aux frais généraux tels que loyer, infrastructures, informatique.

L'écriture du 30 septembre 2013 énonce également ce qui suit :

« [La] limitation dans le temps a pour conséquence que les premières conventions ont été marquées par un déficit relativement important. Pour parer à ces pertes, les défenderesses ont dû prendre des mesures parmi lesquelles l'ajustement des cotisations demandées non seulement aux non-membres mais également à leurs membres. Les défenderesses sont également plus prudentes désormais concernant leurs différents calculs. Elles y incluent par prudence un montant supplémentaire destiné à éviter une nouvelle situation déficitaire. Cela est d'autant plus justifié que les non-membres de pharmaSuisse qui adhèrent à la RBP IV profitent en réalité de certains avantages tirés des précédentes conventions. »

S'agissant de l'adéquation entre coûts de la convention et participation, il y a lieu de rappeler que les défenderesses ont fixé le montant de la participation demandées aux pharmaciens *a priori* en se fondant sur des estimations et des projections, autrement dit avant de savoir précisément ce que la Convention RBP IV allait effectivement coûter. Ainsi, la fixation de la taxe d'adhésion et des contributions est fondée en partie sur des prévisions, de sorte que, compte tenu de la liberté d'appréciation dont jouit l'autorité d'approbation de la Convention et de la relative insécurité des prévisions effectuées, elle ne saurait être remise en cause qu'en cas d'arbitraire (ATF 135 V 39).

Les défenderesses énoncent avoir pris deux types de précautions : la première consistait en une estimation prudente du nombre de pharmacies qui adhèreraient à la nouvelle convention et la seconde en un prélèvement d'une marge de sécurité de 10%. Leurs estimations portant sur le nombre de pharmacies qui adhèreraient à la Convention RBP IV étaient inférieures au nombre effectif d'adhérents à la Convention RBP III. Les défenderesses ont exposé (cf. réponse du 30 septembre 2013) que « contrairement à ce qui a été avancé par erreur par pharmaSuisse dans son tableau du 15 mars 2011, le nombre de 1'450 retenu à titre d'estimation ne correspondait pas à 95% mais à près de 90% des 1'620 pharmacies qui avaient adhéré à la précédente convention ». Elles avaient cependant plusieurs raisons pour une estimation prudente :

- en 2008 et 2009, il existait une phase de constitution de grandes chaînes de pharmacies qui était susceptible de remettre en question l'adhésion de certains membres ;
- certains membres ne souhaitaient plus adhérer à la convention et les défenderesses craignaient qu'ils ne préfèrent retourner au système du tiers garant ;
- les coûts élevés de conclusion et d'application de la convention pouvaient décourager un certain nombre de pharmacies d'y adhérer.

La deuxième mesure prise était l'inclusion d'une marge de calcul de 10%. Ces bases posées, les défenderesses reprenaient le calcul des coûts fait par pharmaSuisse le 15 mars 2011, à l'instar du demandeur :

« Il ressort de son tableau que les coûts escomptés en relation avec la Convention s'élèvent à 4'194'400 fr. pour 2007 à 2009. Si l'on se fonde sur l'estimation de 1'450 pharmacies, on arrive à 2'892 fr. 98 par pharmacie pour deux ans, soit 1446 fr. 34 par an. A ce chiffre, pharmaSuisse ajoute 500 fr. pour parer aux frais supplémentaires ainsi qu'une marge de sécurité de 10%. Le coût par année et par pharmacie s'élève donc au total de 2'092 fr. 68 auquel il convient

d'ajouter 8% de TVA puisqu'il s'agit de prestations imposées à ce titre. [...] Il s'agit pour les défenderesses d'un coût effectif [...].

Le total final s'élève à 2'260 fr. 10 par année donc à 4'520 fr. 20 pour les deux ans de la Convention. Au regard de ces coûts, la participation de 4'300 fr. demandée aux non-membres par pharmaSuisse apparaît pleinement justifiée. En effet, cette contribution doit être équitable non seulement du point de vue des non-membres mais également du point de vue des fédérations qui ont fourni un travail extrêmement conséquent pour aboutir à une convention viable et qui doivent faire preuve d'une certaine prudence dans l'estimation des coûts pour le maintien de cette institution. »

5. Il convient encore de se prononcer sur le grief du demandeur s'agissant de la prétendue contrainte d'affiliation.

Cet argument repose sur la comparaison entre une année de cotisation à pharmaSuisse et une année d'adhésion à la Convention RBP IV pour les non-membres. Le demandeur prétend que l'on peut en déduire l'existence d'une prétendue contrainte d'affiliation qui reviendrait à faire financer aux non-membres des tâches dont bénéficient exclusivement les membres. De l'avis des défenderesses, auquel le Tribunal se rallie, le demandeur ne saurait être suivi. Premièrement, la base de comparaison est erronée car le demandeur compare les 4'500 fr. demandés la première année aux non-membres pour leur adhésion à la RBP IV avec une année de cotisation des membres de pharmaSuisse. Or la Convention s'applique pour deux ans au moins, voire davantage et la taxe d'entrée de 3'000 fr. n'est perçue que la première année. Ainsi, si l'on prend comme base une durée de deux ans, on arrive à 6'000 fr. pour adhérer à la RBP IV contre quelque 10'000 fr. de cotisations pour les membres si l'on reprend les chiffres de la demande. Cette différence s'amplifie si l'on prend trois ans pour base de calcul. En aucun cas on ne peut déduire de ces chiffres l'existence d'une contrainte d'affiliation. Deuxièmement, les pharmacies ne sont pas contraintes d'adhérer à la Convention si elles souhaitent faire bénéficier leurs clients du système du tiers payant. Au contraire, elles ont toute latitude pour négocier avec un ou plusieurs assureurs un accord permettant une telle prise en charge (art. 42 al. 2 LAMal). Partant, les pharmaciens sont libres de choisir la solution qui leur paraît la mieux

adaptée, quitte à se satisfaire du système du tiers-garant, modèle que le législateur a choisi par défaut (art. 42 al. 1 LAMal).

Partant, c'est à tort que le demandeur prétend avoir été contraint d'adhérer à la Convention RBP IV sous peine de perdre le statut de tiers payant. On rappellera que ce statut ne relève pas du régime ordinaire prévu par la loi mais d'une exception qui suppose un accord (art. 42 LAMal). Autrement dit, le risque de ne pas obtenir ou de perdre le statut de tiers payant ne saurait être considéré comme une menace assimilable à une contrainte d'adhésion à la Convention RBP IV pour les fournisseurs de prestations qui ne sont pas membres de pharmaSuisse.

On soulignera en outre que les pièces produites à l'audience du 5 mai 2015 ne changent rien quant au raisonnement selon lequel le demandeur n'est pas lié par la Convention s'il ne souhaite pas y adhérer et qu'en théorie, il est libre de conclure d'autres conventions.

6. Dans un autre grief, le demandeur soutient que les taxes exigées des non-membres ne sauraient servir à couvrir les coûts de fonctionnement de pharmaSuisse sans rapport avec la conclusion et le fonctionnement de la Convention. Il relève que pharmaSuisse admettait dans sa lettre du 4 avril 2011 avoir subventionné ses membres pour une partie des frais de la Convention RBP IV, allégation qui, selon lui, n'apparaît pas crédible en raison du montant que cela représente par rapport aux cotisations des membres et au regard des tâches dont cette association faitière a la charge. Le 27 août 2014, il s'exprimait comme suit :

« En effet si, comme l'affirmait pharmaSuisse dans une lettre du 4 avril 2011 à l'un de ses membres (M. K. _____) (pièce 6 annexée à la demande), il avait été « particulièrement veillé [...] à ne pas être discriminatoire au sens de la loi (article 46 alinéa 2 LAMal) », et que les « coûts réels » avaient été calculés pour déterminer la part de ces coûts subventionnés réellement par les cotisations de ses membres, on peut, à partir des coûts de conclusion et de fonctionnement de la convention qui sont les mêmes pour les membres et les non-membres de pharmaSuisse, estimer à 5'418'000 francs au minimum, ce qui est invraisemblable comme on le verra ci-après.

Les taxes convenues représentent ainsi - ou sont censées représenter ainsi - le coût moyen pour chaque pharmacien occasionné par la conclusion et le fonctionnement de la convention. En multipliant donc le montant total de ces taxes par le nombre des adhérents (membres et non-membres de pharmaSuisse) on obtient - ou devrait obtenir - le montant des frais auxquels les non-membres devraient participer équitablement - c'est-à-dire en acquittant des taxes qui ne sauraient dépasser la part des frais incombant aux membres qui sont supportés au moyen de leurs cotisations.

Les frais de conclusion représentent 2'000 francs pour les membres et non-membres qui adhèrent à la convention, les frais pour les membres étant pris en charge par pharmaSuisse au moyen de leurs cotisations. Les frais de fonctionnement se montent eux à 1'500 francs, ce qui représente au total 3'500 francs (lettre du 4 avril 2011 déjà citée, avec ses annexes).

Les pharmaciens membres de pharmaSuisse sont quelque 1'450 et les non-membres adhérents, 270, soit donc 1'720 au total.

Pour justifier le montant réclamé aux non-membres qui adhèrent à la convention, il faudrait par conséquent que les frais de conclusion et de fonctionnement de la convention s'élèvent à 3'500 francs x 1'720 adhérents = 5'418'000 francs, peu importe comment la part de ces frais est ou serait financée par les membres de pharmaSuisse ayant adhéré à la RBP IV.

De tels frais n'apparaissent pas dans les comptes publiés de pharmaSuisse (sous réserve des charges pour l'assurance-qualité ; voir p. ex. le rapport annuel 2009, pièce 8) et sont dès lors invraisemblables, sauf preuve du contraire. Car les frais liés à la RBP IV selon pharmaSuisse, s'ils étaient avérés, ne laisseraient certainement à cette association que peu de moyens pour lui permettre d'exécuter ses nombreuses autres tâches statutaires.

Cela ressort des éléments de la comptabilité qui ont été remis à M. K. _____, confrère du demandeur, sur lesquels pharmaSuisse affirme s'être fondée (pièce 6). On constatera que les coûts directs pour l'adhésion à la convention s'élèvent à 1'920'141 francs pour les années 2007 à 2009 (coûts directs pour les produits plus coûts salariaux directs). Viennent s'y ajouter des frais généraux de 2'274'259 francs calculés à partir des heures de travail consacrées à la RBP IV par rapport aux heures de travail globales de pharmaSuisse, qui a déclaré s'attendre finalement à des frais supplémentaires de 1'450'000 francs et prévu un risque de calcul de 10% qui s'élève 424'386 francs. Il en résulte un prix global de 6'068'786 francs (TVA exclue) ou de 6'554'289 francs (TVA de 8% incluse) pour la convention tarifaire, ce qui est encore plus invraisemblable. »

En septembre 2013, les défenderesses mentionnaient que la participation totale exigée des membres et qui est en partie

subventionnée n'est pas la même que celle qui est demandée aux non-membres, ajoutant ce qui suit :

« Différence de traitement ne signifie toutefois pas encore discrimination si elle repose sur des éléments objectifs.

Les non-membres paient effectivement 6'300 fr. au total pour adhérer à la convention pour deux ans. Sur ce montant, 4'300 fr. reviennent à pharmaSuisse pour ses frais de conclusion et d'application. Le solde revient à Santésuisse qui s'occupe des adhésions individuelles non fédérées. Ces adhésions impliquent une surcharge de travail importante pour l'enregistrement, le suivi, la facturation, les rappels, etc. Cette tâche est assumée par Santésuisse et justifie le montant de 2'000 fr. que les non-membres doivent payer. Il serait inéquitable de faire supporter aux membres des coûts que seuls les non-membres engendrent par leur adhésion.

Cela explique pourquoi, dans son analyse des coûts du 4 avril 2011 et « dans le cadre de la convention RBP IV, pharmaSuisse a fixé des coûts de CHF 2'000.- pour l'adhésion à la convention tarifaire RBP IV et de 1'150.- par an pour sa mise en application (contrôle de la qualité inclus) ». Cela correspond à un total de 4'300 fr., le solde de 2'000 fr. revenant à Santésuisse pour les raisons évoquées ci-dessus.

[...]

Cette participation est partiellement subventionnée pour les membres de pharmaSuisse. La subvention s'élève à 3'100 fr. (4'300 – 1'200) et non pas à 5'100 fr. comme le prétend le demandeur. »

Ainsi, à l'instar des défenderesses, il faut constater qu'il ressort de ce qui précède que s'agissant de la stricte participation aux coûts de conclusion et d'application de la Convention, membres et non-membres de pharmaSuisse sont sur un pied d'égalité. Les uns et les autres sont tenus de participer aux frais de conclusion et d'application de la Convention RBP IV à hauteur de 4'300 fr. pour deux ans. De plus, ne serait-ce que du fait de la différence entre le montant de 5'100 fr. retenu par le demandeur et celui de 3'100 fr. exposé par les défenderesses, la démonstration du demandeur tombe à faux car elle se fonde sur des chiffres erronés.

Les défenderesses ajoutaient en outre ce qui suit :

« [...] comme le relève le demandeur, il est vrai que pharmaSuisse subventionne également la participation de ses membres à la

Convention conclue avec les assurances accidents, militaire et invalidité. Le coût d'adhésion à cette convention est de 500 francs. S'y ajoute une participation aux frais de fonctionnement de 350 fr. par pharmacie par année. Pour cette convention, le montant par pharmacie s'élève au total de 1'200 fr. pour deux ans. Comme la moitié de cette somme revient à pharmaSuisse, elle n'a en réalité besoin de financer que 600 fr. par pharmacie.

En résumé, la subvention de pharmaSuisse à ses membres se calcule comme suit :

Subvention RBP IV pour deux ans = 3'100 fr. x 1'352 pharmacies = 4'194'300 fr.

Subvention Convention AA, AI, AM = 600 fr. x 1'352 pharmacies = 811'800 fr

Total : 5'006'100

fr.

On est très loin du chiffre de 8'050'350 fr. avancé par le demandeur et repris de l'expertise du M. K._____. Il ressort de la comptabilité de pharmaSuisse que le total des cotisations des membres pour deux ans (2006-2009) se monte à 14'658'367 francs. La subvention de pharmaSuisse en faveur de ses membres ne représente donc qu'un tiers du montant total des cotisations de ses membres. Il est donc faux de dire que les cotisations des membres à pharmaSuisse ne permettent pas de couvrir la part subventionnée. »

Il apparaît ainsi, selon toute vraisemblance, que les non-membres ne paient pas pour les membres de pharmaSuisse. A cet égard, le demandeur a renoncé à la mesure d'instruction qui aurait permis de l'établir.

7. Il ressort des documents produits et des explications de pharmaSuisse et santésuisse que leurs calculs des frais de négociation, conclusion et fonctionnement de la Convention tarifaire RBP IV - tels que présentés dans la pièce n° 6 du demandeur, des conventions tarifaires RBP I à III (pièce n° 102 des défenderesses) et au vu des coûts de conclusion et de fonctionnement résultant des comptes d'exploitation 2010 à 2012 de tarifsuisse SA - sont suffisamment établis et correspondent à la réalité.

Il s'ensuit que, selon la vraisemblance prépondérante, les contributions prévues à l'art. 2 ch. 1 de l'annexe 6 à la Convention revêtent un caractère équitable au sens de l'art. 46 al. 2 LAMal.

8. Compte tenu des griefs invoqués et du fait que K._____ n'a pas le titre d'expert pour apprécier des éléments comptables, il ne saurait être entendu en cette qualité par le Tribunal de céans. Au surplus, en l'état du dossier, aucune autre mesure d'instruction n'apparaît nécessaire, les faits pertinents ayant pu être constatés à satisfaction de droit, étant rappelé que les parties y ayant au demeurant renoncé (appréciation anticipée des preuves ; cf. ATF 122 II 464 cons. 4a, TF 8C_764/2009 du 12 octobre 2009 cons. 3.2, TF 9C_440/2008 du 5 avril 2008).

9. Vu ce qui précède, la demande doit être rejetée.

Le demandeur, qui voit ses conclusions intégralement rejetées, supportera les frais de la procédure devant le Tribunal arbitral, sans pouvoir prétendre à des dépens (art. 45, 49 al. 1 et 55 al. 1 LPA-VD et 95 al. 1 et 2 CPC [code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272], par renvoi des art. 109 al. 1 et 116 LPA-VD). Les frais de procédure comportent l'émolument judiciaire perçu par le Tribunal cantonal, arrêté à 5'625 fr., ainsi que la rémunération des arbitres, qu'il y a lieu de fixer à 3'000 fr. par arbitre, soit un total de 11'625 francs.

Les défenderesses, qui ont versé une avance de frais de 3'000 fr. (part aux honoraires des arbitres), se verront rembourser leur avance. De plus, représentées par un avocat et obtenant gain de cause, elles ont droit à des dépens à la charge du demandeur, qu'il convient d'arrêter à 3'500 fr. (art. 55 LPA-VD et 95 al. 3 CPC par renvoi des art. 109 al. 2 et 116 LPA-VD ; art. 7 et 8 TFJAS [tarif des frais judiciaires et des dépens en matière de droit des assurances sociales du 2 décembre 2008 ; RSV 173.36.5.2] et art. 4 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6]).

**Par ces motifs,
le Tribunal arbitral des assurances
p r o n o n c e :**

- I. La demande déposée par L. _____ est rejetée.

- II. Les frais de la procédure devant le Tribunal arbitral, arrêtés à 11'625 fr. (onze mille six cent vingt-cinq francs), soit :
 - 5'625 fr. (cinq mille six cent vingt-cinq francs) à titre d'émolument judiciaire,
 - 6'000 fr. (six mille francs) à titre de rémunération des deux arbitres,sont mis à la charge de L. _____.

- III. L. _____ versera à santésuisse et pharmaSuisse un montant de 3'500 fr. (trois mille cinq cents francs) à titre de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Jean-Louis Duc (pour L. _____)
- 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 :