



Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_214/2017 du 2 février 2018

Guy Longchamp

I. Objet de l'arrêt

La décision du Tribunal fédéral a trait à la problématique des conditions de la responsabilité civile des organes des assurances sociales, en l'espèce de santésuisse. Cet arrêt aborde également certaines problématiques plus générales de l'admission des médecins à pratiquer aux frais de l'assurance obligatoire des soins.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Titulaire depuis 1987 d'un diplôme de médecine étranger, un médecin s'est installé le 1^{er} octobre 2002 dans le canton du Jura. Il a alors demandé à santésuisse l'attribution d'un code au registre du code-créanciers (RCC). Cette association lui a signifié un refus. A la suite d'une première procédure de contestation ayant conduit le Tribunal fédéral des assurances à rendre une décision le 4 mai 2006 (K 153/05) aboutissant à la délivrance d'un code créancier, avec effet au 1^{er} octobre 2002, le médecin a réclamé à santésuisse, par courrier du 27 mars 2007, un montant de Fr. 2'327'929.- correspondant au dommage qu'il estimait avoir subi en raison de la non-délivrance de l'autorisation à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins.

Après un échange de correspondance, santésuisse a indiqué au médecin qu'elle refusait la réparation de tout dommage, par courrier du 6 avril 2009. Par jugement du 7 décembre 2010 du Tribunal arbitral en matière d'assurance-maladie de la République et canton du Jura, le principe de la responsabilité de santésuisse a été admis. Le recours interjeté par santésuisse contre cette décision a été déclaré irrecevable par le Tribunal fédéral (TF 9C_54/2011 du 11 juillet 2011). Le Tribunal arbitral a ensuite poursuivi la procédure et, après avoir notamment mandaté un expert et entendu les parties, a accordé au médecin, par jugement du 9 février 2017, Fr. 1'303'440.- à titre de réparation du dommage et de Fr. 10'000.- à titre de tort moral, plus intérêts à 5% l'an dès le 1^{er} avril 2013, ainsi que Fr. 21'944.- pour les frais d'avocat avant litispendance.

Santésuisse a interjeté un recours en matière de droit public contre les jugements des 7 février 2010 et 9 février 2017.

B. Le droit

1. Aspects d'ordre procédural

Le recours en matière de droit public formé par santésuisse porte à la fois sur la décision incidente du 7 février 2010 – qui traite du principe de la responsabilité (cf. arrêt précité TF 9C_54/2011 du 11 juillet 2011 c. 2.1) – et sur le jugement condamnant santésuisse au remboursement d'un montant de plus de Fr. 1 mio à titre de réparation du dommage causé au médecin. Le recours est donc recevable, sous l'angle des deux décisions attaquées.

De plus, la valeur litigieuse minimale en cas de contestation pécuniaire en matière de responsabilité étatique posée par l'art. 85 al. 1 lit. a LTF est atteinte.

En règle générale, la procédure en responsabilité instituée par l'art. 78 LPGA suppose qu'une demande soit présentée par la personne assurée ou le tiers qui a subi un dommage aux autorités compétentes, qui se prononcent ensuite par décision (art. 78 al. 2 LPGA).

En matière d'assurance-maladie obligatoire, la compétence de rendre une telle décision revient en principe à l'assureur (art. 78a LAMal). Cette décision est directement sujette à recours devant le tribunal cantonal des assurances (art. 49 en relation avec l'art. 78 al. 4 LPGA). Toutefois, en vertu de l'art. 89 al. 1 LAMal, les litiges entre assureurs et fournisseurs de prestations sont jugés par un tribunal arbitral. De plus, la procédure devant celui-ci n'est pas régie par les dispositions de la LPGA (art. 1 al. 2 lit. e LAMal).

En l'occurrence, le Tribunal arbitral s'est fondé sur l'art. 89 al. 1 LAMal pour admettre sa compétence pour traiter du litige visant la réparation du dommage qu'aurait subi le médecin à la suite du refus du 23 juin 2003 de le reconnaître comme prestataire de soins à charge de l'assurance obligatoire des soins. Il a considéré que ce litige devait être réglé par la voie de l'action de droit administratif. Dès lors que les parties n'ont pas remis en cause ce jugement et ont partant accepté le règlement du litige par le Tribunal arbitral, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas nécessaire – compte tenu également de la durée de la procédure débutée en mai 2009 – d'examiner plus avant l'articulation de l'art. 89 al. 1 LAMal avec les règles de procédure prévue par l'art. 78 al. 1 et 4 LPGA.

Dans sa décision, le Tribunal fédéral a également laissé ouverte la question – sur le principe intéressante – de savoir si santésuisse pouvait être considérée comme une organisation dont la responsabilité au sens de l'art. 78 LPGA est directement engagée ou, au contraire, comme un organisme qui ne tombe pas sous le coup de cette norme de responsabilité, au motif que les conditions de la responsabilité n'étaient de toute façon pas réunies.

2. Conditions de la responsabilité selon l'art. 78 LPGA

L'art. 78 al. 1 LPGA prévoit que les corporations de droit public, les organisations fondatrices privées et les assureurs répondent, en leur qualité de garants de l'activité des organes d'exécution des assurances sociales, des dommages causés illicitement à un assuré ou à des tiers par leurs organes d'exécution ou par leur personnel. L'autorité compétente rend une décision sur les demandes en réparation (art. 78 al. 2 LPGA). En vertu de l'art. 78 al. 3 LPGA, la responsabilité subsidiaire de la Confédération pour les institutions indépendantes de l'administration ordinaire de la Confédération est régie par l'art. 19 de la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité.

Les dispositions de la présente loi s'appliquent à la procédure prévue aux al. 1 et 3. Il n'y a pas de procédure d'opposition. Les art. 3 à 9, 11, 12, 20, al. 1, 21 et 23 de la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité sont applicables par analogie (art. 78 al. 4 LPGA).

L'art. 78 al. 5 LPGA traite de la responsabilité pénale.

En l'espèce, les juges fédéraux ont estimé que la condition de l'acte illicite n'était pas remplie. La Haute Cour a rappelé que l'illicéité « n'est réalisée que si le juge ou le fonctionnaire a violé un devoir essentiel pour l'exercice de sa fonction ». En particulier, le fait qu'une décision se révèle par la suite contraire au droit ne suffit pas pour engager la responsabilité de son auteur.

Or, la situation dans laquelle santésuisse était appelée à statuer, au regard notamment de la législation en vigueur à l'époque sur la reconnaissance d'un titre étranger et de ses conséquences sur l'admission à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins selon l'art. 36 al. 1 et 2 LAMal et 39 OAMal, n'était pas évidente.

Dans ces conditions, et au vu de l'absence d'un acte illicite selon l'art. 78 LPGA, une responsabilité de santésuisse était exclue.

III. Analyse

1. Les décisions du Tribunal fédéral ayant trait à la responsabilité au sens de l'art. 78 LPGA sont relativement rares. Elles sont encore moins nombreuses concernant les situations dans lesquelles un fournisseur de prestations, en qualité de « tiers lésé » – qui peut être une personne physique ou morale – saisit le tribunal arbitral conformément à l'art. 89 LAMal, en invoquant une responsabilité d'un organe comme santésuisse, qui n'est « ni un assureur ni une corporation de droit public », mais « une association de droit privé suisse, dont le but social est de sauvegarder et de représenter, en tant qu'association faîtière représentative, les intérêts communs de ses membres, ainsi que de s'investir pour le maintien d'une assurance-maladie libérale ». Santésuisse n'est en particulier pas chargée en vertu de la LAMal de mettre en œuvre l'assurance-maladie sous la surveillance de la Confédération, comme le sont les assureurs-maladie admis à pratiquer l'assurance-maladie sociale, selon l'art. 4 LSAMal.

Il aurait été intéressant de connaître l'avis de la Haute Cour sur la qualité de sujet de responsabilité ou non de santésuisse, au sens de l'art. 78 al. 1 LPGA, ce d'autant plus que cette association n'a plus un rôle exclusif, depuis la création d'association représentative d'autres assureurs-maladie, notamment lors de négociations tarifaires, et que l'avis de la doctrine n'est pas non plus limpide sur cette question (cf. U. Kieser, ATSG Kommentar, 3^e éd., Zurich 2015, art. 78 N 72ss).

2. Dans son arrêt, le Tribunal fédéral n'a pas non plus examiné de manière plus approfondie la question de savoir comment il fallait articuler les dispositions particulières de la LAMal et de la LPGA, en présence d'un conflit opposant fournisseur de prestations et assureur-maladie, alors même que la situation soulève différents problèmes.

En effet, selon les art. 1 al. 2 lit. e et 89 LAMal, les litiges entre assureurs et fournisseurs de prestations sont jugés par un tribunal arbitral, la procédure devant celui-ci n'étant toutefois pas réglée par la LPGA. Or, l'art. 78 al. 2 LPGA prévoit que l'autorité compétente rend une décision sur les demandes en réparation. Or, santésuisse n'est pas habilitée à rendre des

« décisions », au sens de l'art. 78 al. 2 LPGa, au surplus « motivées », selon l'art. 10 al. 1 LRCF et 35 al. 1 PA. En effet, il ne s'agit pas d'un assureur, selon l'art. 78a LAMal.

Dans sa décision du 4 mai 2006 précité (K 135/05 consid. 4.3 ; cf. aussi ATF 132 V 303 c. 4.5), le Tribunal fédéral des assurances avait précisé ce qui suit concernant la « décision » de santésuisse :

« La compétence de statuer sur la qualité de fournisseur de prestations admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins appartient en dernier ressort aux assureurs, en tant qu'organes chargés de l'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie. Toutefois, en confiant à santésuisse le mandat d'attribuer un code RCC au seul fournisseur de prestations admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins, les assureurs membres de la fédération lui ont en fait délégué l'obligation que leur fait la loi de contrôler si un fournisseur de prestations remplit les conditions pour pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins. (...) En d'autres termes, s'agissant de l'admission des fournisseurs de prestations, santésuisse exerce des fonctions spécifiques de droit public, en l'espèce celles prévues par le droit des assurances sociales. A cet égard, un code RCC n'est attribué que sur requête ; le rejet de la demande ne revêt aucun caractère contractuel, au sens du libre exercice par santésuisse d'une autonomie de droit privé, mais correspond bien plutôt à un acte unilatéral revêtant les caractéristiques d'un acte de puissance publique. En outre, les conditions juridiques et matérielles nécessaires à l'obtention d'un code RCC ressortissent toutes au droit public, plus précisément la loi fédérale sur l'assurance-maladie. Enfin, l'attribution d'un code RCC sert principalement des intérêts publics, soit ceux des acteurs du système de l'assurance obligatoire des soins, qu'il s'agisse de l'assureur, en tant qu'organe d'exécution prévu par le droit fédéral, de l'assuré ou du fournisseur de prestations. Ainsi, le dispositif mis en place concourt à un règlement transparent, efficace et peu onéreux des trafics financiers entre les différents protagonistes tout en assurant que les conditions matérielles fixées par la loi sont respectées. Dès lors, il y a lieu de considérer que la relation juridique nouée entre un fournisseur de prestations et santésuisse, suite à la demande du premier de se voir attribuer un code RCC par la seconde, ressortit au droit public et que ce rapport de droit trouve son fondement juridique dans la loi fédérale sur l'assurance-maladie. »

On est en droit de se demander si la prudence du Tribunal fédéral sur cette question (cf. consid. 3.3.3 de la décision du 2 février 2018) ne découle pas du fait que cette argumentation, valable peut-être en 2006, ne saurait forcément être reprise intégralement aujourd'hui.

Toutefois, il sied de préciser que, dans la décision du 4 mai 2006, il n'est aucunement fait mention d'une disposition de la LPGa, contrairement à l'arrêt du Tribunal fédéral du 2 février 2018.

3. Dans cette dernière décision, la Haute Cour ne s'arrête pas non plus sur la problématique découlant de l'art. 1 al. 2 lit. a LAMal qui prévoit pourtant que l'admission et l'exclusion des fournisseurs de prestations (art. 35 à 40 et 59) ne sont pas régies par les dispositions de la LPGa.

Or, dans l'arrêt du Tribunal fédéral du 2 février 2018, la justification de « l'action de droit administratif » déposée par le médecin réside dans sa non-admission en qualité de fournisseur de prestations, selon l'art. 36 al. 1 LAMal en particulier. Cette exclusion de l'application des

règles de la LPGA est logique, dès lors que les litiges opposant fournisseurs de prestations et assureurs-maladie doivent se régler devant le tribunal arbitral, selon l'art. 1 al. 2 lit. e LAMal.

Aussi, il peut paraître étonnant que l'art. 78 LPGA soit applicable dans le cadre d'une action en responsabilité opposant un médecin à santésuisse (qui n'est pas un assureur) au sujet des conséquences d'un refus d'admission à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins, alors même que l'art. 1 al. 2 lit. a LAMal prévoit expressément que les dispositions de la LPGA ne s'appliquent pas à l'admission des fournisseurs de prestations.

En tout état de cause, cette complexité a pour origine le fait que la LAMal ne connaît pas de procédure formelle d'admission pour les fournisseurs de prestations particuliers. Cette situation, certes admise en pratique depuis l'entrée en vigueur de la LAMal, n'est pas sans poser certains problèmes sous l'angle juridique, notamment sous l'angle procédural.

4. Sur le fond, l'art. 78 al. 4 LPGA renvoie aux art. 3 à 9 LRCF pour ce qui concerne les conditions d'application du régime de la responsabilité.

Aussi, la notion d'illicéité prévue à l'art. 78 al. 1 LPGA correspond à celle figurant à l'art. 3 al. 1 LRCF (ATF 133 V 14 c. 8.1 ; voir aussi ATF 137 V 76 c. 3.2). L'illicéité suppose la violation par l'Etat au travers de ses organes ou agents d'une norme protectrice des intérêts d'autrui en l'absence de motifs justificatifs (consentement, intérêt public prépondérant, etc.). L'illicéité peut d'emblée être réalisée si le fait dommageable découle de l'atteinte à un droit absolu (vie, santé ou droit de propriété). Si, en revanche, le fait dommageable consiste en une atteinte à un autre intérêt (par exemple le patrimoine), l'illicéité suppose que l'auteur ait violé une norme de comportement ayant pour but de protéger le bien juridique en cause.

Exceptionnellement, l'illicéité dépend de la gravité de la violation. C'est le cas lorsque l'illicéité reprochée procède d'un acte juridique (une décision, un jugement). Dans ce cas, seule la violation d'une prescription importante des devoirs de fonction est susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat. A cet égard, le fait de rendre une décision qui se révèle par la suite inexacte, contraire au droit ou même arbitraire ne suffit pas. L'illicéité n'est réalisée que si le juge ou le fonctionnaire a violé un devoir essentiel pour l'exercice de sa fonction. Ce sont donc les devoirs de fonction qui doivent protéger contre les dommages liés à un acte juridique erroné et non pas les normes du droit matériel lui-même que le juge ou le fonctionnaire est tenu d'appliquer.

Sur le fond, la décision du Tribunal fédéral doit être saluée. En effet, et comme le rappellent à juste titre les juges fédéraux, si le refus de prestations de l'assurance sociale, fondé sur une application erronée du droit ne relève en principe pas d'une illicéité au sens de l'art. 78 al. 1 LPGA, il doit en aller de même du refus d'admettre un fournisseur de prestations. Or, en l'espèce, au vu de la complexité et de l'imbrication de différentes dispositions légales, il ne pouvait être question, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal arbitral, d'une « position insoutenable » de santésuisse, qui aurait agi de manière arbitraire.

En effet, le refus d'attribuer un code RCC au médecin était fondé sur une interprétation de l'art. 36 LAMal en relation avec l'art. 39 OAMal et l'art. 2b LEPM (loi entre-temps abrogée). Santésuisse estimait que le médecin en question ne disposait pas d'un diplôme fédéral de médecine ou d'un titre étranger reconnu comme équivalent par l'autorité compétente, ce qui empêchait l'attribution du code RCC, étant donné que les dispositions déterminantes de la

LAMal et de son ordonnance d'exécution faisaient de la titularité d'un tel diplôme une condition de l'admission à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins.

Toute autre interprétation conduirait précisément à ce que tant la jurisprudence que la doctrine veulent éviter, à savoir le fait qu'une décision par la suite contraire au droit puisse suffire pour engager la responsabilité de son auteur.