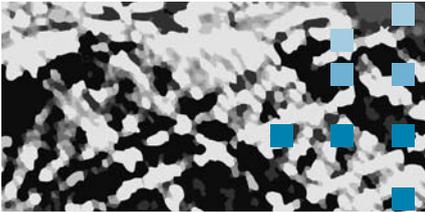




Nul n'est censé ignorer... comment faire face à l'accusation de polypragmasie



Rev Med Suisse 2008; 4: 2356-9

Coordination rédactionnelle :

Antonella Cereghetti et Odile Pelet
Avocatess au Barreau

Auteur :

Antonella Cereghetti
Avocate, diplômée en droit
européen (LLM)
Licenciée en sociologie
Rue du Grand-Chêne 4-8, 1002 Lausanne
acereghetti@r-associes.ch

Périodiquement, le spectre de la polypragmasie et son cortège de sanctions hantent les cabinets médicaux, et son usage récurrent est d'autant plus inquiétant pour les médecins qu'il est associé à des lettres peu amènes qui leur sont adressées par santésuisse, à des clauses particulières dans les contrats d'assurance de protection juridique qu'ils concluent, ou encore à quelque affaire pénale retentissante.

Inconnu du public – et la plupart du temps ignoré des juristes – le terme de polypragmasie a un caractère mystérieux qui renforce un climat de défiance, voire de dénigrement, qui fait du médecin au mieux un suspect, au pire un escroc. Il n'est donc pas inutile de commencer par un brin de sémantique.

Cet exercice est d'autant plus intéressant qu'il n'est pas sans surprise, car on constate très vite que les dictionnaires ne nous sont d'aucun secours et que ce mot ne figure ni dans le Petit Robert, ni dans le Larousse médical, ni même dans les dictionnaires juridiques. Pas trace non plus du terme de polypragmasie dans les textes légaux : pas une loi, une ordonnance ou un règlement qui en fasse mention. Ce n'est qu'à la lecture de la jurisprudence que l'on découvre la définition de ce qu'il faut bien appeler une curiosité de la terminologie juridique suisse.

NOTION DE POLYPRAGMASIE

Développée par la jurisprudence dès la fin des années 60,¹ cette notion est le corollaire du principe d'un contrôle du caractère économique des traitements posé par la LAMA et repris par l'article 56 de la LAMal,² dont le premier alinéa

prévoit que «le fournisseur de prestations doit limiter ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement».

Depuis lors, de nombreux arrêts ont été rendus sur cette question par le Tribunal fédéral des assurances, pour lequel «il y a polypragmasie (Überarzung) lorsqu'un nombre considérable de notes d'honoraires remises par un médecin à une caisse-maladie sont en moyenne sensiblement plus élevées que celles d'autres médecins pratiquant dans une région et avec une clientèle semblables, alors qu'aucune circonstance particulière ne justifie la différence de coût (ATF 119 V 453 consid. 4b et les références)».³

En d'autres termes, la polypragmasie vise une pratique médicale non économique ou non pertinente, qui peut relever aussi bien de la multiplication d'actes médicaux inutiles, que de consultations trop fréquentes, de surabondance de tests

LAMal – Section 6

Contrôle du caractère économique et de la qualité des prestations

Art. 56 Caractère économique des prestations

1 Le fournisseur de prestations doit limiter ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement.

2 La rémunération des prestations qui dépassent cette limite peut être refusée. Le fournisseur de prestations peut être tenu de restituer les sommes reçues à tort au sens de la présente loi. Ont qualité pour demander la restitution :

- a. l'assuré ou, conformément à l'art. 89, al. 3, l'assureur dans le système du tiers garant (art. 42, al. 1);
- b. l'assureur dans le système du tiers payant (art. 42, al. 2).

3 Le fournisseur de prestations doit répercuter sur le débiteur de la rémunération les avantages directs ou indirects qu'il perçoit :

- a. d'un autre fournisseur de prestations agissant sur son mandat;
- b. de personnes ou d'institutions qui fournissent des médicaments ou des moyens et appareils diagnostiques ou thérapeutiques.

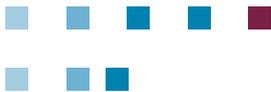
4 Si le fournisseur de prestations ne répercute pas cet avantage, l'assuré ou l'assureur peut en exiger la restitution.

5 Les fournisseurs de prestations et les assureurs prévoient dans les conventions tarifaires des mesures destinées à garantir le caractère économique des prestations. Ils veillent en particulier à éviter une répétition inutile d'actes diagnostiques lorsqu'un assuré consulte plusieurs fournisseurs de prestations.

1 Le premier arrêt mentionnant cette notion date du 31 décembre 1969 (K 24/69 du 31 décembre 1969).

2 Loi fédérale sur l'assurance maladie du 18 mars 1994 (RS 832.10).

3 Arrêt du 2 décembre 2005 (K 148/04).



de laboratoire, de prescriptions de pharmacie et de physiothérapie, ou encore d'examens radiologiques trop nombreux.

SANCTIONS POSSIBLES

Si elle est établie, la polypragmasie peut faire l'objet de sanctions financières, disciplinaires et/ou pénales, qui impliquent toutes, de lourdes conséquences.

Ainsi sur le plan financier, le fournisseur de prestations peut se voir refuser la rémunération qui dépasse «*la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement*», voire être tenu de restituer les sommes reçues à tort (art. 56 al. 2 et 59 al. 1 litt. b LAMal), y compris celles dont il n'a pas bénéficié directement, mais qui résultent des coûts qu'il a induits, tels que la pharmacie, le laboratoire ou la physiothérapie.

Hormis cette obligation de rembourser, le Tribunal arbitral peut également prononcer des sanctions disciplinaires telles que l'avertissement, l'amende, et l'exclusion temporaire ou définitive de toute activité à la charge de l'assurance obligatoire de soins (59 al. 1 litt. a, c, d LAMal).

Enfin, le médecin convaincu de polypragmasie peut également être l'objet de poursuites pénales, dont la nature dépendra de la gravité des actes commis et de leur qualification juridique. Selon les circonstances, l'infraction retenue pourra être spécifique avec l'article 92 lettre b LAMal, qui prévoit que «*celui qui aura obtenu pour lui-même ou pour autrui, sur la base de la présente loi, une prestation qui ne lui revient pas, par des indications fausses ou incomplètes ou de toute autre manière*»⁴ ou plus générale, avec les dispositions du Code pénal réprimant l'escroquerie (art. 146 CP).⁵ Pratiquement,

Quand la polypragmasie relève de l'escroquerie

Suite à de nombreuses plaintes de patients et de caisses-maladie, le docteur Z. était jugé pour avoir, plusieurs années durant, multiplié les examens inutiles et dispendieux, exagéré la fréquence des rendez-vous ou encore abusé de positions tarifaires, en surfacturant ses prestations et en diagnostiquant des affections aiguës dans de trop nombreux cas. Le Tribunal de première instance a retenu que le Dr Z. avait pratiqué la polypragmasie et la surfacturation de façon délibérée, par appât du gain et de manière systématique, en trompant les patients et les assureurs par des affirmations

mensongères. Il l'a condamné pour escroquerie, escroquerie par métier et gestion déloyale à une peine de dix-huit mois de prison, avec sursis pendant cinq ans. Le Tribunal cantonal vaudois a admis très partiellement le recours déposé par le Dr Z., en ce sens qu'il a considéré que dans la mesure où celui-ci n'avait pas une position de gérant économique, il ne s'était pas rendu coupable de gestion déloyale, mais uniquement d'escroquerie et d'escroquerie par métier. Il a donc réduit la peine à quatorze mois d'emprisonnement, avec sursis pendant cinq ans. Ce jugement a été confirmé par le Tribunal fédéral (Arrêt 6S.318/2006 du 4 avril 2007).

le renvoi d'un fournisseur de prestations devant la justice pénale est exceptionnel et la jurisprudence à ce sujet pratiquement inexistante. Toutefois, le Tribunal fédéral a récemment eu l'occasion de confirmer une condamnation pour escroquerie par métier dans le cas d'un médecin qui avait, plusieurs années durant, multiplié les examens inutiles, exagéré la fréquence des rendez-vous et abusé de positions tarifaires.⁶

DE L'ARTICLE 76 LAMAL À LA COMMISSION PARITAIRE ET AU TRIBUNAL ARBITRAL

En théorie, l'exigence d'économicité des traitements concerne tous les fournisseurs de prestations. Cependant, dans la pratique, les procédures de contrôle et les sanctions prononcées ne visent que les médecins libres praticiens et ceux-ci peinent à comprendre les reproches qui leur sont faits, tant ils reposent sur une procédure et des critères qui leur sont étrangers ou obscurs. Aussi, avant d'examiner quelques pistes possibles pour se défendre d'une accusation de polypragmasie, il n'est pas inutile de décrire brièvement la procédure.

A son article 76, l'ordonnance d'application de la LAMal⁷ confère expressément aux assureurs la compétence en matière d'examen du caractère économique des prestations, et la possibilité pour ceux-ci de traiter en commun les données relatives au genre et à l'étendue des prestations fournies par les différents fournisseurs de prestations, ainsi qu'aux rémunéra-

tions facturées pour ces prestations. C'est en se fondant sur cette disposition que les assureurs maladie ont délégué cette tâche à leur organisation faitière, santésuisse,⁸ qui a mis sur pied un organe appelé pompeusement «*centre de compétences*», et dont le but est de centraliser les données et d'unifier les procédures à l'échelle nationale.⁹

La procédure de contrôle instaurée par santésuisse se déroule en plusieurs étapes. Elle débute par l'établissement d'une liste de médecins dits «*suspects*», soit ceux dont le coût moyen par patient dépasse de 30% la moyenne du groupe de référence. Elle se poursuit avec l'évaluation, par santésuisse, du caractère justifié ou non de ce coût, évaluation qui conduit soit au classement sans autre, soit à l'envoi d'une *lettre de mise en garde* invitant le praticien à justifier cet écart ou à revoir sa structure de coûts dans le délai d'une année.

Si la situation est inchangée lors du contrôle ultérieur, santésuisse adresse alors au praticien concerné une *lettre d'avertissement* le mettant, cette fois-ci, en demeure de justifier l'écart de coûts constaté ou de changer sa pratique, à défaut de quoi il s'expose à des sanctions, qui, on l'a vu, peuvent être de plusieurs types.

Enfin, lorsque la lettre d'avertissement n'a pas les effets souhaités par santésuisse, le praticien concerné s'expose à une *demande en remboursement*, soit par le biais de la commission paritaire – lorsqu'elle existe – soit par une procédure judiciaire devant le Tribunal arbitral.

4 Une telle infraction constitue un délit, qui se prescrit par sept ans. Elle est punie d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au plus ou d'une amende.

5 Une telle infraction constitue un crime qui se prescrit par quinze ans. Elle est punie d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire pouvant aller jusqu'à 360 jours-amende. Si l'auteur fait métier de l'escroquerie, il sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire de 90 jours-amende au moins.

6 Arrêt 6S.318/2006 du 4 avril 2007.

7 Ordonnance concernant l'entrée en vigueur et l'introduction de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance maladie (RS 832.101).

8 Anciennement appelé Concordat des caisses-maladie suisses.

9 Les procédures de contrôle d'économicité dans leur forme actuelle ont été approuvées par le Conseil d'administration de santésuisse dans sa séance du 14 avril 2003.

En réalité, ces cas sont peu nombreux, mais lorsqu'une telle procédure est engagée, elle est extrêmement coûteuse, car le fournisseur de prestations incriminé se voit réclamer non seulement la restitution de ses propres honoraires, mais également celles des coûts indirects qu'il a générés. Même si la doctrine juridique se montre très critique sur cette manière de faire,¹⁰ le Tribunal fédéral a cependant admis l'existence d'une base légale permettant le remboursement des frais in-duits.¹¹

MÉTHODES DE CONTRÔLE D'ÉCONOMICITÉ...

Le Tribunal fédéral reconnaît deux méthodes pour établir l'existence de la polypragmasie : la méthode statistique et la méthode analytique.

La méthode statistique (ou méthode de comparaison des coûts moyens) consiste à comparer la statistique des frais moyens de traitement auprès du médecin en cause avec celle qui concerne les traitements auprès d'autres médecins qui travaillent dans des conditions semblables, pourvu que la comparaison s'étende sur une période assez longue et que les éléments statistiques soient rassemblés de manière analogue.¹² La méthode analytique consiste quant à elle à examiner concrètement toutes les rubriques d'une note d'honoraires en vue de constater si les mesures diagnostiques entreprises sont justifiées.¹³ Par ailleurs, la jurisprudence admet parfois une combinaison de ces deux méthodes.

Les tribunaux arbitraux sont libres de choisir la méthode d'examen qu'ils entendent appliquer. Cependant, en pratique,

Procédures de contrôle d'économicité de 2003 à 2005					
Données de santésuisse.					
Année statistique	Médecins libres praticiens	Nombre de cas dépassant 30% de moyenne	Lettres de mise en garde	Entretiens	Code pénal/tribunal
2003	14 900	1265 (8,5%)	398 (2,7%)	83 (0,6%)	55 (0,4%)
2004	15 200	2074 (13,6%)	934 (6,1%)	82 (0,5%)	97 (0,6%)
2005	15 300	2581 (16,9%)	740 (4,8%)	191 (1,2%)	88 (0,6%)

la préférence est donnée à la méthode statistique.¹⁴ Ainsi, pour calculer le coût moyen par patient, les statistiques de santésuisse prennent en considération des coûts directs (le médecin lui-même) et indirects (physiothérapie, laboratoire, médicaments), puis les comparent avec le coût moyen d'un groupe de référence, soit en principe le groupe des praticiens de la même spécialité dans le même canton.¹⁵

... ET MOYENS D'EN CONTESTER LES RÉSULTATS

Les médecins «suspectés» ne sont cependant pas totalement dépourvus de moyens pour faire face aux accusations de polypragmasie dont ils font l'objet. En effet, non seulement la méthode statistique est en elle-même discutable, car elle ne permet pas de tenir compte de critères relatifs à la qualité des soins, mais santésuisse utilise une méthode qui lui est propre et qui ne répond pas toujours à la définition qui en est donnée par le Tribunal fédéral. Elle a d'ailleurs fait l'objet de très nombreuses critiques, tant dans les milieux médicaux, que dans les milieux juridiques et politiques.¹⁶ Même si celles-ci n'ont pas eu beaucoup de résultats visibles, elles ont néanmoins permis de définir un certain nombre de principes jurisprudentiels et de tracer les contours de l'obligation de rembourser des médecins accusés de polypragmasie.

DONNÉES UTILISÉES

Tout d'abord, les chiffres indiqués doivent être examinés avec soin et comparés avec sa propre comptabilité et/ou avec les données de son organisme professionnel. D'une part, quoiqu'en disent les représentants de santésuisse, les données utilisées contiennent souvent des erreurs et d'autre part, si elles incluent les franchises et les quotes-parts des

assurés, elles ne tiennent en revanche pas compte des factures qui n'ont pas été adressées à l'assurance (par exemple parce que la franchise n'était pas atteinte ou parce que le patient a payé lui-même la consultation), ni de celles qui ont été prises en charge par une autre assurance sociale ou par les assurances complémentaires. Selon la spécialité pratiquée et le type de patientèle, ces éléments peuvent conduire à corriger la statistique de manière significative.

GROUPE DE COMPARAISON

Ensuite, il convient d'analyser en détail son groupe de comparaison, afin de pouvoir, cas échéant, en contester la composition ou montrer qu'elle est susceptible de justifier un écart de coût moyen plus important que la marge de 30% admise. La composition des groupes de référence – ou de comparaison – est parfois sujette à caution. Certains groupes peuvent être constitués d'un nombre très réduit de praticiens, de sorte que leur représentativité n'est guère fiable. D'autres sont composés de médecins d'une même spécialité, mais de formations, d'expériences et de pratiques différentes, qui rendent la comparaison dénuée de pertinence. Tel est par exemple le cas d'un groupe de référence d'internistes qui comprend un nombre significatif d'urgentistes qui pratiquent dans des permanences ou d'un groupe de référence de psychiatres composé de médecins pratiquant la psychothérapie analytique et de médecins plus axés sur la thérapie psychosociale.

PARTICULARITÉ DE LA PATIENTÈLE ET INDICE ANOVA

Pour justifier le dépassement de son coût moyen par rapport au groupe de référence, le médecin mis en cause peut encore se fonder sur les particularités de

10 Voir notamment Monica Gattiker, Veranlasste Kosten – Einbezug in die Forderungen wegen Überarztung nach Art. 56 Abs. 2 KVG? in *AJP/PJA* 9/2005, p. 1098 et ss.

11 Pour en savoir plus : Valérie Junod, Polypragmasie, analyse d'une procédure controversée, in *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale* 40-2008, p. 129ss.

12 K 148/04 du 2 décembre 2005, consid. 3. 3. I.

13 ATF 119 V 448, sp. 454; RAMA 1987 n° K 749 pp. 349-51.

14 Consid. 6.1 non publié de ATF 130 V 377; K 148/04 du 2 décembre 2005.

15 A l'heure actuelle, il y a 44 groupes de référence, classés par spécialités FMH.

16 André Dubey et François Dufresne, Etude du contrôle du caractère économique des traitements basé sur les statistiques du Concordat des assureurs maladie suisses, Institut de sciences actuarielles, HEC Lausanne, 2000. Interpellation Teuscher du 18.06.2004 (04.3392); Postulat Heim du 09.03.2005 (05.3058).



sa pratique. Il peut ainsi tenter de démontrer qu'il traite plus de «cas lourds» que ses confrères (par exemple, patients VIH, toxicomanes ou malades psychiques), que la moyenne d'âge de ses patients est élevée ou encore qu'il pratique dans une région particulièrement exposée à certains risques. En effet, pour juger du caractère économique d'un cabinet médical, la différenciation de la patientèle en fonction de la structure et de la morbidité des patients¹⁷ n'est pas prise en compte, ou ne l'est qu'imparfaitement.

A cet égard, il convient de relever que, face aux nombreuses critiques formulées à ce sujet, santésuisse utilise, depuis 2004, un outil statistique intitulé ANOVA (analyse de la variance), en indiquant qu'il permet de tenir compte de l'âge et du sexe des patients, ainsi que du canton dans lequel pratique le médecin concerné par l'évaluation. Cependant, comme le relève Valérie Junod, auteur d'un article très complet sur la polypragmasie,¹⁸ cet outil est une véritable boîte noire dont on ne connaît ni les bases méthodologiques, ni le fonctionnement, de sorte que sa fiabilité scientifique ne peut être évaluée. Au demeurant, cet outil et son utilisation n'ont, à notre connaissance, pas été validés par le Tribunal fédéral, de sorte que la porte reste ouverte pour en contester le bien-fondé lors d'une procédure judiciaire.

ACCORD DES MÉDECINS-CONSEILS DES CAISSES

Il est également possible de faire échec à une procédure de remboursement lorsque les traitements sont conduits avec l'accord des médecins-conseils des caisses. Le Tribunal fédéral a en effet considéré qu'un tel accord porte également sur le caractère économique du traitement.¹⁹ S'il ne concerne pas tous les praticiens, cet argument peut néanmoins trouver tout son sens pour certains spé-

cialistes dont les coûts moyens par patient s'approchent ou dépassent la marge de 30% admise, en particulier pour les psychiatres pratiquant la psychothérapie analytique et qui ont l'obligation de demander l'accord du médecin-conseil après dix séances.

VIOLATION DES RÈGLES SUR LA PROTECTION DES DONNÉES

Ce tour d'horizon des moyens à disposition des médecins pour faire face à l'accusation de polypragmasie ne saurait se clore sans évoquer la protection des données.²⁰ A notre sens, les principes qui régissent cette dernière sont violés à plusieurs égards par la procédure de contrôle mise en place. En effet, dans la mesure où la LAMal relève du droit public, santésuisse est soumise aux mêmes règles que les organes fédéraux et doit respecter les principes légaux relatifs au traitement de données personnelles,²¹ soit notamment permettre le droit d'accès de la personne visée aux données

qui la concernent et, en cas d'inexactitude, le droit d'en requérir la modification.

Or jusqu'ici, santésuisse s'est toujours refusée à communiquer aux personnes concernées les données utilisées pour l'établissement de ses statistiques et à faire toute la lumière sur le fonctionnement et les bases méthodologiques utilisés pour les traiter.²² On peut dès lors espérer que les outils légaux fournis par la loi sur la protection des données permettent également de faire échec à une procédure judiciaire.

Il faut bien admettre que la démarche de justification engendrée par les mises en garde et les avertissements de santésuisse, est particulièrement déplaisante. Sur le fond, on ne peut que souhaiter que les procédures de contrôle d'économicté intègrent des critères de qualité à leur évaluation. Cependant, en attendant, le médecin «suspecté» n'est pas totalement dépourvu de moyens pour traverser la tourmente que peut représenter une procédure pour polypragmasie. Il est bon de le rappeler et de se le rappeler.

17 Appelée aussi le case-mix.

18 Valérie Junod, op. cit. (n. 11).

19 Arrêt du 23 avril, in RAMA 4/1999.

20 Loi sur la protection des données (RS 235.1).

21 Par traitement des données, l'article 3 f de la Loi sur la protection des données entend «toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction des données».

22 Indice ANOVA.