

L'assureur-maladie et l'État

Résumé de thèse de doctorat

FABIEN DUTOIT*

MOTS-CLÉS Caisse-maladie – Assurance obligatoire des soins – Assurances complémentaires – Monopole – Groupe de sociétés – Autorité de surveillance

I. Introduction

L'assurance obligatoire des soins prend en charge des prestations listées dans un catalogue exhaustif et selon des critères définis par la loi. Elle cohabite avec les couvertures complémentaires qui permettent d'obtenir des prestations supplémentaires¹. La thèse de doctorat présentée ici se trouve au point de contact de ces deux types d'assurance-maladie². Il s'agit de comprendre leur existence parallèle et leur destinée parfois commune.

Avec cet objectif, un postulat joue le rôle de fil conducteur de la recherche entreprise: l'assurance-maladie repose sur deux conceptions différentes, ce qui, parfois, dessert ses buts. Pour confirmer ou infirmer l'hypothèse initiale, quatre thématiques sont explorées. Ainsi, buts, tâches publiques, organisation et surveillance forment les différentes parties de cette thèse de doctorat, reprises dans ce résumé.

II. Buts de l'assurance-maladie

La dimension politique du droit public implique le recours à des moyens d'intervention, des règles de droit, pour atteindre un certain résultat dans un segment de la vie sociale³. Le but est le résultat recherché dans le domaine

d'intervention visé. Il prend parfois place dans le texte de la loi, du moins en partie, à l'image de la LSA⁴, ou peut être explicité par le droit prétorien. Ainsi, la jurisprudence relative à l'art. 117 Cst. précise le but que doit poursuivre l'assurance-maladie: il s'agit de permettre à l'ensemble de la population de bénéficier de soins de santé adéquats à des coûts abordables⁵. La portée de cet objectif dépasse la stricte mise en œuvre de l'assurance-maladie sociale⁶. Ce but a une dimension transversale, car il questionne les limites de l'assurance obligatoire des soins en interrogeant la compatibilité de réglementations déployant des effets sur celle-ci, mais qui reposeraient sur d'autres compétences législatives.

Le Tribunal fédéral l'a, par exemple, montré dans un arrêt qui concerne une réglementation cantonale neuchâteloise soumettant à autorisation l'acquisition d'appareils médicaux lourds. Dans cette affaire, deux instituts de radiologie privés souhaitaient s'équiper d'appareils d'imagerie particulièrement onéreux. Les juges ont questionné la perméabilité du financement de ces équipements. Que ces établissements pratiquent ou non à la charge de la LAMal, la mise sur le marché de telles machines entraîne la sous-utilisation d'autres appareils. En conséquence, même si les coûts d'achat sont pris en charge par des assureurs-maladie complémentaires et

* Greffier à la Cour des assurances sociales du tribunal cantonal vaudois, proposé pour le titre de docteur en droit. Cette contribution est publiée sous une licence Creative Commons. DOI de cet article: 10.3256/978-3-03929-042-0_16.

¹ Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10).

² FABIEN DUTOIT, *L'assureur-maladie et l'État. Tâches publiques, organisation et surveillance en matière d'assurance obligatoire des soins et de couvertures complémentaires au regard de leurs buts*, à paraître fin 2023.

³ PIERRE MOOR, *AJP/PJA* 4/2013, Instrumentalisation du droit public, unité de l'ordre juridique et sujet de droit, 767.

⁴ Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (RS 961.01) ; sur les buts, voir spécialement l'art. 1 al. 2 LSA.

⁵ Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (RS 101) ; Traduction libre de l'ATF 135 V 443, c. 3.4: « Das Ziel des KVG besteht in erster Linie darin, durch eine obligatorische soziale Krankenversicherung der gesamten Bevölkerung eine ausreichende medizinische Versorgung zu tragbaren Kosten zu gewährleisten ».

⁶ Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (RS 832.10), l'assurance-maladie sociale comprend l'assurance obligatoire des soins et l'assurance facultative d'indemnités journalières. Seule la première intéresse cette recherche.

des fonds hors assurance, des conséquences financières négatives peuvent se faire sentir sur l'assurance sociale et contrarier son objectif de permettre l'accès à des soins à coûts abordables. Ainsi, le Tribunal fédéral se demande si l'art. 117 Cst. fonde une compétence sur l'ensemble du système de soins lorsque des effets se font sentir sur l'assurance-maladie sociale. Toutefois, il ne répond pas à son interrogation, en raison de l'absence d'effets sur la cause⁷.

III. Tâches de l'État en matière d'assurance-maladie

Le postulat initial de la recherche mérite d'être rappelé: l'assurance-maladie repose sur deux conceptions différentes, ce qui, parfois, dessert ses buts. Pour faire la démonstration des paradigmes divergents qui sous-tendent assurance obligatoire des soins et couvertures complémentaires, l'explicitation des origines de l'assurance-maladie et de la nature du rôle de l'État sont d'une aide précieuse.

La législation actuelle en matière d'assurance-maladie est le fruit d'une longue évolution. Dès le XIX^e siècle, les caisses de secours se sont généralisées. Il s'agissait d'institutions privées à but non lucratif souvent liées à des corporations professionnelles. En parallèle à leur développement, l'assistance publique communale prenait en charge les soins des personnes indigentes. En 1890, l'assurance-maladie est devenue une compétence de la Confédération aux côtés de l'assurance-accidents, compétence qui a conduit à l'adoption de la LAMA⁸. Dans les années 1930, l'assurance-maladie complémentaire privée s'est développée. Celle-ci complétait alors l'activité des caisses de secours, désormais intégrées à la mise en œuvre de l'assurance sociale. Le modèle d'encouragement à l'assurance de la LAMA imposait des obligations minimales, comme l'ouverture aux femmes et la prise en charge de certains soins. En contrepartie, les caisses qui s'y soumettaient bénéficiaient de subventions. La liberté caractérisait en revanche l'assurance complémentaire⁹.

Avec l'adoption de la LAMal, l'assurance étatique n'est plus seulement « sociale », mais aussi « obligatoire ». Celle qui était appelée l'« assurance-maladie sociale » est désormais devenue l'« assurance obligatoire des soins ». La loi a également introduit une distinction claire avec les couvertures complémentaires du point de vue des prestations. L'assurance privée peut proposer uniquement ce que l'assurance obligatoire n'offre pas, à l'image de certaines prestations en cas d'hospitalisation, comme le libre choix du médecin ou une chambre privée¹⁰. Ces modèles apparaissent donc opposés, mais ils n'en demeurent pas moins interdépendants. Ils sont les deux faces d'une même pièce, comme l'illustre le risque visé : la maladie. L'assurance obligatoire des soins et les assurances privées ont en commun, selon l'opinion soutenue dans la recherche, de recourir à la définition de la maladie de l'art. 3 LPGA¹¹. En effet, les conditions générales des assurances complémentaires s'interprètent selon les principes du droit des obligations. Or, il apparaît difficilement envisageable de considérer une commune et réelle intention des parties qui dérogeraient à la LPGA. Cette affirmation a une portée pratique considérable, car l'assurance complémentaire suit des règles spécifiques, notamment en matière de surveillance.

Cette différence dans les prestations s'explique par la nature du rôle de l'État et la place laissée à l'initiative privée dans ces deux régimes. L'assurance obligatoire des soins prend la forme d'un monopole de droit indirect de politique sociale dont l'objet tient dans la délivrance d'une prestation de service public. Il s'agit donc d'une tâche de l'État qui a pour corollaire nécessaire un certain contrôle de sa mise en œuvre. L'assurance complémentaire est une activité économique privée ayant une dimension de politique sociale. Si les formulations semblent proches, l'État se limite à une fonction de surveillance dans l'assurance complémentaire. Le rôle de la collectivité apparaît ainsi fondamentalement différent selon les régimes.

IV. Organisation des assureurs

Les deux formes d'assurance-maladie répondent à des logiques opposées, mais interdépendantes. Une fois ce constat dressé, il faut apprécier la manière dont il imprègne la législation en matière d'organisation des assureurs. Ce domaine est d'un intérêt particulier, car si la

⁷ ATF 140 I 218, c. 5.7.

⁸ Loi fédérale du 13 juin 1911 sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, abrogée (RO 29 351) ; Bibliothèque de la Ville de La Chaux-de-Fonds, Sociétés d'entraide et de secours mutuels. Quelle organisation avant les assurances sociales ?, 2012.

⁹ JACQUES CLERC, Assureurs privés et assurance-maladie, in: Pierre Gilliard (dir.), Assurance-maladie, quelle révision?, Suisse 1889-1989, cent ans déjà!, Lausanne 1990, 261 ; Message du 10 décembre 1906 du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant les assurances contre les maladies et les accidents, FF 1906 VI 213, 231 ss.

¹⁰ Message du 6 novembre 1991 concernant la révision de l'assurance-maladie, FF 1992 I 77, 105.

¹¹ Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1).

séparation des prestations semble désormais claire, le régime juridique applicable aux entreprises d'assurance demeure plus incertain. Les deux formes d'assurance-maladie ne connaissent pas de séparation institutionnelle stricte. Ainsi, les deux activités peuvent coexister au sein d'une unique personne morale ou d'un groupe¹².

Leur cohabitation au sein d'une seule personne morale soulève nombre de difficultés. Les formes juridiques admissibles pour une caisse-maladie ou un assureur complémentaire en sont un bon exemple, puisque les réglementations consacrent des solutions incompatibles. Une caisse-maladie peut prendre la forme d'une association, mais tel n'est pas le cas d'un assureur privé soumis à la LSA. En matière de but lucratif de l'activité, les logiques apparaissent également antagonistes, car une caisse-maladie ne peut pas réaliser de bénéfices et les redistribuer, quelle que soit l'activité déployée. En revanche, un assureur privé peut commercialiser des produits d'assurance dans le but de réaliser des profits, dont des couvertures complémentaires, tout en proposant en parallèle l'assurance obligatoire des soins dans un but non lucratif. Cette recherche montre le caractère obsolète de cette règle. Il suffirait à une caisse-maladie de cesser de se qualifier comme telle pour devenir un assureur privé et se départir des contraintes pesant notamment sur sa pratique de l'assurance complémentaire.

Un groupe peut réunir des sociétés proposant des assurances complémentaires avec d'autres personnes morales, pratiquant l'assurance obligatoire des soins. Cette possibilité soulève nombre de difficultés. En matière de groupe d'assurance-maladie, le Tribunal fédéral a considéré que les prêts internes étaient admissibles. Ils ne constituent pas des subventionnements croisés dans la mesure où ils sont conformes aux conditions du marché¹³. Dans l'hypothèse où de telles opérations seraient interdites, par hypothèse parce qu'elles seraient jugées contraires au principe de neutralité concurrentielle de l'État, les avantages à réunir plusieurs assureurs dans une organisation unique demeurent incontournables. Par exemple, nombre de groupes d'assurances font de la publicité sous une raison de commerce unique ou centralisent leur administration. L'enjeu tient alors dans la clé de répartition des coûts, or, à ce sujet, la loi ne dit presque rien¹⁴.

Pourtant, le groupe est au cœur de défis futurs potentiellement importants. Les organisations intégrées de soins pourraient constituer un modèle de plus en plus fréquent¹⁵. De telles entités ne réuniraient alors plus seulement l'assurance obligatoire des soins et les couvertures complémentaires au sein d'une organisation unique. Le groupe comprendrait aussi des cliniques, hôpitaux publics ou cabinets médicaux collectifs dans le but de proposer des modèles alternatifs d'assurance-maladie. Alors, il ne s'agira plus de coordonner au sein d'un groupe les réglementations de l'assurance sociale et de l'assurance privée, mais d'y ajouter celles relatives à l'organisation et la surveillance des établissements de soins.

V. Surveillance des assurances

La surveillance des assureurs-maladie jouit également d'un intérêt certain, car elle est sous-tendue par deux lois à la conception similaire, la LSA et la LSAMal. Toutefois, il existe entre elles nombre de différences qui résultent des paradigmes opposés de l'assurance obligatoire des soins et des couvertures complémentaires.

En pratique, l'autonomie des autorités de surveillance compétentes en la matière est sans commune mesure. Le pouvoir de contrôler les assureurs complémentaires appartient à la FINMA. Il s'agit d'une entité de droit public dotée d'une personnalité juridique propre qui « exerce son activité de manière autonome et indépendante »¹⁶. Ce principe interdit en particulier à l'administration centrale et à l'exécutif de donner des instructions à cette autorité dans une affaire déterminée ou de se saisir d'un dossier, en dérogation à la LOGA¹⁷.

En matière d'assurance obligatoire des soins, la surveillance des caisses-maladie est une prérogative de l'OFSP (Office fédéral de la santé publique). Il s'agit d'un office, par définition, pleinement intégré à l'administration centrale. Il n'existe dans ce domaine aucune dérogation au pouvoir hiérarchique du chef de département et de son

¹² Voir art. 2 al. 2 et 3 LSAMal.

¹³ ATF 135 V 39, c. 7.4.4 ; art. 44 al. 1 LSAMal et 66 OSAMal (respectivement loi fédérale du 26 septembre 2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale [RS 832.12], et ordonnance du 18 novembre 2015 sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale [RS 832.121]).

¹⁴ Art. 19 al. 1 et 44 LSAMal et 66 OSAMal.

¹⁵ Voir le cas du « Réseau de l'Arc SA » (Communiqué de presse commun du canton de Berne, de Swiss Medical Network et de Visana, Changement de paradigme dans le système de santé suisse. Première organisation de soins intégrés de Suisse pour la région de l'Arc Jurassien, du 28 octobre 2022, en ligne: <https://www.be.ch/fr/start/dienstleistungen/medien/medienmitteilung.html?newsID=c081254c-acab-4acb-97e2-959f230b11a0> [consulté le 26 mai 2023]).

¹⁶ Art. 21 LFINMA (Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers [RS 956.1]).

¹⁷ Spécialement à ses art. 38 et 47 LOGA (Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [RS 172.010]).

administration. Le projet d'une personne morale indépendante a bien accompagné le projet de la LSAMal. Toutefois, l'idée a été accueillie froidement par les défenseurs des intérêts des assurés et des assureurs, lors de la procédure de consultation¹⁸. Elle a donc été abandonnée.

Les différences entre ces deux types de surveillance concernent aussi les instruments à disposition de l'autorité. Le régime d'autorisation illustre ces paradigmes opposés. La LSAMal comme la LSA exigent que l'activité, respectivement garantisse ou sauvegarde l'intérêt des assurés. Si la formulation est presque identique, il n'en va pas de même pour les effets. Il s'agit d'une conséquence de la nature de l'acte juridique permettant l'accès à l'activité et, plus largement encore, de l'activité elle-même. L'assurance privée nécessite une pure autorisation de police¹⁹. Son obtention est un droit. Ainsi, la notion de sauvegarde des intérêts des assurés exprime seulement une marge d'appréciation au bénéfice de l'autorité. L'accès à la pratique de l'assurance obligatoire des soins repose sur une autorisation *sui generis*. Cet acte juridique se rapproche d'une concession, faisant de la garantie de l'intérêt des assurés, selon l'opinion soutenue dans la recherche, une véritable condition d'accès, lui conférant une dimension discrétionnaire.

VI. Conclusion

En conclusion, il convient de revenir au fil d'Ariane de la thèse de doctorat: l'assurance-maladie repose sur deux conceptions différentes, ce qui, parfois, dessert ses buts.

En effet, l'assurance obligatoire des soins repose sur une conception différente de celle des couvertures complémentaires. Il convient également de constater que la cohabitation des deux types d'assurance-maladie présente un certain nombre d'écueils. En revanche, la nature différente de ces deux formes d'activités, à savoir monopole de l'État contre libre initiative privée, n'explique pas tout. Souvent, les défauts de la législation résultent de l'absence de coordination de l'ensemble. Certaines dispositions peuvent être améliorées. Ainsi, les conclusions de cette thèse de doctorat ne manquent pas de faire quelques propositions législatives. Enfin, ces critiques ne doivent pas masquer les défis qui naissent de la mise en œuvre de ces règles, notamment lorsque des groupes d'assurance-maladie sont concernés.

¹⁸ OFSP, Loi fédérale concernant la surveillance de l'assurance-maladie sociale, Résumé des résultats de la consultation, juillet 2011, 38 ss.

¹⁹ Arrêt du TF, 2C_94/2012 du 3.7.2012, c. 2.7.