

Expertise concernant la surveillance de « santésuisse »

Prof. René Rhinow  
docteur en droit

Professeur ordinaire de droit  
public à l'Université de Bâle

Prof. Regula Kägi-Diener  
docteur en droit

Professeur titulaire de droit  
public l'Université de St-Gall

## Expertise

concernant la surveillance de  
« santésuisse »

rédigée à l'attention de

Consano - Association pour une médecine  
sociale et équitable

07.11.2006

Contact :

Cabinet juridique Hälg & Kägi-Diener  
Marktgasse 14  
9004 St-Gall

kaegi-diener.rechtsanwaeltin@bluewin.ch  
Tél. 071 223 81 21, fax: 071 223 81 28

## **Table des matières**

### **I. INTRODUCTION**

1. Situation initiale
2. Données du problème

### **II. TRAITEMENT DÉTAILLÉ**

#### **1. Généralités concernant la situation juridique**

- a) Le système de santé: une tâche publique
- b) La place des caisses-maladie
- c) Les effets juridiques de la délégation
- d) Type de contrôle et cadre juridique

#### **2. Traitement détaillé des différentes questions**

- a) Peut-on soustraire des domaines d'activités des caisses-maladie à la surveillance de l'Etat en les déléguant à l'association ?
- b) Effets d'une délégation illicite
- c) Procédure en cas de surveillance
- d) Un tiers (l'association de branche dans le cas présent) est-il tenu de tolérer l'intervention de l'autorité de surveillance ?
- e) Intervention de l'association de branche dans une campagne électorale

### **III. RÉCAPITULATION**

**ANNEXE** : Liste des abréviations

## **I. Introduction**

### **1. Situation initiale**

La loi fédérale sur l'assurance-maladie de 1996 (LAMal) charge les caisses-maladie privées de pratiquer l'assurance-maladie sociale (assurance de base, cf. art. 1 LAMal) (art. 4 et 11 LAMal). Les caisses-maladie sont soumises à un régime juridique particulier, notamment en ce qui concerne le traitement des assurés, l'organisation et la sécurité financière. Une autorisation étatique (contrôle des conditions à remplir dans le cadre de la délivrance ou du retrait de l'autorisation, art. 13 LAMal) garantit le respect de ces dispositions. Le Conseil fédéral doit par ailleurs surveiller la mise en œuvre de l'assurance-maladie (en général) (art. 21

LAMal) ; dans ce but, il mène une surveillance de l'assurance-maladie sociale conformément à la loi et à l'ordonnance correspondante de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP).

Depuis la fin du 19<sup>e</sup> siècle, les caisses-maladie ont collaboré entre elles dans certains domaines : d'abord dans le cadre d'une association de libre passage créée en 1891 en Suisse orientale ; plus tard, dès 1924, le Concordat des caisses-maladie s'est développé et professionnalisé. L'organisation qui lui succède en 2002 est l'association de branche « santésuisse » présente à l'échelon national. Les caisses-maladie lui délèguent certaines tâches ; cette association se définit elle-même comme une entreprise de services et un organe de défense des intérêts. Tandis que les caisses-maladie sont soumises à la surveillance de l'Etat, l'OFSP a refusé d'étendre sa surveillance à « santésuisse ». Il considère en effet que cette surveillance ne concerne que les caisses-maladie, et non l'association.

## **2. Données du problème**

C'est dans ce contexte que la Consano s'est adressée aux auteurs de la présente expertise. La Consano est une association privée qui s'est fixé comme objectif d'établir un dialogue constructif pour améliorer l'état du système de santé suisse. La Consano souhaite éclaircir les différentes questions suivantes :

- a) peut-on soustraire des domaines d'activités des caisses-maladie au contrôle de l'Etat en les déléguant à l'association ?
- b) « santésuisse » devra-t-elle, le cas échéant, admettre la surveillance à son encontre ?
- c) Est-il admissible de la part de « santésuisse » d'utiliser des fonds provenant des caisses-maladie pour financer une campagne électorale ? Cette démarche est-elle admissible dans la mesure où le résultat de la votation pourrait menacer l'existence des caisses-maladie ?

## **II. TRAITEMENT DÉTAILLÉ**

### **1. Généralités concernant la situation juridique**

#### **a) Le système de santé : une tâche publique**

##### **aa) Le système de santé comme élément de l'Etat social**

La Suisse se veut un Etat de droit libéral et social ; cette volonté s'exprime au plan juridique dans le but étatique fondamental de promouvoir la « prospérité commune » (art. 2, al. 2 de la Constitution [CF]). Cette « prospérité commune » inclut également le système de santé. Celui-ci occupe une place de plus en plus importante dans le bien-être de l'homme moderne ; facteur économique majeur, il constitue par ailleurs un indicateur de la compétitivité et de l'état d'une société. Au plan juridique, le système de santé est confié en partie à la Confédération, en partie aux cantons - surtout pour la mise en œuvre. Les raisons de cette structure compliquée sont à rechercher principalement dans l'évolution historique puisque les soins de santé se sont développés de bas vers le haut.<sup>1</sup> Elles résultent également de la conception fédéraliste sur la manière de réaliser des objectifs étatiques.

##### **bb) L'assurance-maladie comme tâche publique**

Toute une série de dispositions constitutionnelles normalisent directement ou indirectement l'Etat social. Au niveau de la Confédération, l'Etat social est notamment mis en œuvre par des solutions d'assurance (mais pas exclusivement). Ces assurances expriment le principe de solidarité et garantissent en même temps une sécurité au niveau supra-individuel en cas de besoin. En 1890, la Confédération s'est vu attribuer la compétence et la mission de légiférer dans le domaine de l'assurance-maladie (art. 34bis CF)<sup>2</sup>. Très tôt, elle en fait usage, mais laisse la mise en œuvre de l'assurance-maladie aux organismes privés. Tandis que la Confédération instaure ses propres assurances en matière de prévoyance vieillesse et, dans une grande mesure également, de prévoyance accidents, elle continue de s'appuyer aujourd'hui encore sur les structures existantes de la prévoyance privée.

C'est pourquoi on est en présence ici de l'une des situations assez fréquentes de collaboration entre les organismes privés et les collectivités pour remplir une tâche reconnue comme centrale par l'Etat. Le mandat constitutionnel attribué à la Confédération et doté d'une régulation cohérente a toutefois exprimé la volonté de l'ordre juridique suisse de considérer le système de santé comme une tâche publique.<sup>3</sup> Il s'agit donc d'une *tâche publique* partiellement décentralisée de l'administration pour être confiée à des tiers ; la participation importante des organismes privés n'en fait pas pour autant une tâche privée.<sup>4</sup>

## **b) La place des caisses-maladie**

### **aa) Autonomie privée limitée**

Avec la révision générale de la LAMal, la Confédération a introduit au 1<sup>er</sup> janvier 1996 une réglementation nouvelle dans ses grandes lignes. L'assurance de base est désormais obligatoire pour toutes les personnes résidant en Suisse. A l'époque, la Confédération avait confié la mise en œuvre de cette assurance obligatoire essentiellement aux caisses-maladie (existantes) (art. 11 LAMal).<sup>5</sup> Le cadre juridique limite fortement l'autonomie privée des caisses. Cette limitation concerne aussi bien l'aménagement de leurs opérations que l'organisation, la constitution de réserves et l'orientation stratégique.<sup>6</sup> Les caisses-maladie ne sont pas autorisées à poursuivre un but lucratif (art. 12, al. 1 LAMal). Elles sont soumises à une obligation de contracter ; elles se doivent d'admettre dans l'assurance de base toute personne en faisant la demande formelle.

### **bb) Pouvoir de souveraineté (pouvoir de disposition)**

Dès 1965, la Confédération accorde en contrepartie aux caisses-maladie (reconnues) un pouvoir de souveraineté au sens d'un pouvoir de décision leur permettant d'obliger des tiers (assurés). Ce droit de disposition des assureurs-maladie existe toujours (art. 80 LAMal). Les dispositions sont des actes typiques de l'administration<sup>7</sup> et le pouvoir de souveraineté qui y est lié participe au pouvoir étatique. Le pouvoir de disposition indique que les caisses-maladie ne sont pas des personnes juridiques privées « habituelles » (association ou autres personnes juridiques à but non lucratif), mais qu'elles sont rattachées,

de par leur fonction d'assureur, à l'administration<sup>8</sup>. On les qualifie parfois d'organismes paraétatiques<sup>9</sup>.

Les particuliers sont qualifiés d'organes de la collectivité publique ou de l'administration au plan fonctionnel lorsqu'ils sont en mesure d'*obliger unilatéralement* d'autres particuliers.<sup>10</sup> Ils sont alors appelés organes de *l'administration décentralisée*. Dans ce cas, leurs tâches leur sont attribuées ou déléguées par ce qu'on appelle une « concession de service public ».<sup>11</sup> C'est également le cas des caisses-maladie. L'assurance de base constitue leur « activité administrative ». Elles agissent ici plus largement sur mandat fédéral ; elles ne sont plus libres d'agir à leur guise, mais doivent se soumettre aux principes applicables à l'administration.<sup>12</sup>

### **cc) Position entre sujet privé et sujet de droit public**

Dans ce contexte, une délégation aux particuliers leur confère un rôle quelque peu ambivalent. Toutefois, ce rôle ambivalent s'affaiblit pour s'assimiler d'autant plus à un rôle administratif que l'exécution de la tâche fait l'objet de dispositions légales très précises. Dans l'assurance de base, en effet, les caisses-maladie ne disposent guère de liberté d'action (autonomie privée) ni de marge de manœuvre entrepreneuriale<sup>13</sup> en raison de leur forte intégration dans le droit public. Cette faible autonomie s'explique par le fait que l'assurance-maladie sociale n'a pas été déléguée aux caisses-maladie pour tirer parti des forces de régulation et de motivation du libre marché ; en édictant une nouvelle réglementation de l'assurance-maladie, le législateur souhaitait avant tout de pas démembrer la structure qui s'était développée historiquement avec son savoir et le bonus de confiance existant (à l'époque), ni perdre ces ressources.

### **c) Les effets juridiques de la délégation**

#### **aa) Principe**

En déléguant une tâche publique à des organismes privés, l'Etat renonce par principe à la mise en œuvre effective tout en restant

responsable de cette même tâche. Conformément à la doctrine et à la jurisprudence, les délégataires privés sont donc

- soumis à la surveillance de l'Etat,
- tenus de respecter les droits fondamentaux (art. 35, al. 2 LAMal),
- ainsi que les autres principes de l'Etat de droit et constitutionnels.

D'un côté, cette implication permet de contrôler si la tâche publique est remplie. De l'autre côté, elle protège les personnes qui engagent une relation avec les délégataires et qui sont tenues - en raison du caractère obligatoire - d'entretenir cette relation.

#### **bb) Surveillance et principe de la légalité**

La *surveillance* établit une relation particulière entre l'Etat et les autorités, in casu entre l'administration fédérale et les caisses-maladie. Elle s'axe sur l'exécution de la tâche déléguée ainsi que sur l'objectif et le but de la loi concernée (ici la LAMal) et est soumise à des aménagements normatifs réguliers. Dans le détail, sa portée et ses moyens résultent par conséquent de la législation concrète (ou de la concession concernée, ce qui ne présente ici aucune pertinence). Les organismes soumis à la surveillance ont le droit de connaître les dispositions qui leur sont applicables et la liberté d'action dont ils disposent. Le principe de la légalité ancré à l'art. 5, al. 1 CF leur garantit une procédure généralement valable, prévisible, dotée des garanties du droit et applicable de manière régulière de l'autorité de surveillance.<sup>14</sup>

Dans ce contexte, il convient de souligner ce qui suit :

- même si la surveillance est normalisée, elle découle de la responsabilité définitive de la Confédération. Dans les cas où la loi se montre imprécise en matière de surveillance, on partira néanmoins du principe que les délégataires sont tenus de respecter la procédure de l'Etat en matière de droit de surveillance. Dès 1990, l'Office fédéral de la justice constate qu'il faut approuver un droit de surveillance minimal de la Confédération, même en l'absence de base légale, pour autant que des tâches fédérales soient remplies par des tiers (JAAC 54.36 [1990], p. 238 lettre d) ;

- en l'absence de toute normalisation légale particulière, les moyens de surveillance ne seront utilisés qu'avec réserve. Sera au minimum admissible une surveillance continue de l'exécution des tâches et de la promulgation de recommandations, etc. ;
- toutefois, certains auteurs exigent dans tous les cas une surveillance *effective*. Le but de la loi doit être atteint malgré la délégation. En détail, le principe d'effectivité dans le cas d'une réglementation légale ouverte de l'activité des délégataires (ici des caisses-maladie) exige une *surveillance spécialisée*.  
En revanche, une *surveillance juridique* peut s'avérer suffisante pour autant que l'activité des particuliers soit fortement normalisée ;<sup>15</sup>
- la question de la légalité de l'intervention en matière de droit de surveillance implique que les organes de l'administration, y compris ceux de l'administration indirecte, ne touchent pas, par leur activité, aux droits fondamentaux des personnes.  
Dans les cas où les droits fondamentaux sont concernés, des conditions plus strictes sont applicables afin que l'Etat puisse intervenir contre des personnes.<sup>16</sup> Ces conditions ne sont pas applicables aux caisses-maladies. C'est pourquoi la Confédération est autorisée, en vertu de sa responsabilité en tant qu'instance de surveillance, à porter atteinte à l'autodétermination ou à l'activité des caisses-maladie, même si de telles interventions ne sont pas prévues expressément.

#### **d) Type de contrôle et cadre juridique**

Comme il l'a déjà été dit, une tâche publique - ici l'assurance-maladie sociale ou assurance de base - ne devient pas une tâche privée parce que son exécution est confiée à des particuliers ; elle conserve son caractère public. La Confédération a certes cédé ce qu'on appelle la *responsabilité de l'exécution* ; elle assume toutefois la dite *responsabilité en matière de garantie*. Celle-ci s'applique aux caisses-maladie à part entière en tant qu'organismes responsables de l'assurance-maladie et non à certaines unités ou personnes de ces mêmes caisses (surveillance de collectivité).

L'assurance-maladie sociale se caractérise en Suisse par une diversité d'organismes propriétaires. La Confédération étant tenue de surveiller chaque assureur de l'assurance-maladie sociale (caisse-maladie),



elle devra également, le cas échéant, intenter une action contre chacun d'entre eux, contre plusieurs d'entre eux, voire contre l'ensemble des assureurs.

Comparée au cas « normal » de la délégation à une seule institution ou à peu d'institutions, la situation est ici plus complexe. Néanmoins, elle ne justifie en aucun cas une surveillance moins stricte. Au contraire, cet éclatement renferme certains dangers qui exigent une attention accrue dans la surveillance. Des accords entre les diverses caisses-maladie pourraient entraîner des concentrations de pouvoir effectives qui justifieraient également une surveillance particulièrement vigilante de la part de la Confédération. Il convient de rappeler ici que le législateur n'a pas limité par hasard les fusions de caisses-maladie (art. 18 et 19 LAMal). Cette question sera abordée plus bas (cf. chiffre 2/a./cc, p.14 s.).

La Confédération est tenue de contrôler et de garantir l'application effective de l'assurance-maladie sociale par chaque caisse-maladie (garantie de résultat) ainsi que la conformité de sa réalisation avec la mission légale; il lui incombe donc une *responsabilité de résultat*. L'Etat continue d'assumer la *responsabilité de la qualité* qu'il met en pratique par le biais d'exigences de qualification envers les caisses-maladie. Il s'agit ici avant tout du choix des personnes délégataires (instrument : délivrance d'une autorisation) et du maintien de la qualification (retrait de l'autorisation en dernier recours lorsque les conditions ne sont pas remplies). A la fois pour des raisons de garantie du résultat et de la qualité, la surveillance portera sur l'*autonomie organisationnelle* des caisses-maladie ; une telle forme d'organisation garantit l'indépendance des caisses-maladie (pas de prise en considération d'intérêts tiers), leur permet de conserver une autonomie de décision et d'action et de poursuivre de façon optimale la *pratique de l'assurance-maladie sociale*. La limitation du domaine d'activités des caisses-maladie (cf. chiffre 2/a./aa, p. 10) poursuit le même objectif. Enfin, l'Etat demeure également responsable de la protection des tiers (dans notre cas, essentiellement des assurés). Dans ce but, une procédure de protection juridique a été instaurée dans le cas de l'assurance-maladie. Encore une fois, la surveillance se doit d'être efficace.

## **2. Traitement détaillé des différentes questions**

**a) Peut-on soustraire des domaines d'activités des caisses-maladie au contrôle de l'Etat en les déléguant à l'association ?**

**aa) Domaines d'activités en-dehors de l'assurance-maladie sociale**

En principe, les délégataires sont autorisés à exercer des activités en-dehors de la tâche publique qui leur est attribuée. C'est le cas des caisses-maladie dans la mesure où elles proposent en-dehors de l'assurance de base d'autres assurances, notamment dans le domaine des assurances complémentaires (art. 12, al. 2 LAMal). Néanmoins, ce domaine restera une activité *annexe*, puisque l'art. 12, al. 1 LAMal stipule précisément que les caisses-maladie doivent gérer « principalement » l'assurance-maladie sociale. On peut donc découler de l'art. 12, al. 1 LAMal que l'activité pratiquée en-dehors de l'assurance de base doit être dans tous les cas *subordonnée* à cette dernière ainsi qu'à son exécution, but et objectif. Les caisses-maladie ne sont pas autorisées à pratiquer toute autre activité en-dehors du cadre mentionné.<sup>21</sup>

Si les caisses-maladie proposent des assurances complémentaires (et autres assurances), elles seront également soumises à une surveillance qui sera toutefois différente de celle exercée pour l'assurance-maladie sociale. Dans ce cas, la surveillance s'axe en effet sur les bases applicables aux autres organismes d'assurance.<sup>22</sup> La surveillance selon la LAMal ne peut pas en principe s'exercer pour les domaines d'activités dans lesquels les caisses-maladie sont libres de pratiquer. Par conséquent, l'Office fédéral des assurances sociales n'est pas autorisé à édicter des directives dans ces domaines.<sup>23</sup> En revanche, selon l'avis de l'auteur, il peut astreindre les caisses-maladie à abandonner toute activité qui dépasserait la notion d'activité annexe et, le cas échéant, prendre des mesures en matière de droit de surveillance. Cette compétence découle de la compétence de surveillance sur l'assurance de base et se base matériellement sur l'art. 12, al. 1 LAMal. L'existence éventuelle d'une autorisation délivrée par le Département fédéral de justice et police pour l'exercice d'assurances annexes n'annule en rien cette compétence.

Les activités exercées en-dehors de l'assurance de base peuvent être abandonnées ou déléguées à des tiers.

Du point de vue de la LAMal, la délégation totale ou partielle d'activités annexes en-dehors de l'assurance de base à d'autres organismes d'assurance ne peut faire l'objet d'aucune objection. Des activités accessoires en-dehors de l'assurance-maladie sociale peuvent également être déléguées à une association (de branche). Comme il l'a déjà été dit, elles ne sont en aucun cas soumises à la surveillance selon la LAMal.

**bb) Activités dans le cadre de l'assurance-maladie sociale**

La situation est différente lorsqu'elle concerne des activités liées à l'assurance-maladie sociale.

- En principe, l'admission à l'assurance-maladie concerne les caisses-maladie, et non les tiers susceptibles d'être tout autant aptes (sinon plus) à assumer entièrement ou partiellement cette responsabilité. Les caisses-maladie sont certes autorisées à faire appel à des tiers (*personnel auxiliaire*) pour leurs activités, mais pas à leur en attribuer la responsabilité. En cédant une partie substantielle de leur mission, elles remettraient non seulement l'autorisation délivrée en question, mais feraient cesser la surveillance sur l'activité cédée. Dans les deux cas, il s'agirait d'un détournement de délégation, juridiquement inadmissible. L'autorité de surveillance aurait alors l'obligation de prendre des mesures pour éviter cette délégation. L'irrecevabilité de la délégation des tâches de l'assurance-maladie à une pratique autonome par des tiers est valable aussi longtemps que l'autorité de surveillance n'est pas en mesure de soumettre ces mêmes tiers à son contrôle.

*L'art. 46 de l'Ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal), combiné à l'art. 43, al. 4 LAMal, stipule néanmoins que les fédérations d'assureurs peuvent (également) conclure des conventions tarifaires avec les fournisseurs de prestations ou leurs organisations. Ici, le législateur s'est basé sur la recevabilité d'une délégation. Par conséquent, la surveillance étatique doit également s'étendre à cette activité. Les conventions tarifaires doivent être approuvées par les gouvernements cantonaux ou le Conseil fédéral (art. 46, al. 4 LAMal), impliquant ainsi les pouvoirs publics.*

- Dans tous les cas, les caisses-maladie demeurent responsables vis-à-vis de l'autorité de surveillance des activités confiées à des tiers et doivent être en mesure de reprendre à tout moment l'activité décentralisée.

*Dans ce contexte, l'art. 17 des statuts de „santésuisse” paraît curieux : la disposition établit une procuration générale de « santésuisse » en cas de litiges contractuels et tarifaires (avec les fournisseurs de prestations). En adhérant à l'association de branche, la caisse-maladie approuve cette représentation générale. Même si les membres peuvent « individuellement renoncer à la représentation », cette procuration générale n'est pas au-dessus de tout soupçon.*

- La décentralisation d'activités partielles liées à l'assurance-maladie sociale à un autre sujet de droit privé - dont une association de branche - n'est recevable, selon l'avis des auteurs, que sur autorisation de l'autorité de surveillance (OFSP) (exigence formelle), sauf disposition contraire de la loi (ou de l'ordonnance). Ceci découle directement de l'exigence d'autorisation pour les assureurs-maladie sociaux et ne nécessite aucune autre base légale. Les sujets tiers de droit privé sont soumis aux mêmes exigences de qualité que les caisses-maladie.
- Même à cette condition, les décentralisations restent irrecevables pour autant qu'elles violent directement ou indirectement les objectifs de la LAMal ou qu'elles les contournent. Concrètement, ceci signifie que la délégation à des tiers par les caisses-maladie n'est pas autorisée si les critères d'aménagement pour l'assurance-maladie en vertu de l'art. 13, al. 2 LAMal s'en trouvent affectés. Cet article engage les caisses-maladie (ou les assureurs), entre autres,
- au principe de la mutualité (impliquant notamment que les caisses-maladie ne sont pas autorisées à poursuivre un but lucratif et qu'elles doivent utiliser les excédents dans l'intérêt de tous les assurés<sup>24</sup>), et
- à l'affectation obligatoire des moyens de l'assurance-maladie sociale.<sup>25</sup>

*Dans ce contexte, il est curieux que les assureurs-maladie sociaux*

*puissent, comme le prévoit l'art. 23 des statuts de « santésuisse », prélever des avoirs des assurés de l'assurance-maladie obligatoire (!) des sommes destinées à l'association de branche, d'autant plus que l'utilisation de ces avoirs en faveur des assurés n'est guère contrôlée (le Conseil d'administration de « santésuisse » définit les besoins de l'association de branche). C'est à juste titre que le législateur a choisi une autre réglementation pour les institutions communes selon la LAMal. Cette question sera abordée plus bas (cf. chiffre 2/a/cc, p. 14).*

- Une organisation adéquate s'avère en outre indispensable; elle implique un niveau suffisant de la qualité, une gestion économique ainsi que des ressources techniques et humaines pour pratiquer correctement l'assurance-maladie sociale. Cela implique également une autonomie dans la poursuite de la tâche. Cette dernière exigence n'est pas respectée lorsque des intérêts tiers doivent être pris en considération.

*C'est pour cette raison que les directions opérationnelle et stratégique des caisses-maladie ne peuvent pas être délocalisées.*

*Certes, les caisses-maladie sont autorisées à décentraliser des activités administratives. Pour autant que ces activités présentent un rôle central dans leur obligation de prise en charge dans l'assurance de base ou qu'elles s'avèrent indispensables pour renforcer vis-à-vis des assurés ou des fournisseurs de prestations (médecins, hôpitaux) leur position due à la délégation, les caisses-maladie ne sont pas autorisées à les décentraliser. Dans ce contexte, il apparaît extrêmement curieux aux auteurs que les caisses-maladie cèdent une activité relevant de la souveraineté de l'Etat ou assimilable à cette souveraineté, laquelle exerce une influence certaine sur la position juridique des assurés ou des fournisseurs de prestations (dispositions en cas de litiges relatifs aux coûts, exclusion de fournisseurs de prestations ou d'assurés, admission d'assurés, etc.).*

*En réalité, la pratique a passé outre cette conception : « santésuisse » attribue ou refuse aux fournisseurs de prestations ce qu'on appelle le code créancier (n° RCC) qui leur permet de facturer à la charge des caisses-maladie. Comme l'a constaté à juste titre le TFA, il s'agit ici d'un acte qui « influence effectivement et juridiquement » la relation juridique entre les fournisseurs de soins et les assureurs et qui présente une importance normative, même si la décision d'admission est réservée aux assureurs*

*en tant qu'organes prévus à cet effet. C'est pourquoi le TFA a assujetti à juste titre la décision de l'association de branche à une voie de droit particulière relevant du droit des assurances sociales.<sup>27</sup>*

Il conviendra de respecter les exigences citées lorsque « santésuisse » est « utilisée » comme une « entreprise de services » par les caisses-maladie.

**cc) Problème lié à l'activité d'une association faîtière (concrètement « santésuisse »)**

Outre les assureurs-maladie, la LAMal établit deux types d'institutions auxquelles les caisses-maladie peuvent ou doivent appartenir :

- l'art. 18 de la loi sur l'assurance-maladie stipule que les assureurs-maladie doivent, dans le domaine de l'assurance de base, créer une « institution commune » sous la forme d'une fondation. Des tâches légales précises lui sont confiées ; les assureurs peuvent lui confier des « tâches d'intérêt commun, notamment dans les domaines administratif et technique ». Les assureurs-maladie doivent verser des contributions dont le montant est fixé par les règlements de l'institution. La loi a ainsi créé un instrument susceptible d'assumer des tâches de façon centralisée en faveur des organes responsables fragmentés de l'assurance de base. La forme d'une fondation exclut le but lucratif de l' « institution commune » et définit dès le début un cadre pour sa liberté d'action stratégique. L' « institution commune » est également soumise à la surveillance de l'Etat. Les tâches qui lui sont confiées en vertu de l'art. 95 LAMal sont placées sous sa juridiction dans la relation avec le droit international ;
- par ailleurs, les assurances sont tenues de gérer en commun avec les cantons une institution « dont le but est de stimuler, coordonner et évaluer des mesures destinées à promouvoir la santé et à prévenir les maladies ». Son organisation est fixée par la loi. Pour la financer, une contribution annuelle est perçue de chaque assuré obligatoire. Le département fixe cette contribution. L'utilisation de ces moyens fera l'objet d'un compte-rendu auprès du Parlement. L'institution selon l'art. 19 LAMal et l'utilisation des avoirs qui lui sont versés sont ainsi soumis à une surveillance particulièrement démocratique, soit particulièrement sévère.

Ce contrôle strict des sommes prélevées des avoirs des assurances et de leur utilisation s'explique par le principe de l'affectation obligation (art. 12, al. 2 a LAMal). A la lumière de cet article, l'utilisation des avoirs des assurés par une association de branche (« santésuisse »), sans être soumise à un contrôle particulier (cf. plus haut chiffre 2./a./bb, point 4, p. 12/13), n'apparaît *pas conforme* à la prudence stipulée par la loi, à laquelle l'utilisation de ces avoirs est par ailleurs soumise. Cette situation étaye des doutes fondamentaux quant à la légalité du financement de l'association faîtière ;

- en complément des deux formes d'organisation mentionnées régies par la LAMal, l'art. 43, al. 4 stipule que des *fédérations* peuvent conclure des conventions tarifaires entre les assureurs et les fournisseurs de prestations (médecins, hôpitaux). En édictant cette disposition, le législateur se base sur les structures existantes et la pratique actuelle. Dans son message, le Conseil fédéral n'avait « en principe aucune objection à formuler (contre cet état de fait) » puisque les conventions conclues entre des fédérations « permettent, ce qui est hautement souhaitable, une concertation, une harmonisation et une rationalisation en matière de tarif » et garantissent la conclusion de conventions « dont le contenu est dans une forte mesure équilibrée » puisqu'elles sont en règle générale passées par des partenaires ayant à peu près la même importance. Vu sous cet angle, d'autres actions publiques ne correspondent pas à l'intention de la loi ;
- la LAMal ne prévoit ni ne reconnaît d'autres possibilités de regroupement et les auteurs n'ont pas connaissance de l'existence d'autres bases légales. Comme il l'a déjà été souligné, les auteurs ont toutes les raisons de penser, compte tenu de la formulation fermée et globalement prudente de la réglementation légale, que le législateur considère les institutions citées auxquelles des tâches précises ont été confiées comme la seule forme de regroupement.<sup>32</sup> La législation ne prévoit en aucune façon l'admission d'autres formes de regroupement ni la création d' « entreprises de services » ou de représentations d'intérêts des assureurs

de base. En matière de représentation d'intérêts, rappelons que la LAMal considère les caisses-maladie comme les organes de l'administration (indirecte). Elles ne participent pas (ou dans une mesure très limitée) aux rapports de forces de l'économie libre dans les cas mettant éventuellement en jeu une concentration des intérêts. L' « institution commune » conformément à l'art. 18 LAMal pourrait assumer une certaine représentation des intérêts (par ex. procédure d'audition auprès de la Confédération<sup>33</sup>).

**dd) Droits fondamentaux : limite de la décentralisation**

En vu de leur mission de pratiquer l'assurance de base, les caisses-maladie ne peuvent pas confier à des tiers des activités qu'elles ne seraient pas autorisées à assumer elle-mêmes, soit parce qu'elles ne permettent pas de garantir leur mission administrative, soit parce qu'elles violeraient leur lien au droit public, notamment aux droits fondamentaux. Les caisses-maladie étant des organismes administratifs assujettis à un régime juridique strict (pour l'assurance de base), toute décentralisation d'activité est soumise dans une grande mesure aux conditions qui seraient applicables à toute autre instance administrative. Une autonomie plus étendue impliquerait une justification légale particulière, mais que la LAMal ne prévoit pas.

*Dans ce contexte, il convient de se demander si la participation à une campagne électorale affecte de manière illicite la liberté de vote (cf. plus bas, chiffre 2. /e, p.21 ss.).*

**b) Effets d'une délégation illicite**

**aa) Surveillance en tant que surveillance de l'activité**

La délégation illicite de domaines d'activité à un tiers par une caisse-maladie déclenche un cas de surveillance. La surveillance confiée au Conseil fédéral sous forme de « contrôle » veille à la mise en œuvre correcte de l'assurance-maladie sociale (art. 21, al. 1 LAMal). Selon la teneur de la loi, il s'agit d'une surveillance de l'activité, qui n'est pas principalement



limitée de façon subjective. La révision de 2000 a modifié et élargi l'ancien texte qui ne soumettait que certaines *institutions* à la surveillance, à savoir l'assurance-maladie (sociale) et l'« institution commune » selon l'art. 18 LAMal.<sup>34</sup> Dans son message, le Conseil fédéral qui proposait la modification de l'art. 21, al. 1 LAMal, expose que la surveillance « vise tous les aspects de la LAMal et de ses ordonnances d'exécution ».<sup>35</sup> Certes, la loi ne régit expressément que les mesures de l'OFSP envers les *assureurs*, comme le stipulent l'art. 21, al. 3 (instructions, informations, etc.) et l'art. 21, al. 4 LAMal (mesures). On ne peut en découler que la surveillance ne vise pas d'autres institutions.

**bb) Extension de la surveillance aux sujets de droit privé en-dehors de la LAMal ?**

Comme mentionné plus haut, la surveillance doit garantir la mise en œuvre correcte de l'assurance-maladie (sociale). Elle englobe par conséquent les personnes et les institutions qui sont tenues de procéder à cette mise en œuvre correcte. Il s'agit ici des caisses-maladie (ou des assureurs selon l'art. 11 LAMal). Par sa décision du 14 décembre 2005 concernant une plainte en dénonciation contre « santésuisse », l'OFSP a donc décidé que cette institution n'est pas soumise à sa surveillance. Cette attitude correspond à la conception classique de la surveillance administrative.

Comme il l'a déjà été exposé, l'association « santésuisse » n'est reconnue par la LAMal que dans une fonction bien précise. Compte tenu de ses relations avec les caisses-maladie et surtout de la procuration générale qu'elle s'est faite attribuer, cette association joue sur le « marché de l'assurance-maladie » un rôle non négligeable. Le refus de toute surveillance à son encontre n'est pas satisfaisant, notamment si l'on considère que cette surveillance est conçue comme une surveillance de l'activité. Il n'apparaît donc pas logique de refuser une surveillance, et ce pour plusieurs raisons :

- la Confédération ou l'administration fédérale a reconnu, ou du moins toléré, à plusieurs reprises, l'association de branche « santésuisse » comme acteur de l'assurance-maladie sociale. Notamment sa position forte sur les questions tarifaires (même en-dehors de tout mandat de négociation) est notoire. Elle a ainsi conclu le 21 mars 2001 avec la Conférence des directrices et directeurs suisses de la santé une convention (extrajudiciaire) sur le remboursement ultérieur des

contributions forfaitaires pour l'hospitalisation dans des lits privés d'hôpitaux publics, dans laquelle la Confédération était impliquée.<sup>36</sup> La Confédération a également autorisé qu'elle attribue ou refuse aux médecins le fameux numéro du registre des codes créanciers (n° RCC), qui permet à ces derniers d'être admis ou exclus comme médecins reconnus par les caisses.<sup>37</sup> *On peut y voir une approbation tacite de la délégation des activités citées par les caisses-maladie à « santésuisse ».* Si l'on suit ce raisonnement, cette approbation justifie également une relation de droit public, laquelle place en même temps « santésuisse » sous la surveillance de la Confédération. En effet, la Confédération accepte ainsi que des tâches publiques soient confiées à « santésuisse » ;

- par ailleurs, « santésuisse » est reconnue par les cantons comme interlocutrice dans le domaine de l'assurance de base (cf. la convention susmentionnée sur les contributions forfaitaires qui concernait l'assurance de base des assurés complémentaires) ;

- les tribunaux, notamment le Tribunal fédéral, ont reconnu à plusieurs reprises la pertinence en matière de droit public ou de droit des assurances sociales de la procédure adoptée par « santésuisse » et se sont exprimés par le biais de la voie de droit (le Tribunal fédéral n'avait pas à trancher sur la relation de surveillance).<sup>38</sup>

Au vu de cet état de fait et compte tenu du fait que la LAMal statue une surveillance de l'activité, il apparaît inconséquent de refuser fondamentalement la surveillance de l'association de branche. Une interprétation qui tiendrait compte du contexte légal ainsi que de l'esprit et du but de la réglementation en matière de surveillance soumettrait également l'association de branche au droit de surveillance.

### **c) Procédure en cas de surveillance**

#### **aa) Procédure envers les assureurs-maladie**

En cas de surveillance, l'autorité compétence - soit l'OFSP pour l'assurance de base - peut et doit poursuivre les institutions responsables, et en premier lieu les assureurs-maladie sociaux. Elle peut le faire individuellement ou par des directives

concrètes envers plusieurs caisses ou l'ensemble des caisses. La complexité des structures dans le domaine de l'assurance-maladie ne doit pas, comme il l'a déjà été souligné, empêcher toute intervention relevant du droit de surveillance. Ceci s'applique également dans le cas d'une délégation illicite ou douteuse de pouvoirs administratifs ou de champs d'activités qui y sont liés.

**bb) Procédure envers des tiers, en particulier l'association de branche**

- Si des assureurs-maladie contre lesquels il a été intenté une action relevant du droit de surveillance, ne s'exécutent pas, l'autorité de surveillance est habilitée à agir à la place de l'instance contrôlée (*exécution en cas de carence*), afin d'aboutir à une situation qui soit conforme à la loi. Ceci inclut également qu'elle puisse retirer, le cas échéant, un mandat de représentation à l'association de branche. Néanmoins, les caisses-maladie devraient au préalable avoir l'occasion de rétablir elles-mêmes l'ordre des choses (à l'exception des cas urgents).

- Une action directe contre « santésuisse » est également possible dans les domaines pour lesquels une autorisation ou admission (tacite) de la part des autorités fédérales compétentes est présumée. Une telle présomption ne devrait pas poser de problèmes, notamment lorsque l'administration fédérale entretient une collaboration positive avec « santésuisse » sur certains thèmes, lorsque la position de l'association de branche représente un poids considérable dans le domaine de l'assurance-maladie sociale et lorsque sont abordées des questions délicates qui s'avèrent douteuses au plan juridique ou qui relèvent d'un domaine marginal, notamment lorsqu'elles risquent d'affecter, de menacer ou de violer les droits fondamentaux.<sup>39</sup>

**dd) Remarque**

En conséquence, même s'il existe des cas qui justifieraient une intervention relevant du droit de surveillance de la part des autorités fédérales - qu'elle soit directe ou exécutée en cas de carence - la législation en vigueur n'est pas satisfaisante. Il serait souhaitable que le législateur établisse une réglementation conformément à la situation factuelle, qui assure une exécution conforme aux objectifs tout en respectant les garanties de l'Etat de droit.<sup>40</sup> Il s'agit ici essentiellement de la protection des droits fondamentaux, dont le droit d'être entendu et l'égalité juridique, l'équité, la proportionnalité et la protection juridique. En confiant la mise en œuvre de l'assurance-maladie

à des particuliers, l'Etat n'a pas complètement abandonné sa tâche, mais a réservé à la surveillance une place particulière. Dans ce but, il serait essentiel pour tous les acteurs de disposer d'un cadre légal, d'un aménagement plus précis de la procédure de surveillance ou de celle relative à l'interaction entre les instances publiques et les particuliers, outre les ressources techniques et humaines suffisantes pour les autorités responsables.

**d) Un tiers (l'association de branche dans le cas présent) est-il tenu de tolérer l'intervention de l'autorité de surveillance ?**

-Si des tiers assument une activité qui fait partie de l'activité administrative des caisses-maladie, ils s'arrogent une activité « monopolisée ». Parallèlement, ils violent la réglementation de la LAMal, du moins l'exigence d'autorisation (art. 13 LAMal). Ceci s'applique également aux tiers qui travaillent uniquement dans des domaines partiels ayant une influence substantielle sur la pratique de l'assurance de base. Des normes coercitives du droit public s'en trouvent ainsi violées, dont la surveillance revient au Conseil fédéral ou à l'OFSP. Dans ce cas, l'autorité compétente en matière d'autorisation peut intenter une action contre les tiers, exiger une demande d'autorisation ou, le cas échéant, la cessation de l'activité concernée. Ceci découle de la loi, même si cette procédure n'est pas stipulée en détail dans la LAMal. Il est inutile, dans ce cas, que les tiers se réfèrent aux *droits fondamentaux*, par exemple à la liberté économique, puisque dans le contexte de la loi sur l'assurance-maladie, l'activité concernée ne relève pas des droits fondamentaux, mais doit être attribuée à une tâche publique.

- Il est probable néanmoins que des problèmes de délimitation apparaissent et qu'il ne soit pas toujours facile de déterminer si, et dans quelle mesure, une activité doit être attribuée à l'assurance-maladie sociale.

- Si l'autorité fédérale intente une action directe relevant du droit de surveillance sous la présomption d'une *autorisation (tacite)* (cf. plus haut chiffre 2. /c./bb, p. 19), elle agit dans le cadre d'un rapport de surveillance et peut donc se référer au rapport de subordination (art. 21 LAMal). L'absence d'une réglementation très précise des moyens stipulés par la LAMal en matière de droit de surveillance ne pose toutefois aucune

difficulté particulière en raison du principe de légalité. Les mesures prises devront bien évidemment être conformes au principe de la proportionnalité, soit être pertinentes.

- En cas d'*exécution en cas de carence*, l'autorité de surveillance (OFSP) ne peut prendre que les mesures que les caisses-maladie auraient dû prendre à sa place et peut notamment retirer un mandat illicitement confié ou trop étendu à une association de branche. Le domaine d'action, mais aussi la compétence de l'autorité de surveillance découlent directement de la compétence de surveillance sur les assureurs-maladie sociaux. L'association de branche (extérieure) est tenue de tolérer cette intervention. Là encore, il ne devrait se poser aucun problème fondamental lié au principe de légalité.

**e) Intervention de l'association de branche dans une campagne électorale**

**aa) Situation initiale**

Dans le contexte de l'initiative populaire « Pour une caisse maladie unique et sociale » dont la votation est prévue en 2007, il faut s'attendre à ce que « santésuisse » intervienne dans une grande mesure, directement ou indirectement, dans la campagne électorale.

Aujourd'hui déjà, « santésuisse » a publié un argumentaire et un papier de position sur son site Internet, avant même que ne soit connue la date de votation. En outre, si l'on en croit un article paru le 3 septembre 2006 dans le *NZZ am Sonntag* et intitulé « Krankenkassen bekämpfen Einheitskasse mit Prämien-geld », elle aurait versé une somme importante au « Forum Santé pour tous » qui a déjà lancé une campagne publicitaire dans les journaux suisses. « santésuisse » a laissé entendre qu'elle avait réuni au total un fond de 7 millions de francs. La campagne se justifierait par l'obligation d'informer relevant du droit des assurances sociales.<sup>43</sup>

**bb) Problématique**

L'intervention d'une organisation puissante dans une campagne électorale affecte et influence le comportement électoral des citoyennes et citoyens. Conformément à l'art. 34 CF, ces derniers ont droit à la « libre formation de (leur) opinion » et à « l'expression fidèle et sûre de leur volonté ». L'art. 34, al. 2 CF garantit la liberté électorale. Celle-ci se réfère à la phase de la votation, mais également à la phase de préparation et présente un caractère relevant des droits fondamentaux. En vertu de la pratique du Tribunal fédéral, la formation de l'opinion serait réservée aux forces sociales et politiques. L'intervention des *autorités* dans une campagne électorale n'est admissible à titre exceptionnel pour autant qu'elle soit justifiée par des raisons valables, comme la nécessité de rectifier des informations de toute évidence erronées communiquées par la partie privée, et doit se limiter à une information axée sur l'objectivité et la proportionnalité. Les raisons visant une information ou rectification supplémentaire ne sont valables que si elles s'avèrent nécessaires dans l'intérêt de la libre formation de l'opinion et de l'expression fidèle et sûre de la volonté des citoyennes et des citoyens.<sup>44</sup> En revanche, toute information visant à expliquer le projet de votation est possible, voire appropriée, de même que les recommandations de vote.<sup>45</sup> Ces dernières doivent cependant être objectives et complètes.<sup>46</sup> Une intervention des autorités dans une campagne électorale doit faire preuve de transparence et en aucun cas être menée de façon dissimulée (soit avec le soutien du comité d'initiative).

**cc) La position fondamentale des caisses-maladie dans une campagne électorale**

Une intervention des caisses-maladie (ou des assureurs-maladie sociaux) dans une campagne électorale est une intervention dans la discussion politique relevant des droits fondamentaux. L'art. 35, al. 2 CF stipule que quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. Selon la jurisprudence, cette disposition se réfère aux délégations à qui une tâche publique (d'Etat) a été confiée. Certes, il est probable que la première moitié de la phrase de la disposition inclut avant tout le cas où les personnes délégataires (ici les caisses-maladie) sont tenues, dans le cadre de leur puissance publique ou de leur action affectée d'autre façon par la tâche publique déléguée, de respecter les droits fondamentaux. La seconde moitié de la phrase (l'obligation de contribuer à la réalisation des droits fondamentaux) dépasse cependant clairement une simple fonction de protection des droits fondamentaux.

Ceci signifie que l'action des caisses-maladie, dans le cadre de leur *mission publique*, est non seulement limitée dans les domaines susceptibles de violer les droits fondamentaux. Elles doivent également orienter *de manière générale* leur action de sorte à préserver et, le cas échéant, à renforcer les droits fondamentaux. C'est pourquoi les caisses-maladie organisées selon le droit privé, même si elles jouent un rôle quelque peu ambivalent, ne peuvent pas être mises sur un pied d'égalité, du moins en matière de droits fondamentaux, avec des personnes, mais sont tenues d'adopter un comportement similaire à celui d'une instance administrative. Ceci vaut notamment pour autant que soient concernés la liberté de vote et le droit des électeurs de se former librement une opinion en perspective d'une élection sans influence illicite.

En tant qu'organismes responsables de tâches publiques (d'Etat), les assureurs-maladie sociaux doivent donc invoquer des raisons valables s'ils souhaitent intervenir dans la campagne électorale. Leur comportement devrait par ailleurs faire preuve d'objectivité, de transparence et respecter le principe de proportionnalité.

**dd) Pas de protection des droits fondamentaux, notamment pas de droit de vote pour les caisses-maladie**

Dans ce contexte, il convient de souligner que les caisses-maladie ne peuvent pas, pour participer à la campagne électorale, faire valoir leur propre droit de vote puisqu'un tel droit ne leur revient pas. Ceci s'applique également à l'association de branche « santésuisse ». <sup>49</sup> Elles ne peuvent pas non plus alléguer la liberté d'expression ni la liberté économique. Les caisses-maladie ne peuvent donc s'appuyer sur aucun droit fondamental propre pour justifier de façon valable toute intervention de leur part.

**ee) Devoir particulier d'information des caisses-maladie?**

Pour justifier une intervention dans la campagne électorale, les caisses-maladie ne peuvent pas non plus invoquer un devoir particulier d'information qu'elle aurait à assumer envers les citoyens. Certes, un devoir de renseignements et de conseils leur revient comme à tous les organismes d'assurances sociales : en vertu de l'art. 27 de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)<sup>50</sup>, les caisses-maladie sont tenues de « renseigner (et de conseiller) les personnes intéressées sur leurs droits et obligations ». Cette disposition vise de toute évidence les droits et devoirs découlant de

de l'assurance-maladie (sociale). En vertu de la disposition légale mentionnée, on ne peut en aucun cas parler d'un « devoir d'information » lié à une modification du système d'assurance ou à une campagne électorale concernant une initiative populaire.

**ff) L'affectation particulière des caisses-maladie peut-elle justifier une intervention dans la campagne électorale ?**

L'initiative populaire « Pour une caisse maladie unique et sociale » vise un changement fondamental du système de l'assurance-maladie. Si elle est adoptée, les caisses-maladie (et autres assureurs-maladie sociaux) pourraient être déchues de leur mission de pratiquer l'assurance de base. Une telle situation initiale affecte l'existence même des caisses-maladie. C'est donc compréhensible qu'elles veuillent prendre position.

Néanmoins, il convient de rappeler que le Parlement et le Conseil fédéral ont rejeté l'initiative.<sup>51</sup> Ils adopteront donc dans leurs recommandations de vote une prise de position positive pour les caisses-maladie et exposeront dans leurs explications les raisons *contre* l'initiative. La nécessité de laisser participer les caisses-maladie s'en trouve ainsi quelque peu relativisée. La situation des caisses-maladie est comparable à celle d'une commune qui serait affectée plus fortement que les autres par une votation cantonale ou fédérale.<sup>52</sup>

On ne pourra pas proscrire aux caisses-maladie en tant qu'organismes particulièrement concernés de prendre elles-mêmes position. Cependant, encore une fois, leur prise de position devra faire preuve d'objectivité, notamment de transparence, et respecter le principe de proportionnalité.

**gg) Proportionnalité et transparence**

Afin de déterminer ce qui est proportionnel et ce qui ne l'est plus, il convient de souligner que les positions officielles soutiennent d'ores et déjà les caisses-maladie. C'est pourquoi il ne peut s'agir essentiellement que de la possibilité pour les caisses-maladie de prendre clairement position et de souligner leurs prestations particulières. A cet égard, toute démarche dissimulée par l'intermédiaire des comités d'initiative privés sans que la participation des caisses-maladie y soit clairement déterminée devra être considérée comme illicite.<sup>53</sup> On peut déjà se demander si les caisses-maladie ont le droit de répandre des informations par l'intermédiaire de « santésuisse »,



le manque de transparence de ce nom ne permettant pas nécessairement aux électeurs d'identifier l'association de branche des assureurs-maladie, soit la représentante de leurs intérêts.<sup>54</sup> Quant à une participation dissimulée par le biais du « Forum Santé pour tous », elle est définitivement illicite. La situation serait toute autre si les caisses-maladie prenaient position sur l'initiative (de façon objective et concise), par exemple dans les feuilles d'information qu'elles publient à l'attention des assurés.

L'ampleur des *moyens financiers* engagés notamment s'avère ensuite importante pour déterminer dans quelle mesure une intervention dans la campagne électorale est proportionnelle. Dans ce contexte, il convient de souligner que l'engagement de plusieurs millions de francs dans une campagne électorale suisse représente à lui seul un montant particulièrement élevé. De toute évidence, cette somme doit être qualifiée de *disproportionnée* par rapport au besoin d'information sur la position de la caisse-maladie concernant l'initiative populaire.

Soulignons enfin que les caisses-maladie ne disposent pas de fonds libres pour une participation au processus politique. L'art. 13, al. 2, lettre a LAMal les obligent à n'affecter qu'à des buts d'assurance-maladie sociale les ressources provenant de celle-ci. Sur ce point, elles administrent les avoirs financiers provenant des primes quasiment « à titre fiduciaire » pour les assurés. L'engagement de millions de francs pour une campagne électorale viole par conséquent l'affectation obligatoire de ces avoirs financiers. Le faible montant de la somme par assuré importe peu ; ce qui est déterminant, en revanche, est le fait que plusieurs millions de francs ne sont pas affectés aux prestations envers les assurés.

#### **hh) Assimilation de l'association de branche aux caisses-maladie**

Si les caisses-maladie agissent par l'intermédiaire de l'association de branche, le comportement de cette dernière doit être assimilé à celui des caisses-maladie et doit être considéré comme si elles agissaient elles-mêmes. Le fait que l'association de branche n'assume formellement aucune tâche publique selon la LAMal n'y change rien. Même si l'on construisait une admission tacite de « santésuisse » à des tâches publiques (cf. plus haut chiffre 2. /c./bb, p. 19.) et attribuait à « santésuisse » d'autres domaines d'activités supplémentaires, le résultat serait le même.

Il est impossible de ne pas assimiler le comportement de l'association de branche, dans le cadre de son financement par les caisses-maladie et de son pouvoir de représentation, à celui des caisses-maladie sans admettre un contournement de la loi. Un tel comportement ne bénéficie d'aucune protection juridique. Que l'intervention dans la campagne électorale provienne de « santésuisse » ou des caisses-maladie n'a finalement aucune importance dans l'appréciation de cette même intervention. Les limites - présentées plus haut - de la participation à la campagne électorale sont valables dans les deux cas.

### **III. Récapitulation**

1. L'assurance-maladie sociale est une tâche publique. Elle a été déléguée aux caisses-maladie et à d'autres assureurs-maladie (délégation) qui remplissent les conditions de l'art. 12 LAMal. La Confédération reste responsable de la bonne exécution de la mission légale (responsabilité en matière de garantie).

2. La délégation confère aux assureurs-maladie sociaux (caisses-maladie) le statut d'organes de l'administration indirecte. Quoiqu'elles aient été créées et organisées selon le droit privé, elles sont fortement limitées dans leur autonomie privée par la LAMal actuelle. Elles sont liées dans une grande partie de leur action aux principes du droit public et doivent notamment respecter les droits fondamentaux.

3. La LAMal désigne les formes d'organisation au sein desquelles les caisses-maladie ou les assureurs-maladie sociaux peuvent ou doivent agir. Elle prévoit deux institutions : l' « institution commune » et l'institution commune pour la promotion de la santé. Conformément à l'art. 18 LAMal, l' « institution commune » a été créée pour assumer des tâches dans les domaines administratif et technique qu'il est plus judicieux de centraliser, sur mandat des caisses-maladie. L'association de branche n'est pas ordonnée par la loi, mais est reconnue par le législateur pour les négociations tarifaires avec les fournisseurs de prestations. Elle n'a aucune base légale en tant qu'entreprise de services et représentant général (même dans les questions tarifaires).

4. Là où la pratique confie, par-dessus toute base légale, des compétences à l'association de branche « santésuisse », l'ordre juridique doit trouver - pour autant qu'il l'autorise - des moyens de garantir l'assurance-maladie sociale comme si l'association de branche n'y était pas impliquée. Dans ce sens, la surveillance doit s'étendre directement ou indirectement à l'activité de « santésuisse ». Une surveillance directe est valable lorsqu'une autorisation tacite est présumée ; dans le cas contraire, il conviendra d'intervenir par voie judiciaire, d'abord à l'encontre des caisses-maladie et, uniquement en second lieu, envers l'association de branche.

5. La loi prescrit et contrôle une utilisation prudente des primes dans l'assurance-maladie sociale (affection obligatoire stricte, cf. art. 13, al. 2 a et 20 LAMal). Dans ce contexte, l'utilisation incontrôlée de fonds provenant des primes de l'assurance-maladie sociale par l'association de branche « santésuisse » n'est pas conforme à la loi. C'est pourquoi il serait approprié de procéder à un contrôle suffisant et relevant du droit de surveillance du prélèvement de ces fonds et de leur utilisation par l'association de branche. Un contrôle au sens de l'art. 20, al. 3 LAMal (approbation du budget, des comptes et du rapport d'activité) serait judicieux.

6. Une intervention des caisses-maladie (ou des assureurs-maladie sociaux) dans une campagne électorale est une intervention dans la discussion politique relevant des droits fondamentaux. Les caisses-maladie ne peuvent pas ici invoquer le droit de vote puisqu'elles ne bénéficient pas - tout comme l'association de branche « santésuisse » - d'un tel droit. Aucun devoir d'information ne leur incombe qui pourrait justifier une intervention massive.

7. L'utilisation de millions de francs provenant de l'argent des cotisations dans une campagne électorale concernant une initiation populaire représente une entrave disproportionnée et donc illicite à la campagne électorale garantie par les droits fondamentaux. Ceci vaut également même si l'on tient compte de la situation particulière et de l'intérêt vital des caisses-maladie, notamment le risque que celles-ci soient déçues de leur tâche, perdant ainsi leur raison d'être.

Une telle intervention de la part des caisses-maladie ou de leur association de branche violerait de façon inadmissible

les droits fondamentaux garantis par la constitution. Par ailleurs, elle ne respecterait pas l'affectation obligatoire des primes d'assurance selon la LAMal.

St- Gall/Bâle, le 7 novembre 2006

Regula Kägi-Diener

René Rhinow

1 cf. TOMAS POLEDNA, *Gesundheit als Bundesaufgabe*, dans : Tomas Poledna/Ueli Kieser (Hrsg.), *Gesundheitsrecht*, Bâle 2005, § 8, ch. marg. 19 ss, p. 21 ss.

2 Aujourd'hui : art. 117 CF

3 Cf. ATF du 19.09.2003, 2P.153/2003, expl. 1.4: « L'assurance-maladie sociale est une tâche de droit public qui est gérée en partie par des assureurs organisés selon le droit privé, mais qui est obligatoire pour la population (art. 3 LAMal) et réglementée jusqu'en les moindres détails par des prescriptions de droit public. »

4 Par opposition à la décentralisation ultérieure ou secondaire, on peut parler de décentralisation originelle puisque la Confédération ne gère jamais elle-même l'assurance-maladie.

5 Dans certains cas, la pratique de l'assurance-maladie peut être confiée à d'autres assureurs-maladie. Pour simplifier la lecture, on ne parlera désormais que de caisses-maladie.

6 Cf. TOMAS POLEDNA, *Krankenversicherungen und ihre rechtliche Organisation*, Zurich 2002, p. 50 s.

7 Cf. PIERRE MOOR, *Droit administratif*, II, 2<sup>e</sup> édition 2002, p. 5.

8 PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2<sup>e</sup> édition Berne 2005, § 1 N. 5 (p. 2) « zählen zur Verwaltung im organisatorischen Sinne alle „Privatrechtssubjekte, die mit der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben betraut sind. »

9 Selon l'Office fédéral de la justice, dans une expertise du 10.11.1989 publiée dans : *Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération* (JAAC) 54.36 (1990).

10 Cf. JAAC 70.54 (2006), p. 888.

11 Cf. art. 178 CF, art. 2 al. 4 de la Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010); concernant la délégation en général se référer à MARKUS HEINTZEN, *Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben und staatliche Verantwortung*, VVDStRL 62, 240 ss.

12 Cf. par ex. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, *Allg. Verwaltungsrecht*, 4<sup>e</sup> édition, Zurich 2002, N. 1532. - Avant 1996, les caisses-maladie n'avaient pas le même statut : elles étaient des institutions privées ayant droit à des contributions, qui étaient beaucoup moins rattachées à l'ordre juridique de droit public ou à l'administration.

13 Elles ne disposent d'une telle marge de manœuvre que dans l'assurance complémentaire. Néanmoins, les assurés peuvent - en principe - choisir eux-mêmes leurs caisses-maladie, en contrepartie de quoi celles-ci doivent les accepter.

14 Art. 5 al. 1 CF stipule : « Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat. »

15 HEINTZEN, (FN 11), p. 242 s, suite à une décision du Tribunal administratif de Brême du 15.01.2002.

16 Régulé à l'art. 36 CF : en vertu de cet article, les restrictions graves doivent être prévues par une loi (donc pas par des ordonnances ou autres). En outre, elles doivent être justifiées par un intérêt public et répondre au principe de la proportionnalité.

17 POLEDNA, (note 6), p. 28 parle, en ce qui concerne les exigences en matière de base légale pour les préjudices administratifs ou les procédures relevant du droit de surveillance, de « tolérance » (« Grosszügigkeit ») de la pratique.

18 Selon POLEDNA, (note 6), p. 24.

19 Se référer à ce sujet à ANDREAS VOSSKUHLE, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 308 ss.

20 Par ailleurs, elles peuvent également pratiquer „d'autres branches d'assurance" dans certaines limites et conditions, voire même la réassurance (art. 12, al. 2 et 4 LAMal).

21 Le projet du Conseil fédéral sur la LAMal énumérait expressément les assurances admises (cf. Message concernant la révision de l'assurance-maladie du 6 novembre 1991, FF1 1992 I 93 ss. p. 259 s.), la loi en vigueur a renoncé à une telle énumération sans pour autant modifier le principe selon lequel seules des assurances ayant un rapport avec l'assurance-maladie sociale peuvent être proposées.

22 Plus exactement sur la loi fédérale sur la surveillance des entreprises d'assurance (loi sur la surveillance des assurances, LSA), RS 961.01.

23 Plus généralement Tschannen/Zimmerli a.a.O. (note 8), § 5 N. 28.

24 POLEDNA (note 6), p. 20 s. avec des précisions.

25 Ces deux points sont régis par l'art. 13, al. 2 a LAMal. Sont valables par ailleurs l'égalité de traitement des assurés et le principe de solidarité.

26 Se référer ici à Poledna (note 6), p. 23 s.

27 Arrêt du TFA du 27 mars 2006, K 139/04, notamment expl. 4.4.

28 Art. 18 al. 4 LAMal.

29 Art. 19 LAMal. La promotion de la prévention des maladies est une tâche légale des assureurs-maladie sociaux.

30 Art. 20 LAMal.

31 Message concernant la révision de l'assurance-maladie du 6 novembre 1991, FF1 1992 I 93 ss, notamment p. 178 (publication séparée 91.071).

## Expertise concernant la surveillance de « santésuisse »

Rhinow/Kägi-Diener - santésuisse - 30

32 POLEDNA (note 6), p. 46 était déjà d'avis que la LAMal désigne de façon exhaustive les personnes juridiques qui sont autorisées à pratiquer l'assurance-maladie (dans les buts mentionnés).

33 Cf. art. 77 al. 3 LAMal.

34 Il s'agit d'une fondation qui prend en charge les prestations des assureurs insolvable et qui doit aujourd'hui assumer entre autres les tâches liées à l'obligation de s'assurer pour les personnes provenant d'un pays européen.

35 Message sur l'adaptation et l'harmonisation des bases légales pour le traitement de données personnelles dans les assurances sociales, FF1 2000, p. 255 ss, notamment p. 268.

36 Mentionné dans ROLAND SCHÄR, Die Rechtsprechung des EVG zur obligatorischen Unfall- und Krankenversicherung, dans : ZBJV 2006, 684 s. - On y fait toutefois référence à l'Office fédéral des assurances privées, ce qui ne change rien.

37 Se référer ici à l'Arrêt du TFA du 27.03.2006, K 139/04, affaire x contre santésuisse ; puis plus haut au chiffre 2./a./bb, p. 11.

38 Conformément à l'Arrêt du TFA du 27.03.2006 (note 37); ATF concernant la prise en compte des pertes commerciales dans les cotisations forfaitaires, mentionné chez SCHÄR (note 36), p. 685 s. Dans l'ATF du 19.09.2003, 2P.153/2003, le Tribunal fédéral n'a pas autorisé « santésuisse » à intenter un recours de droit public puisque les caisses-maladie assument une tâche de droit public.

39 Dans ce cas, l'art. 35 CF impose aux autorités fédérales d'intervenir. Il convient de souligner que cette disposition qui prescrit la réalisation des droits fondamentaux dans l'ensemble de l'ordre juridique n'attribue pas à elle seule une compétence d'intervention.

40 Des exigences analogues avaient déjà été formulées, voir POLEDNA (note 6), p. 57 s; BARBARA HÜRLIMANN et al., Krankenversicherung, Zurich 1998, p. 261.

41 Il est intéressant de constater que la LAMal ne connaît aucune norme pénale présentant les activités pratiquées sans autorisation.

42 Sur [www.santesuisse.ch](http://www.santesuisse.ch), consulté le 20.10.2006.

43 Le président du PS Hans-Jürg Fehr cité dans l'article mentionné a estimé à l'époque déjà la somme employée pour la campagne publicitaire à près d'un million de francs. Selon ce même article, le porte-parole de santésuisse aurait communiqué que les caisses-maladie (par l'intermédiaire de santésuisse) avaient réuni un fonds de près de 7 millions de francs. Cette somme correspondrait à env. -.50 francs par assuré, ce qui ne peut être exact compte tenu du nombre d'habitants en Suisse. Le montant par assuré serait plutôt de 1,00 à 1,50 francs. Cf. ERICH ASCHWANDEN, Krankenkassen bekämpfen Einheitskasse mit Prämien-geld, dans : NZZ am Sonntag 03.09.2006, p. 10.

44 Cf. ZB1 1988 p. 125, ATF 112 Ia 131 expl. 1

45 Se référer à GEROLD STEINMANN, St. Galler Kommentar (1<sup>ère</sup> édition) de l'art. 34, ch. marg. 14; PASCAL MAHON, L'information par les autorités, dans : ZSR 1999 II 243 s (ch. marg. 35 s), p. 257 ss, ch. marg. 47 ss va un peu plus loin et exige des autorités qu'elles mènent une politique d'information active, en insistant néanmoins sur le fait que les moyens de l'information devront être strictement respectés et que l'information devra être "objective, transparente et loyale" ainsi que proportionnée.

46 Pour autant qu'elles prennent position sur des questions d'appréciation en s'appuyant sur des arguments qu'aucune preuve ne vienne (facilement) étayer, l'objectivité doit être préservée, ATF 125 I 156 ; 105 Ia 153 ; ALFREZ KÖLZ, Die Abgabe separater Abstimmungsempfehlungen an die Stimmberechtigten durch den Zürcher Kantonsrat, dans : ZB1 1998, 406.

## Expertise concernant la surveillance de « santésuisse »

Rhinow/Kägi-Diener - santésuisse - 31

47 RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, art. 35, ch. marg. 15; RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000, Bâle/Genève/Munich 2000, p. 153.

48 Cf. plus haut chiffre II./1./b./cc, p. 6.

49 Cf. ATF du 19.09.2003, 2P.153/2003, dans lequel le Tribunal fédéral dénie à "santésuisse" la légitimation à un recours de droit public, les caisses-maladie n'étant pas non plus des organismes de droit public, mais simplement chargées d'assumer une tâche de droit public.

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

51 Concernant la position du Conseil fédéral, se référer au Message concernant l'initiative populaire « Pour une caisse maladie unique et sociale », FF1 2005, 735 ss.

52 Se référer à YVO HANGARTNER, Intervention eines Gemeinwesens im Abstimmungskampf eines anderen Gemeinwesens, dans : AJP/PJA 1996, p. 271.

53 Selon la doctrine et la jurisprudence, ceci s'applique à l'Etat : PIERMARCO ZEN RUFFINEN, L'expression fidèle et sûre de la volonté du corps électoral, dans : DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS Aubert/JÖRG PAUL MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, § 21, ch. marg. 28; ATF 116 Ia 468.

54 A cet égard, l'organisation précédente, le « Concordat des caisses-maladie », était beaucoup plus transparente.

55 A titre comparatif : selon les articles parus dans la presse, le Parti Socialiste aurait engagé 1,2 millions de francs pour la prochaine campagne électorale au Conseil national, somme que l'on peut déjà qualifier d'importante, cf. St. Galler Tagblatt No 245 du 24.10.2006, p. 1. La position d'un parti politique dans la perspective d'une participation au processus politique est cependant toute autre que celle d'organes de l'administration (indirecte). Il n'a aucune obligation de réserve ; le processus politique représente, au contraire, son véritable champ d'action.

**ANNEXE à l'expertise concernant la surveillance de « santésuisse »**

Liste des abréviations

<b>ATF</b>	<b>Arrêt du tribunal fédéral</b>
<b>CF</b>	<b>Constitution fédérale du 18 avril 2000</b>
<b>Cf.</b>	<b>confer</b>
<b>ch. marg.</b>	<b>Chiffre marginal</b>
<b>expl.</b>	<b>Explication (dans les arrêts)</b>
<b>FFI</b>	<b>Feuille fédérale</b>
<b>LAMal</b>	<b>Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie, RS 832.10</b>
<b>LOGA</b>	<b>Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration RS 172.010</b>
<b>OAMal</b>	<b>Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie, RS 832.102</b>
<b>OFSP</b>	<b>Office fédéral de la santé publique</b>
<b>p.</b>	<b>page</b>
<b>RS</b>	<b>Recueil systématique du droit fédéral</b>
<b>TFA</b>	<b>Tribunal fédéral des assurances</b>
<b>VVStRL</b>	<b>Veröffentlichung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer (Publikationsreihe)</b>
<b>ZBJV</b>	<b>Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins</b>
<b>ZBI</b>	<b>Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (früher: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung)</b>
<b>RK/RR</b>	