

Date de dépôt : 28 mars 2011

Rapport

de la Commission des affaires sociales chargée d'étudier le projet de loi de Mmes et MM. Stéphane Florey, Eric Bertinat, Antoine Bertschy, Céline Amaudruz, Marc Falquet, Eric Leyvraz, Patrick Lussi, Christo Ivanov et Christina Meissner modifiant la loi sur l'aide sociale individuelle (LASI) (J 4 04)

Rapport de M. Pierre Conne

Mesdames et
Messieurs les députés,

La Commission des affaires sociales a examiné le PL 10712 lors de ses séances du 19 octobre et du 16 novembre 2010, sous la présidence de M^{me} Mathilde Captyn. Ont assisté à tout ou partie des travaux de la commission M. François Longchamp, conseiller d'Etat chargé du département de la solidarité et de l'emploi (DSE), alors président du Conseil d'Etat, et M. Marc Maugué, directeur général à la direction générale des affaires sociales du DSE. Les procès-verbaux ont été tenus avec précision par M^{me} Marie Savary, que nous tenons à remercier ici.

I. Examen du PL 10712

Séance du mardi 19 octobre 2010

Un des auteurs du projet, commissaire UDC, présente ce projet de loi qui vise à obliger les bénéficiaires de l'aide sociale à contracter une assurance-maladie avec la caisse proposant les primes les plus basses. Il en résulterait une économie estimée à 9 millions de francs pour l'Etat.

Un commissaire L demande si on pourrait envisager de prendre la moyenne des 5 primes les plus basses de manière à éviter des démarches administratives annuelles pour un gain minime.

Un des auteurs du projet répond que, dans l'éventualité où au fil des années, la prime augmente de manière minime mais reste dans la tranche des primes les plus basses, il conviendrait effectivement de ne pas devoir absolument changer de caisse. Dans cette optique, la proposition de prendre la moyenne des 5 ou 10 primes les plus basses serait une bonne solution.

Le représentant du département explique qu'une augmentation massive du nombre d'assurés dans une caisse aurait pour conséquence une élévation du montant des primes en vertu du principe de la constitution des réserves. De plus, ce type d'assurés étant, pour la majorité, de « mauvais risques », l'effet sur la croissance des primes l'année suivante n'en serait que renforcé.

Le représentant du département nous apprend que certaines assurances ont refusé d'assurer des personnes soutenues par le Service des tutelles en invoquant une distorsion de la concurrence par l'Etat. Un avis de droit a été rendu par le Professeur Auer qui donne raison aux assurances en invoquant le principe de la neutralité concurrentielle de l'Etat.

Le représentant du département n'est pas en mesure, sur l'instant, de nous fournir des données chiffrées concernant la distribution des bénéficiaires de l'aide sociale par caisse d'assurance maladie. Il reviendra avec les réponses aux questions nécessitant une recherche factuelle. Toutefois, il apparaît que les personnes arrivant à l'aide sociale ont déjà pour la plupart réduit leur train de vie au maximum et sont déjà assurées auprès de caisses dont les primes sont parmi les moins chères du canton. De plus, les assistants sociaux essayent toujours de faire en sorte que les bénéficiaires de l'aide sociale soient assurés auprès de caisses pratiquant les prix tournant autour de la moyenne cantonale.

De surcroît, concernant la « carte pharmacie », elle est indispensable aux bénéficiaires de l'aide sociale. Elle leur permet en effet d'acheter des médicaments sans devoir les payer directement, la caisse-maladie se portant garante du paiement au pharmacien. Pour conclure, de l'avis du département, l'ensemble de ces éléments mettent en doute l'application du projet de loi tel qu'il est libellé.

Une commissaire S relève qu'un changement d'assurance demande plus que 15 minutes. Ainsi, ce travail reviendrait à l'assistant social et cela augmenterait encore la masse de travail de ces derniers.

Un commissaire (Ve) aimerait connaître le nombre de personnes qui seraient concernées par ce projet de loi. Il souligne les difficultés liées à un changement d'assurance pour les personnes inscrites à l'aide sociale. Ces personnes, dans leur majorité, ne disposent par d'internet, n'ont peut-être pas de domicile fixe et certaines souffrent éventuellement de toxicomanie ou

d'alcoolisme. Les démarches administratives nécessaires pour répondre aux demandes des assurances maladie peuvent s'avérer beaucoup plus difficile qu'il n'y paraît au premier abord. Et, effectivement, tout ce travail reviendrait aux assistants sociaux. Il conviendrait de chiffrer le temps de travail supplémentaire que représenteraient ces tâches nouvelles.

Le représentant du département répond, au sujet de l'augmentation du temps de travail des assistants sociaux due aux changements d'assurance par les bénéficiaires de l'aide sociale, qu'il ne peut pas se prononcer précisément. Il est difficile de mesurer le temps de travail passé par un assistant social à une tâche particulière. Il ajoute que le nombre de personnes concernées par ce projet de loi s'élèverait à environ 5'000.

Un commissaire R estime que le projet de loi est difficilement applicable car un grand nombre des personnes concernées ont des arriérés de paiement auprès de leur caisse maladie et seraient, par conséquent, refusées par d'autres caisses.

Un commissaire L demande quel est le lien entre la limite constitutionnelle pour l'Etat à inscrire les personnes affiliées à l'aide sociale à telle ou telle caisse et ce projet de loi. La loi actuelle dispose que l'Etat finance les primes d'assurance-maladie jusqu'à concurrence de la moyenne cantonale. Cela limite déjà le choix des personnes affiliées. Dans ce projet de loi, on veut en baisser ce plafond aux primes les plus basses. On pourrait imaginer laisser le choix à l'affilié de s'assurer auprès de l'une des 12 caisses pratiquant les primes les plus basses. Ainsi, il n'y aurait pas de distorsion de la concurrence de la part de l'Etat.

Un commissaire PDC aimerait disposer de l'avis de droit du Professeur. Auer pour connaître précisément en quoi consiste cette distorsion de concurrence. Par ailleurs, il aimerait savoir quels seraient les effets, sur les services sociaux de la Ville et de l'Etat, du renforcement de la sélection des risques induit par ce projet de loi.

Un commissaire PDC explique que s'il existe des caisses meilleures marché que d'autres, c'est parce que la compensation des risques entre assureurs maladie au niveau fédéral est imparfaite. Chaque assureur essaie d'attirer des assurés en bonne santé et donc peu coûteux pour pratiquer les prix les plus bas. Le paradoxe est que les caisses les moins chères présentent des caractéristiques qui les rendent quasiment inutilisables pour le projet de loi – par exemple la « carte pharmacie » – mais si on n'utilise pas ces caisses, elles auront réussi à mettre en place un groupe d'assurés constitué uniquement de bons risques. En ne jouant pas le jeu et en refusant de payer les médicaments directement, certaines caisses ont profité du système et se

retrouvent avec les bons risques, ceci au détriment d'autres assurances qui se retrouvent avec tous les mauvais risques et des primes élevées. La situation semble bloquée.

Un commissaire S fait part de différents chiffres et statistiques concernant les primes demandées par les caisses-maladie. Il en ressort que la plupart des assurances sises sur le canton de Genève propose des primes restant dans le cadre de la moyenne cantonale. Dans ce cas, le projet de loi proposé perdrait de son intérêt.

Un commissaire (VE) affirme qu'il n'y a aucune raison de faire de cadeaux aux assureurs. Donc le fait d'étudier et de voir ce qu'on peut faire pour faire des économies semble être une bonne idée dans la mesure du possible, suivant les coûts et l'organisation. Il se prononce en faveur d'une étude du projet de loi. Il tient aussi à rappeler que les Verts ne croient plus au système libéral des caisses maladie et que vu comme la situation dégénère, il semble de plus en plus opportun de se diriger vers une caisse maladie étatisée.

Un commissaire L propose de ne pas voter l'entrée en matière du projet de loi tout de suite, d'attendre de recevoir les compléments d'informations de la part du département et de procéder au vote après.

Le représentant du département répond à propos de la neutralité concurrentielle. En 2009, les personnes avaient le choix entre 24 caisses-maladie tournant autour de la prime moyenne cantonale. Cela n'entravait pas la neutralité concurrentielle. A partir du moment où on prend la caisse avec la prime la plus basse, on va se retrouver avec 2 ou 3 caisses à choix. Il y aura une pression extrêmement forte et les assurances-maladie invoqueront le non-respect de la neutralité concurrentielle devant les tribunaux.

Il précise que les calculs présents dans le projet de loi sont faits sans l'assurance-accidents, ce qui change aussi le montant de la prime par rapport aux économies avancées par l'UDC.

Par rapport à l'asile, il y a là peut-être une solution avec les réseaux de pharmacies, mais il faudrait investiguer jusqu'au bout pour voir si le modèle est praticable auprès d'une population de près de 14 000 personnes. Il est vrai que l'Etat va devoir être inventif pour faire face à ces nouveaux problèmes comme la « carte pharmacie ».

Un commissaire L demande si le département dispose d'indications sur la distribution des assurés bénéficiaires de l'aide sociale pour illustrer le fait qu'ils ont déjà pour la plupart choisi des assurances pratiquant des coûts inférieurs à la moyenne.

Un commissaire L considère qu'il faudrait connaître le coût administratif par personne bénéficiant de l'aide sociale. Il serait bien de disposer de tableaux rapportant l'évolution des primes des personnes affiliées à l'aide sociale et l'évolution des classements des caisses maladie selon leurs primes, par exemple sur les 5 dernières années.

Ce même commissaire demande au département quelle est, dans la population bénéficiant de l'aide sociale, la distribution des primes selon leur niveau et si les bénéficiaires de l'aide sociale se distribuent comme la population en général non subventionnée ou se distribuent différemment de l'ensemble de la population. Dans le cas où les personnes bénéficiaires de l'aide sociale ont choisi d'elles-mêmes les primes les plus basses, cela rendrait ce projet de loi superflu. Dans l'optique où les bénéficiaires auraient choisi les primes les plus élevées, ce projet de loi serait alors plus que nécessaire.

Un commissaire PDC demande au département :

- quelle est la moyenne des franchises que prennent les personnes à l'aide sociale ? On suppose qu'elle est basse car il s'agit probablement de mauvais risques.
- De quelle manière est géré le collectif des requérants d'asile à l'Hospice Général ? C'est un modèle intéressant dont on pourrait s'inspirer.

Un commissaire R demande au département s'il est possible de savoir quels sont les systèmes en vigueur dans les cantons avec lesquels on peut comparer Genève (Bâle, Zurich et Vaud).

Séance du mardi 16 novembre 2010

Le représentant du département annonce avoir réuni les informations demandées par la commission lors de la séance du 19 octobre 2010.

Concernant les comparaisons entre le canton de Genève et les cantons de Vaud, Bâle-Ville et Zurich, les chiffres sont les suivants :

- Sur le canton de Vaud, le système fonctionne avec une prime de référence équivalant pour un adulte de plus de 26 ans à 410 F pour la région n° 1 et à 378 F pour la région n° 2. Ces montants sont inférieurs à la prime moyenne cantonale.
- Dans le canton de Bâle-Ville, l'aide sociale rembourse jusqu'à 90% de la prime moyenne cantonale.
- Sur le canton de Zurich, l'aide sociale prend en charge la prime effective, sans limitation.

Concernant les montants alloués par l'aide sociale à Genève en 2010 :

- 383 F pour les adultes.
- 342 F pour les jeunes adultes.
- 93 F- pour les enfants.

Ces montants se situent en deçà de la prime moyenne cantonale 2010 qui est de 346 F, ce qui prouve que les personnes affiliées à l'aide sociale ont déjà réduit leurs coûts au maximum.

Enfin, concernant les franchises choisies :

- 80% des affiliés ont une franchise de 300 F
- 10% ont une franchise entre 500 F et 1000 F
- 10% ont une franchise entre 1'000 F et 1500 F.

Les éléments chiffrés avancés par le projet de loi sont donc contredits par ces statistiques. Les économies potentielles s'élèveraient à 3 F par affilié, donc 150 000 F pour l'ensemble des bénéficiaires de l'aide sociale. Ce montant serait bien moindre que celui articulé dans le projet de loi.

Le représentant du département profite de l'occasion pour communiquer l'avis de l'Office fédéral de la santé publique qui confirme que l'application de ce projet de loi poserait des problèmes en termes de neutralité concurrentielle de l'Etat.

Un commissaire UDC, auteur du projet de loi, remercie le département pour ces informations précises qui permettent de constater que la situation est bien maîtrisée à Genève. Il confirme qu'effectivement les économies seraient moindres. Il propose de ne pas entrer en matière, de faire un rapport et de le passer aux extraits au Grand Conseil.

La Présidente propose de passer à la procédure de vote.

II. Vote sur l'entrée en matière

Au terme de la séance du 16 novembre 2010, la Présidente met aux voix l'entrée en matière sur le PL 10712, qui est refusée à l'unanimité :

Pour : –

Contre : 15 (2 S, 3 Ve, 2 PDC, 2 R, 3 L, 1 UDC, 2 MCG)

Abstention : –

L'entrée en matière sur le PL 10712 est refusée à l'unanimité.

La commission décide de traiter cet objet en catégorie de débat III.

Un commissaire UDC revient sur la demande d'un commissaire PDC d'obtenir copie de l'avis de droit M. Auer.

Le représentant du département confirme qu'il va faire une demande formelle pour l'obtenir.

En conclusion, la Commission des affaires sociales vous invite, Mesdames et Messieurs les députés, à ne pas entrer en matière sur le projet de loi 10712.

Annexe :

Avis de droit de Monsieur Andreas AUER, Professeur de droit public à l'Université de Zürich, « Problèmes constitutionnels de l'affiliation de personnes bénéficiant de l'aide sociale à l'assurance obligatoire des soins selon la LAMal »

Projet de loi**(10712)****modifiant la loi sur l'aide sociale individuelle (LASI) (J 4 04)**

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
décrète ce qui suit :

Art. 1 Modifications

La loi sur l'aide sociale individuelle, du 22 mars 2007, est modifiée comme
suit :

Art. 21, al. 2, lettre c (nouvelle teneur)

- c) la prime d'assurance-maladie obligatoire des soins pour une assurance impliquant une participation minimale de l'assuré aux coûts des prestations dont il bénéficie, pour un montant correspondant à la prime cantonale minimale, sous réserve des exceptions temporaires prévues par règlement du Conseil d'Etat pour les nouvelles personnes présentant une demande d'aide sociale;

Art. 2 Entrée en vigueur

La présente loi entre en vigueur le lendemain de sa promulgation dans la
Feuille d'avis officielle.

Problèmes constitutionnels de l'affiliation
de personnes bénéficiant de l'aide sociale
à l'assurance obligatoire des soins
selon la LAMal

AVIS DE DROIT

rendu par

Andreas AUER

Professeur de droit public
à l'Université de Zurich

Juillet 2010

INTRODUCTION

1. Le Service des tutelles d'adultes (STA) est une entité de l'administration cantonale genevoise relevant de la Direction générale de l'action sociale qui est rattachée au Département de la solidarité et de l'emploi du canton de Genève. Le STA exécute les mandats tutélaires sur les personnes adultes à protéger que lui confie le Tribunal Tutélaire. Il assure, dans les limites du cadre légal, une gestion adéquate des biens, des revenus et des rentes des personnes protégées. En fait partie notamment la gestion des assurances-maladie.

Le Centre social d'intégration des réfugiés (CSIR) est une entité de l'administration vaudoise relevant du Service de prévoyance et d'aide sociale (SPAS) qui est rattaché au Département de la santé et de l'action sociale du canton de Vaud. Le CSIR a pour but d'assurer l'intégration sociale et professionnelle des réfugiés statutaires avec divers partenaires et notamment de leur fournir des prestations financières selon les normes d'aide sociale en vigueur.

INTRAS est une société du Groupe CSS qui pratique notamment l'assurance obligatoire des soins selon la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMaL).

2. En automne 2009, INTRAS a constaté que les quelque 500 pupilles qui lui avaient été adressés par le STA provoquaient un coût annuel moyen net par assuré de CHF 15'000.- environ, contre CHF 3'500 en moyenne, soit un montant quatre fois supérieur. INTRAS a dès lors exigé du STA de répartir ses pupilles entre les différents caisses actives dans le canton au prorata de leur nombre d'assurés. Tout en acceptant de ne pas procéder à de nouvelles affiliations de pupilles auprès d'INTRAS pour 2010, le STA a rappelé en décembre 2009 que la gestion des revenus et des biens des pupilles au mieux de leurs intérêts ne lui laissait d'autre choix que d'opter pour les caisses-maladies les moins chères et celles qui pratiquent le système du tiers-payant. Les primes d'INTRAS étaient considérées comme équivalent à la prime moyenne cantonale. Le STA veillerait à l'avenir à une répartition adéquate des affiliations de ses pupilles, sans toutefois être soumis à une quelconque obligation juridique en la matière. En mars 2010, le Conseiller d'Etat en charge du Département de la solidarité et de l'emploi a refusé de procéder à un ar-

bitrage entre INTRAS et ses services, tout en confirmant que ceux-ci menaient une réflexion d'ensemble sur un nouveau mode de répartition des pupilles.

En décembre 2009, le CSIR a fait part de son souhait d'affilier auprès d'INTRAS, à partir du 1^{er} janvier 2010, 110 réfugiés statutaires suivis par lui, et de résilier les contrats qui les liaient à d'autres caisses, pour le motif que les primes de celles-ci étaient supérieures à la prime cantonale de référence. Suivit un échange de correspondance au cours duquel INTRAS a fait valoir principalement que le respect du principe d'égalité commandait une répartition des affiliations entre les assureurs au prorata de la part de marché de chaque caisse, tandis que le SPAS soutenait que ces motifs étaient étrangers au cadre législatif en vigueur, qui oblige les assureurs à accepter, dans la limite de leur rayon d'activité territorial, toutes les personnes tenues de s'assurer. Y participait également l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) qui, tout en reconnaissant que le problème de la répartition équitable entre plusieurs assureurs-maladie des assurés dont s'occupent les services publics cantonaux et communaux méritait une réflexion approfondie et qu'une solution satisfaisante pour tous les acteurs de la santé devait être trouvée, estimait que l'obligation légale d'affiliation incombant aux assureurs-maladie ne laissait place à aucune marge d'appréciation. Sommé par le SPAS de prendre une décision formelle, INTRAS lui a notifié, le 2 juin 2010, une décision fondée sur l'art. 49 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), refusant la demande d'affiliation des 110 personnes en cause.

3. Le présent avis de droit, établi à la demande du groupe CSS, porte exclusivement sur l'applicabilité et la portée des droits et des principes constitutionnels et législatifs au litige qui oppose INTRAS au STA et au CSIR. Seront examinés en particulier le principe d'économicité que l'Etat se doit de respecter notamment dans le vaste domaine de la politique sociale (I), le principe de la liberté économique consacré à l'art. 94 Cst. et l'exigence de la neutralité concurrentielle de l'Etat qui en découle (II), le principe d'égalité garanti par l'art. 8 Cst. (III) et celui de la légalité, déduit de l'art. 5 al. 1 Cst. (IV). En revanche, les problèmes de procédure, et notamment la question de savoir quels sont les moyens à disposition des parties en cause pour faire valoir leurs droits, respectivement pour remplir leurs obligations, ne sont pas évoqués, tant il est vrai qu'avec la notification de la décision du 2 juin 2010, une procédure contentieuse pourra s'ouvrir à ce propos.

I Le principe d'économicité

Le principe d'économicité commande l'ensemble du droit de la sécurité sociale : l'aide sociale fournie par l'Etat ne peut couvrir que des besoins qui sont individuels, concrets et actuels (*Bedarfsdeckung*), et elle doit être appropriée, c'est-à-dire ne pas aller au-delà du minimum qui est nécessaire pour couvrir ces besoins¹. Si les autorités chargées de l'aide sociale doivent veiller à ce que les personnes prises en charge disposent d'une protection adéquate en matière d'assurances sociales², il va sans dire qu'elles ont l'obligation de choisir des modalités qui ménagent et limitent autant que possible les dépenses fournies par la collectivité pour les personnes qui sont à sa charge.

C'est ainsi que le Tribunal fédéral a rappelé que l'aide sociale n'est pas censée fournir le niveau de prestations qu'une personne pouvant se passer de cette aide serait en mesure de s'offrir par ses propres moyens et qu'en particulier, le service responsable n'est point tenu de financer une assurance maladie coûteuse si des soins médicaux appropriés peuvent être fournis avec une solution moins onéreuse³. C'est ainsi aussi que le législateur fédéral permet aux cantons de limiter les requérants d'asile et les personnes à protéger qui ne sont pas titulaires d'une autorisation de séjour dans le choix de leur assureur et de leurs fournisseurs de prestations, voire de désigner un ou plusieurs assureurs qui n'offrent qu'à ces personnes une assurance assortie d'un choix limité des fournisseurs de prestations⁴. Dans le domaine de l'assurance-maladie de base, il a voulu notamment que les soins soient les plus avantageux possible, que les tarifs soient fixés d'après les règles d'une saine gestion économique et que les conventions tarifaires satisfassent au principe d'économie⁵.

Ramenés à l'essentiel, ces principes constituent des cas d'application du principe constitutionnel de la proportionnalité (Art. 5 al. 2 Cst.) dans le domaine des prestations étatiques en général et de la sécurité sociale en particulier.

En application de ces principes, les services administratifs concernés par la présente procédure ont non seulement le droit, mais l'obligation de chercher à limiter le plus possible les dépenses publiques qu'elles ont pour tâche de gérer pour le compte des personnes à leur charge. S'agissant plus particulièrement du choix de

¹ CHRISTOPH HÄFELI, *Prinzipien der Sozialhilfe*, in: Christoph Häfeli (Ed.), *Das schweizerische Sozialhilfe recht, Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung*, Lucerne 2008 78/79.

² FELIX WOLFFERS, *Grundriss des Sozialhilferechts*, 2. éd. Berne 1999 147.

³ ATF 133 V 353, 357.

⁴ Art. 82a al. 2, 3 et 4 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998.

⁵ Art. 43 al. 6 et 7, art. 46 al. 4 LAMal.

l'assureur maladie qu'elle exerce au nom de ces personnes pour le compte du canton respectivement de la commune responsable, l'autorité n'a guère d'autre choix que de retenir uniquement les caisses-maladie qui pratiquent les primes les plus avantageuses, se situant en principe au-dessous de la prime moyenne cantonale. Un choix qui s'exercerait indépendamment de toute considération fondée sur le principe d'économicité contredirait l'idée de base même de l'aide sociale.

Cela étant, l'obligation de ménager le plus possible les frais résultant de la prise en charge, par l'Etat, des primes d'assurance-maladie des personnes concernées ne dispense pas l'autorité responsable de respecter l'ensemble des principes constitutionnels et autres qui commandent l'activité administrative. C'est dire que, loin d'être l'unique critère déterminant le choix de l'assureur-maladie devant couvrir les personnes prises en charge par l'Etat, le principe d'économicité doit être coordonné et, au besoin contrebalancé, avec les règles générales de l'Etat de droit.

II Le principe de la liberté économique

L'art. 94 Cst. commande que la Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique et que les dérogations à ce principe, en particulier les mesures menaçant la concurrence, soient fondées sur la Constitution ou sur les droits régaliens des cantons. Cette « disposition-clé de la constitution économique »⁶ circonscrit la portée institutionnelle de la liberté économique (art. 27 Cst.) en rappelant que l'Etat – lorsqu'il décide d'intervenir dans ce qui, principalement, doit relever de la société civile, soit les activités économiques – doit s'efforcer d'observer une attitude de neutralité face à la concurrence et respecter les lois du marché. Le principe de la liberté économique interdit donc à l'Etat, sauf disposition constitutionnelle expresse, de déjouer ou de fausser les lois de l'offre et de la demande et d'orienter l'économie selon un plan rigide⁷. Pour le Tribunal fédéral, la garantie de l'économie de marché implique en particulier le respect de la neutralité concurrentielle de l'Etat⁸.

Selon la jurisprudence, le domaine de l'assurance-maladie « est assez largement soustrait à la liberté économique » au niveau tant constitutionnel que législatif⁹. L'obligation, pour toute personne domiciliée en Suisse, de s'assurer (art. 117 al. 2 Cst., art. 3

⁶ GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, Zürich 2007 Art. 94 no 3: „*wirtschaftsverfassungrechtliche Schlüsselbestimmung*“.

⁷ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II Les droits fondamentaux, Berne 2006 no 903, 949.

⁸ ATF 132 I 97, 101; 128 I 136, 146.

⁹ ATF 130 I 26, 42/43; 2P. 134/2003.

LAMal) et celle, pour tout assureur d'accepter, dans son rayon d'action territorial, toute personne tenue de s'assurer (art. 4 al. 2 LAMal), ne sont pas compatibles avec la liberté contractuelle, qui est au cœur de la liberté économique. La jurisprudence se contente dès lors d'exiger d'une réglementation étatique dans ce domaine « qu'elle soit fondée uniquement sur des critères objectivement soutenable tenant compte de la compétition entre les concurrents »¹⁰.

Pour les assureurs qui sont au bénéfice de l'autorisation de pratiquer l'assurance sociale, cela signifie en clair qu'ils ne sont point admis à se prévaloir de la liberté économique, ni en ce qui concerne sa portée individuelle, ni même ne ce qui concerne sa portée institutionnelle¹¹. En tant que « personnes juridiques de droit privé ou public sans but lucratif » (art. 12 al. 1 LAMal), tenues par la loi à « affecter les ressources de l'assurance de base à des buts d'assurance-maladie sociale » (art. 13 al. 2 let. a LAMal), ils ne peuvent exercer d'activité économique produisant un gain¹², qui est l'objet central de la protection constitutionnelle de la liberté économique. Les primes des assurés, qui constituent la source principale de financement de l'assurance obligatoire des soins (art. 64 LAMal), ne peuvent être utilisées que pour payer les prestations qui sont à la charge de cette assurance¹³. La jurisprudence et la doctrine admettent par ailleurs que l'art. 117 Cst. constitue une base constitutionnelle implicite pour permettre à la Confédération de déroger au principe de la liberté économique¹⁴.

De façon générale, les assureurs-maladie admis à pratiquer l'assurance sociale remplissent une fonction étatique¹⁵. A ce titre, ils ne peuvent pas être titulaires des libertés¹⁶, mais sont au contraire leurs destinataires, tenus de respecter les droits fondamentaux conformément à l'art. 35 al. 2 Cst.

Que les assureurs-maladie ne puissent se prévaloir ni de la liberté économique ni même du principe de la liberté économique, parce qu'ils sont en quelque sorte des organes de l'Etat, est une chose. Que la Confédération puisse se fonder sur l'art. 117 Cst. pour déroger au principe de la liberté économique, notamment en instituant une clause de besoin pour l'ouverture de cabinets (art. 55a LAMal), est une autre chose. Que le canton, lorsque la loi fédérale lui confie des tâches spécifiques dans le domaine de l'assurance-maladie, notamment pour approuver les conventions tarifaires ou fixer les tarifs (art. 46 al. 4 et 47 al. 1 LAMal), ne soit point tenu

¹⁰ 2P.134/2003 consid. 3.2.

¹¹ ATF 130 I 26, 41, 50.

¹² ATF 124 V 393.

¹³ ATF 135 V 39, 42; GEBHARD EUGSTER, Kommentar KVG, Zurich 2010 94/95.

¹⁴ ATF 126 I 26, 50 et les auteurs cités.

¹⁵ PHILIPP EGLI, Einheitsklasse oder verzerrter Wettbewerb? Zurich 2006 14, 45.

¹⁶ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 7) no 16.

de respecter les art. 27 et 94 Cst., est une troisième chose. Mais ces trois choses ne signifient pas que les interventions en quelque sorte collatérales du canton dans ce domaine puissent passer par-dessus ces droits et principes constitutionnels.

En l'espèce, l'intervention de l'Etat dans le domaine de l'assurance-maladie ne se fonde pas sur la LAMal. Elle est la conséquence de la législation sur l'aide sociale, fédérale ou cantonale, qui oblige l'Etat à prendre en charge les personnes mises sous tutelle, et les réfugiés statutaires, à couvrir leurs frais d'assurance-maladie et, par voie de conséquence, qui amène l'autorité responsable à choisir, pour cette catégorie de personnes, un assureur maladie qui pratique des primes avantageuses.

Or, dans le cadre de cette activité, il va sans dire que l'autorité doit respecter les droits fondamentaux dans leur ensemble et en particulier le principe de la neutralité concurrentielle de l'Etat. Elle ne peut ni indument avantager, ni indument désavantager un assureur ou un groupe d'assureurs en raison de leur politique de primes. Elle ne pourrait pas, par exemple, affilier à une seule assurance-maladie, parce que les primes de celle-ci sont les moins chères, toutes les personnes qui sont à sa charge. En ce sens, le principe de la neutralité concurrentielle de l'Etat tempère la rigueur du principe d'économicité. L'autorité compétente ne peut écarter l'un au profit de l'autre. Il lui appartient bien plutôt de rechercher un équilibre, une concordance pratique, entre ces deux exigences, qui sont partiellement contradictoires.

Dans cette trajectoire délicate, elle doit notamment tenir compte du fait que les assureurs-maladie sont entre eux dans une situation de concurrence objective, voulue d'ailleurs par le législateur. Les caisses-maladie peuvent pratiquer, en plus de l'assurance de base, l'assurance complémentaire (art. 12 al. 2 LAMal), qui est soumise au droit privé. Or, la pratique parallèle, même séparée, de l'assurance de base et de l'assurance complémentaire leur permet de se construire une structure d'assurés avantageuse, composée de personnes à faible risque de maladie. En plus, l'assurance de base est souvent considérée par les assurés comme une espèce de « tremplin » vers l'assurance complémentaire¹⁷, de sorte que sa pratique permet de bénéficier, dans le secteur privé de l'assurance complémentaire, d'un avantage concurrentiel considérable¹⁸.

Quoi qu'il en soit, il s'avère que les autorités responsables de l'aide sociale, chargées d'exercer, pour les personnes qui sont à leur charge, le « libre choix » de

¹⁷ THOMAS POLEDNA, *Krankenversicherungen und ihre rechtliche Organisation*, Zurich 2002 26.
¹⁸ EGLI (note 15) 52 ss.

L'assureur-maladie garanti par l'art. 4 al. 1 LAMal, sont tenues de respecter autant que possible le principe de la neutralité concurrentielle de l'Etat.

III - Le principe d'égalité

Le principe d'égalité consacré par l'art 8 al. 1 Cst. signifie, pour l'autorité qui applique la loi, que celle-ci doit avoir le même sens et la même portée pour tous ceux qui y sont soumis. Il proscriit les inégalités de traitement, consistant soit en des distinctions, soit en des assimilations qui ne sont pas justifiées par les faits et les circonstances¹⁹. Selon la jurisprudence, une décision viole le principe de l'égalité lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante²⁰.

Dans le système de la LAMal, les assureurs-maladie sont à la fois les destinataires et les titulaires du principe d'égalité. Ils sont tenus en vertu de la loi de garantir l'égalité de traitement des assurés (art. 13 al. 2 let.a LAMal)²¹. Mais à la différence de la liberté économique et de son principe, qui ne leur appartiennent pas, ils peuvent pleinement se prévaloir du principe d'égalité dans leurs rapports avec les instances étatiques. Ce principe tombe en effet dans la catégorie des garanties de l'Etat de droit, qui peuvent être invoquées non seulement par des personnes physiques et morales de droit privé, mais aussi par les personnes morales de droit public, y compris les collectivités publiques²².

Il n'est pas contesté que les pupilles gérés par le STA et les réfugiés statutaires à la charge du CSIR entraînent, pour l'assurance à laquelle ils sont affiliés, des coûts nettement supérieurs à la moyenne. Dès lors que leur affiliation comporte pour l'assureur, qui ne peut pas la refuser, une charge substantielle²³, qui risque de se traduire par une augmentation de primes, l'autorité se doit de la répartir équitable-

¹⁹ Pour beaucoup BIAGGINI (note 6) Art. 8 No 12.

²⁰ ATF 129 I 113, 125

²¹ POLEDNA (note 17) 21/22; ATF 116 V 236.

²² ALER/MALINVERNI/HOTTELIER (note 7) no 23.

²³ Avant l'introduction, avec effet au 1er janvier 2007, de l'art 105a LAMal, les personnes bénéficiant de l'aide sociale créaient même une double charge pour les caisses-maladie, qui devaient non seulement couvrir leurs frais de santé, mais verser la contribution de compensation des charges, voir MÉRÉT BAUMANN, Der Risiko koausgleich im KVG – ein Ausgleich des Risikos?, RSAS 49/2005 370, 402-404.

ment parmi tous les assureurs qui sont dans une situation sinon identique, du moins semblable. Tel est par exemple le cas de tous les assureurs dont les primes se situent en dessous de la moyenne cantonale.

En revanche, le principe d'égalité n'est pas respecté lorsqu'un assureur, qui fait partie de cette catégorie, est dispensé de l'obligation d'affilier des personnes bénéficiant de l'aide sociale pour un motif différent, pas directement lié au montant des primes. La ligne suivie par le STA de ne pas retenir les assureurs qui, bien qu'ayant des primes inférieures à la moyenne cantonale, pratiquent le système du tiers-garant n'est pas conforme au principe d'égalité, car l'inconvénient, pour le service responsable, de payer dans un premier temps les frais des prestations médicales et pharmaceutiques, quitte à se les faire rembourser par la suite, ne heurte point le principe d'économicité. Il s'agit donc d'une distinction qui n'est pas justifiée par les faits à réglementer, et qui confère même un avantage indu à une assurance qui suit une politique de remboursement certes conforme à la loi, mais préjudiciable aux intérêts des assurés. Qu'un service social favorise ainsi une pratique si peu sociale nécessiterait une justification particulièrement convaincante, qui fait défaut en l'espèce.

IV Le principe de la légalité

« *Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat* » – la belle et heureuse formule de l'art. 5 al. 1 Cst. consacre le principe de la légalité, qui veut que l'ensemble de l'activité étatique se fonde sur la loi et repose ainsi sur une base légale. Il s'adresse principalement à l'administration et trouve sa justification principale dans le principe démocratique, dans la séparation des pouvoirs, dans l'interdiction des inégalités et de l'arbitraire et dans la sécurité du droit²⁴ : il s'agit d'éviter que l'administration ne puisse décider comme bon lui semble, de cas en cas, sans être soumise à un contrôle et sans que son action ne soit prévisible. Les organes d'application du droit ne peuvent en principe agir que sur la base d'une norme générale et abstraite qui soit suffisamment précise et déterminée et édictée par l'autorité compétente²⁵.

C'est ce principe constitutionnel essentiel qui, en l'espèce, semble avoir été le plus ouvertement ignoré, et donc violé. Les autorités d'aide sociale sont confrontées depuis de longues années, régulièrement et dans de nombreux cas à des situations

²⁴ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I L'Etat, no 1763-1773.
²⁵ ATF 130 I 1, 5.

comme celles qui sont à la base des présents litiges dans les cantons de Genève et Vaud. Elles doivent contracter une assurance-maladie pour toutes les personnes dont elles s'occupent, sachant que leur affiliation n'est pas un cadeau, mais une charge pour les assureurs choisis. Elles sont contraintes de rechercher la solution la moins onéreuse, tout en respectant les droits et les principes fondamentaux qui sont en cause, et de tenir compte des cas particuliers. A ce sujet, elles disposent d'une certaine marge d'appréciation, qui peut varier d'un canton et d'un secteur à l'autre.

Pour que leur pratique soit conforme à l'ordre constitutionnel, il faut qu'elle se fonde sur une base légale au moins matérielle, qui rappelle le but poursuivi, définit les critères retenus et qui soit communiqué aux intéressés. Une simple déclaration d'intention ne satisfait sans doute pas au principe de la légalité. Il faut un acte normatif, édicté par un autre organe que celui qui est chargé de prendre les décisions, qui énonce les bases de la politique suivie par l'Etat en cette matière. En l'absence de toute base légale, la pratique suivie par le STA et le CSIR, respectivement le SPAS, n'est pas conforme à la Constitution fédérale.

A ce titre, il y a lieu de prendre en considération que les demandes d'affiliation présentées par les services cantonaux responsables, même si elles sont fondamentalement des simples actes de représentation exprimant la volonté fictive des personnes concernées, se traduisent pour les assureurs, du fait de leur auteur, de par la politique qu'elles mettent en œuvre et sous l'effet de la règle impérative de l'art. 4 al. 2 LAMal, comme des décisions administratives formelles au sens de l'art. 5 PA ou des normes cantonales de procédure correspondantes, soumises de plein droit aux exigences résultant du principe de l'Etat du droit.

Zurich, le 15 juillet 2009


Andreas Auer