

Résumé de l'expertise du professeur Ueli Kieser sur le projet d'ordonnance sur la surveillance de l'assurance-maladie (P-OSAMal)

En mars 2015, l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) a remis un projet OSAMal pour approbation par le Conseil fédéral (P-OSAMal). Ce projet a été soumis à une expertise par le professeur Kieser. Cette expertise révèle qu'une surveillance uniforme doit être exercée sur l'assurance sociale, les principaux éléments à cet égard étant regroupés aux articles 76 et 77 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA). Si des différences en matière de surveillance des diverses branches de l'assurance sociale, en l'espèce l'assurance-maladie, sont introduites, celles-ci doivent être justifiées objectivement. Il en va ainsi de la surveillance plus stricte en matière de prévoyance professionnelle, car les institutions de prévoyance concernées peuvent édicter des règlements qui doivent être vérifiés par l'autorité de surveillance. Il en va différemment dans l'assurance-maladie.

L'assurance-maladie est fortement normée et protège correctement les assurés. Ceux-ci peuvent ainsi changer d'assureur sans restriction. Les prestations qui doivent être fournies sont quant à elles précisément définies légalement. Et si les assurés ne sont pas d'accord avec une décision de l'assurance-maladie, ils disposent d'une procédure judiciaire rapide et simple pour la soumettre à un examen. Compte tenu de ces éléments, il s'avère inutile de soumettre l'assurance-maladie à une surveillance plus stricte que celle exercée, par exemple, sur l'assurance-accidents. Le projet d'ordonnance sur la surveillance de l'assurance-maladie dépasse la réglementation relative à la surveillance de l'assurance-accidents sans que cela soit justifié.

La loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (LSAMal) est une loi peu heureuse, qui crée un amalgame entre surveillance et mesures d'exécution. Le projet d'ordonnance d'exécution, dont il est ici question, devrait donc être rédigé avec minutie et distinguer clairement surveillance par l'OFSP et (co-)participation de l'OFSP à l'exécution de l'assurance. Le P-OSAMal manque de la minutie requise en matière de législation.

Le projet OSAMal de l'OFSP présente une série de faiblesses. L'expertise du professeur Ueli Kieser en décèle neuf.

Critique 1: surrégulation

Les dispositions du P-OSAMal ne tiennent pas suffisamment compte du fait qu'une forme particulière de surveillance doit être réglée, à savoir celle exercée par une autorité fédérale sur une entreprise externe. L'ordonnance se démarque plutôt par divers éléments qui sont typiques de la surveillance exercée par une autorité supérieure sur une autorité inférieure. En ce qui concerne la surveillance d'une entreprise externe – ce que sont les assureurs-maladie – il faut toujours tenir compte du fait que le législateur a octroyé une certaine liberté à ces entreprises; la surveillance ne saurait être conçue comme un dispositif aboutissant à la restriction de cette liberté.

***Exemple:** En matière de transmission de renseignements en particulier, les dispositions du P-OSAMal dépassent ce qui est nécessaire et enfreignent le principe de proportionnalité. L'activité de surveillance de l'OFSP ne saurait inclure le fait que les assureurs-maladie communiquent systématiquement les données de tous les assurés pour préparer les bases de décision pour les modifications de la loi (cf. art. 82, al. 1, let. j P-OSAMal).*

Critique 2: amalgame inadmissible entre surveillance et gestion

Le P-OSAMal omet parfois de respecter la distinction requise entre surveillance et réglementation de questions d'ordre organisationnel. Dans l'ensemble, une analyse du P-OSAMal révèle que l'ordonnance ne distingue pas suffisamment les diverses activités de surveillance de l'OFSP, qui requièrent des réglementations différentes.

Exemples:

- *L'art. 82, al. 1, let. i et j P-OSAMal ne concerne manifestement pas le domaine de la surveillance, mais celle de la législation. A cet égard, la loi ne prévoit pas que les assureurs-maladie doivent transmettre systématiquement des données.*
- *L'art. 82, al. 1, let. h P-OSAMal précise que les données sont traitées par l'OFSP afin de «fixer des réductions de primes correctes sur le plan actuariel». Il est alors complètement omis que la tâche relative à ces rabais sur les primes est du ressort des assureurs-maladie.*

Critique 3: ne tient pas compte des décisions de principe de la loi sur l'assurance-maladie

Le P-OSAMal ne reflète pas le principe selon lequel les décisions fondamentales de la LAMal – p.ex. la liberté d'entreprise des assureurs-maladie en matière organisationnelle ou l'esprit de concurrence – doivent être favorisées par l'activité de surveillance.

Exemples:

- *L'art. 27 P-OSAMal précise les modalités de calcul des primes dans les moindres détails. Par principe, ce calcul est du ressort des assureurs-maladie et constitue un facteur-clé de la concurrence garantie par la loi.*
- *L'art. 38 P-OSAMal aborde la question des frais administratifs. Les frais administratifs sont un domaine qui ressort typiquement de l'autonomie des assureurs-maladie. Il faut notamment souligner que les assurés peuvent changer d'assurance s'ils considèrent que les primes (qui reflètent aussi les frais administratifs) sont trop élevées. Il faudrait qu'une base légale autorise l'autorité de surveillance à s'immiscer de manière plus détaillée dans les frais administratifs. Une telle base fait toutefois défaut.*

Critique 4: disproportionné

Les dispositions du P-OSAMal n'indiquent pas que lors du choix entre les différentes formes de surveillance, il y a lieu de toujours choisir celle qui implique une intervention minimale. La portée du principe – central – de proportionnalité ne ressort pas de l'analyse des diverses dispositions du P-OSAMal.

Exemples:

- *L'art. 27 P-OSAMal, qui règle les modalités de calcul des primes dans les moindres détails, va trop loin en ce qui concerne le calcul des primes et enfreint donc le principe de proportionnalité.*
- *L'art. 40 P-OSAMal précise que l'assureur doit édicter des directives internes pour la gestion d'entreprise et les remettre à l'autorité de surveillance. Se pose alors la question du respect du principe de proportionnalité. Il n'y a pas de justification à ce que des directives internes soient rédigées en sus et soient présentées à l'autorité de surveillance. Ce point enfreint un élément central de l'autonomie des assureurs-maladie.*
- *L'art. 43, al. 1 P-OSAMal exclut les mandats à double dans bien des domaines; cette disposition dépasse le cadre légal. Certes, la LSAMal veut aussi empêcher les mandats à double, mais elle ne se rapporte pas à toute personne au sein des organes, mais uniquement au président ou à la présidente.*
- *L'art. 49 P-OSAMal se rapporte à la documentation de la gestion des risques et précise que la documentation y relative doit être transmise en permanence à l'autorité de surveillance. Il ne ressort pas clairement pourquoi ces données doivent être transmises en permanence à l'autorité de surveillance. Cette disposition dépasse manifestement les*

besoins de l'autorité de surveillance pour exercer une surveillance suffisante sur la gestion des risques.

Critique 5: dépasse le cadre légal

Le P-OSAMal est le volet d'exécution d'une loi qui est très détaillée et qui traite de questions importantes. Il est donc difficile de comprendre pourquoi l'ordonnance d'exécution ne se limite pas à régler des questions décisives en matière d'exécution, mais s'immisce dans d'autres domaines.

Exemple: *L'art. 9, al. 2 P-OSAMal précise que les assureurs-maladies ne peuvent recevoir de «dons». Cette interdiction est dépourvue de toute base légale.*

Critique 6: compromet la sécurité du droit

Le P-OSAMal utilise des termes dont le fond est difficile à percevoir et qui ne correspondent pas à la terminologie habituelle. La sécurité du droit en est compromise.

Exemples:

- *L'art. 9, al. 1 P-OSAMal parle de «revenus» pour désigner manifestement les recettes.*
- *L'art. 34, al. 2 P-OSAMal précise que l'autorité de surveillance communique aux cantons sa décision relative à la compensation des primes encaissées en trop dans un canton. A cet égard se pose la question de savoir s'il en résulte ainsi pour le canton des voies de droit.*
- *L'art. 46, al. 1 P-OSAMal règle les «conflits d'intérêts», un terme des plus flous. Cette disposition souhaite aussi que les membres des organes de direction règlent leurs «relations personnelles» de façon à ce que leurs intérêts n'entrent pas en conflit avec ceux de l'assureur. Voilà qui manque aussi de clarté, et qui reste mystérieux quant aux répercussions.*

Critique 7: manque d'objectivité

Le P-OSAMal définit des limites fixes pour des domaines qui relèvent de la mise en œuvre de principe généraux. L'ordonnance complique ainsi l'exécution de l'assurance, la restreint et aboutit à des résultats aléatoires.

Exemples:

- *L'art. 9, al. 1 P-OSAMal exige une «garantie» les revenus de l'assureur couvrent ses besoins pour chaque exercice. Cette exigence fixe ne saurait être logiquement satisfaite.*
- *L'art. 27, al. 4 P-OSAMal définit une limite fixe de 200% pour les réserves. Les réserves doivent en sus toujours être en rapport avec l'assurance concrète et sa solvabilité. Pour des petites compagnies d'assurance, ces 200% peuvent se révéler insuffisants, alors que pour d'autres, ils pourraient être beaucoup trop importants. Il semble donc impératif, soit d'ajouter une clause d'exception, soit pour le moins d'ajouter le terme: «... sont en général excessives ...».*
- *L'art. 29, al. 5 P-OSAMal prévoit une approbation des primes pour une année. Cette limitation ne résulte pas de la LSAMal et elle n'est pas judicieuse.*

Critique 8: manque de minutie dans l'élaboration

Au cours de la rédaction du P-OSAMal, le substrat de la loi a été insuffisamment pris en compte.

Exemples:

- *Le P-OSAMal omet complètement et sans autre explication des distinctions prévues manifestement par la loi – p.ex. à l'art. 35 LSAMal renseignements et documents d'une part, indications sur les données d'autre part (cf. art. 82, al. 1 P-OSAMal).*
- *Le rapport entre le P-OSAMal et la loi est tout aussi brouillon, par exemple lorsque l'art. 82 P-OSAMal se réfère uniquement à l'art. 35, al. 2 LSAMal, alors qu'il faudrait manifestement se référer à tout l'article 35 LSAMal.*
- *Le rapport de l'OFSP sur le P-OSAMal manque aussi de minutie: ainsi, en ce qui concerne l'art. 25, al. 4 P-OSAMal, l'OFSP indique dans son commentaire que les frais des mandats de révision confiés à des tiers doivent être assumés par les assureurs révisés. Ce commentaire enfreint non seulement la réglementation légale, mais aussi l'ordonnance elle-même.*

Critique 9: ne tient pas assez compte des principes de protection des données

Le P-OSAMal ne tient pas assez compte de principes juridiques de protection des données et enfreint à cet égard le principe de proportionnalité. Alors que l'art. 35, al. 1 LSAMal parle de fournir des renseignements et documents, l'art. 82 ss P-OSAMal définit une fourniture systématique de données. A cet égard, le P-OSAMal doit être révisé en profondeur.

Exemples:

- *Il ne ressort pas clairement pour quelles raisons l'autorité de surveillance, en vertu de l'art. 83, al. 1, let. a P-OSAMal doit recevoir systématiquement les données sur l'âge, le sexe et le lieu de domicile de tous les assurés.*
- *Les raisons plaidant pour une indication systématique à l'autorité de surveillance du motif de résiliation des assurés sont tout aussi floues et en tous les cas disproportionnées; les assurés ne doivent effectivement en aucun cas indiquer de motif de résiliation.*
- *Il n'est pas clair pour quelles raisons l'autorité de surveillance devrait recevoir toutes les positions tarifaires de toutes les factures reçues (millions de données).*

Bilan global: une révision fondamentale s'impose

Au vu des faiblesses du P-OSAMal, une révision fondamentale du projet s'impose. Il faut notamment distinguer clairement surveillance par l'OFSP et (co-)participation de l'OFSP à l'exécution de l'assurance.

M. Ueli Kieser, professeur titulaire en droit des assurances sociales/droit de la santé publique auprès des universités de Berne et Saint-Gall et vice-directeur de l'Institut pour le droit et la pratique juridique à l'Université de Saint-Gall

Berne, le 24 août 2015