

GE_GERICHTE ATAS/1052/2020 vom 29. Oktober 2020

GE Cour de justice, 2020-10-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1052_2020

FR: GE_GERICHTE ATAS/1052/2020 du 29 octobre 2020

IT: GE_GERICHTE ATAS/1052/2020 del 29 ottobre 2020

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 4 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

Le litige porte sur le droit de l'intimé de désigner le SAI comme organe de contrôle du décompte final des actes de défaut de biens de la recourante pour 2018.

E. 3

Le recours a été déposé dans les forme et délai prévus par la loi (art. 56ss LPGA). S'agissant de sa recevabilité, la chambre de céans relève toutefois ce qui suit. La recevabilité d'un recours dépend notamment de circonstances liées à la personne du recourant. La partie recourante doit entre autres se voir reconnaître la qualité pour recourir (Jean METRAL in Commentaire romand LPGA, nn. 1 et 11 ad art. 59). L'art. 59 LPGA dispose que quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir. La notion d'intérêt digne de protection de l'art. 59 LPGA est la même que celle prévue dans la procédure fédérale de recours (ATF 130 V 388 consid. 2.2). L'intérêt digne de protection consiste ainsi en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant ou, en d'autres termes, dans le fait d'éviter un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. L'intérêt doit être direct et concret (ATF 130 V 196 consid. 3). Exceptionnellement, il convient de renoncer à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque la contestation peut se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues, que sa nature ne permet pas de la trancher avant qu'elle ne perde de son actualité et qu'il existe un intérêt public suffisamment important à la solution de la question litigieuse (arrêt du Tribunal fédéral 2C_867/2019 du 14 avril 2020 consid. 3.3). En l'espèce, même à supposer que la décision sur opposition soit une décision finale - et non une décision incidente émise dans le cadre de la procédure de remboursement des créances de la recourante, qui ne serait alors susceptible de recours que si elle créait un préjudice irréparable ou si son admission pouvait conduire immédiatement à une décision évitant une procédure probatoire longue et coûteuse (cf. art. 57 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985

A/638/2019 - 23/37 - [LPA - E 5 10]) - on voit mal le préjudice causé à la recourante par la désignation du SAI, à tout le moins à ce stade de la procédure, et partant l'intérêt pratique du

recours. En effet, la désignation d'un autre organe de contrôle qu'A_____ n'entraîne pas ipso facto une diminution des remboursements de l'intimé à la recourante, a fortiori dès lors que cette dernière insiste sur l'exactitude des décomptes établis et des contrôles d'A_____. Ce n'est du reste pas le principe du contrôle - ancré dans la loi - qui fait l'objet de la décision, mais uniquement l'organe désigné à cet effet. Quant à la crainte de la recourante de voir 26 organes de contrôle investir simultanément ses locaux, il s'agit d'une éventualité peu réaliste, que des mesures organisationnelles simples suffiraient à éviter, et qui ne créerait en toute hypothèse pas non plus de préjudice. Dans ces circonstances, l'existence d'un intérêt pour recourir, et partant la recevabilité du recours, paraissent incertaines. Ces questions peuvent néanmoins rester ouvertes, dès lors que le recours doit être rejeté sur le fond.

E. 4

Selon le régime légal en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011, le non-paiement des primes et des participations aux coûts dans l'assurance-maladie sociale entraînait la suspension de la prise en charge des coûts des prestations lorsque, malgré le rappel, l'assuré n'avait effectué aucun paiement et qu'une réquisition de continuer la poursuite avait été déposée. Il était estimé que 150'000 personnes avaient été concernées par une suspension de la prise en charge des coûts des prestations, et les fournisseurs de prestations devaient faire face à des factures impayées représentant quelque 80 millions de francs pour les hôpitaux. La suspension de la prise en charge pouvait ainsi entraîner des difficultés financières pour les fournisseurs de prestations et remettait en question le principe même de l'assurance-maladie sociale. En outre, elle avait des conséquences négatives sur les personnes concernées, qui risquaient de ne plus recevoir les soins dont elles avaient besoin. La révision de la loi visait à supprimer la suspension de la prise en charge des coûts et à imposer aux cantons de prendre à leur charge la majeure partie des créances ayant conduit à la délivrance d'un acte de défaut de biens. Selon le nouvel art. 64a al. 3 LAMal proposé, les contrôles effectués par les organes de révision désignés par les cantons visaient notamment à vérifier l'exactitude du contenu des annonces effectuées par l'assureur. Il s'agissait en particulier d'examiner que les données annoncées concernaient des primes et des participations aux coûts ainsi que les frais de poursuite relevant de l'assurance-maladie sociale, à l'exclusion de tous les autres frais liés, par exemple, aux assurances complémentaires. L'institution d'un organe de révision faciliterait la gestion des actes de défaut de biens ou de documents équivalents et permettrait aux cantons d'agir sans tarder. Le projet habilitait en outre le Conseil fédéral à régler les tâches de l'organe de révision (rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national portant sur l'initiative parlementaire « Article 64a LAMal et primes non payées » du 28 août 2009, FF 2009 5974-5977 et 5980).

A/638/2019 - 24/37 - L'art. 64a LAMal, entré en vigueur le 1er janvier 2012, dispose que lorsque l'assuré n'a pas payé des primes ou des participations aux coûts échues, l'assureur lui envoie une sommation, précédée d'au moins un rappel écrit; il lui impartit un délai de trente jours et l'informe des conséquences d'un retard de paiement (al. 1). Si, malgré la sommation, l'assuré ne paie pas dans le délai imparti les primes, les participations aux coûts et les intérêts moratoires dus, l'assureur doit engager des poursuites. Le canton peut exiger que l'assureur annonce à l'autorité cantonale compétente les débiteurs qui font l'objet de poursuites (al. 2). L'assureur annonce à l'autorité cantonale compétente les débiteurs concernés et, pour chacun, le montant total des créances relevant de l'assurance obligatoire des soins (primes et participations aux coûts arriérées, intérêts moratoires et frais de

poursuite) pour lesquelles un acte de défaut de biens ou un titre équivalent a été délivré durant la période considérée. Il demande à l'organe de contrôle désigné par le canton d'attester l'exactitude des données communiquées et transmet cette attestation au canton (al. 3). Le canton prend en charge 85 % des créances ayant fait l'objet de l'annonce prévue à l'al. 3 (al. 4). L'assureur conserve les actes de défaut de biens et les titres équivalents jusqu'au paiement intégral des créances arriérées. Dès que l'assuré a payé tout ou partie de sa dette à l'assureur, celui-ci rétrocède au canton 50 % du montant versé par l'assuré (al. 5). Le Conseil fédéral règle les tâches de l'organe de révision et désigne les titres jugés équivalents à un acte de défaut de biens. Il règle également les modalités de la procédure de sommation et de poursuite ainsi que les modalités de transmission des données des assureurs aux cantons et des versements des cantons aux assureurs (al. 8). L'art. 64a LAMal n'interfère pas dans la relation contractuelle entre assureur et assuré. Même si le canton prend en charge 85 % des créances relevant de l'assurance obligatoire pour lesquelles un acte de défaut de biens ou un titre équivalent a été délivré, l'assureur reste l'unique créancier de l'assuré. Cette disposition ne prévoit pas une subrogation du canton dans les droits de l'assureur à concurrence du montant pris en charge. D'après la volonté claire du législateur, l'assureur demeure seul habilité à obtenir le paiement des créances impayées, que ce soit par le biais de poursuites ou d'une convention de remboursement. Conformément à l'art. 64a al. 5 LAMal, l'assureur est tenu de garder les actes de défaut de biens et les titres équivalents afin de pouvoir faire valoir ces titres au-delà et indépendamment de la prise en charge par le canton, jusqu'au paiement intégral des créances arriérées. Afin d'inciter l'assureur à obtenir ce paiement, l'art. 64a al. 5 LAMal prévoit expressément que celui-ci puisse conserver la moitié des montants récupérés (ATF 141 V 175 consid. 4.4). La rétrocession de 50 % au canton sur les dettes payées par la suite repose sur l'idée qu'il est équitable que le canton qui a payé 85 % des frais de santé non acquittés récupère une partie des montants versés par l'assuré par la suite. La part de 50 % représente un compromis tenant notamment compte des frais de recouvrement. Les chances de voir une dette acquittée après la délivrance d'un acte de défaut de biens sont selon l'expérience

A/638/2019 - 25/37 - faibles (Gebhard EUGSTER, Krankenversicherung, in Soziale Sicherheit, SBVR vol. XIV, 3ème éd. 2016, n. 1330). L'organe désigné par le canton pour vérifier les données communiquées par l'assureur selon l'art. 64a al. 3 LAMal peut faire partie de l'administration cantonale ou être un organe de contrôle externe (Ivo BÜHLER / Cliff EGLE, Basler Kommentar, Krankenversicherungsgesetz, n. 68 ad art. 64 LAMal).

E. 5

L'initiative « Exécution de l'obligation de payer les primes. Modification de l'article 64a de la loi fédérale sur l'assurance-maladie » 16.312, déposée le 30 mai 2016 par le canton de Thurgovie, est actuellement pendante devant l'Assemblée fédérale. Elle vise à modifier l'art. 64a al. 4 LAMal comme suit : Le canton prend en charge 85 pour cent des créances ayant fait l'objet de l'annonce prévue à l'alinéa 3. Si le canton prend en charge 90 pour cent de ces créances, l'assureur lui transmet la gestion de l'acte de défaut de biens ou du titre équivalent. Cette transmission équivaut à un changement de créancier. Le canton indique à l'assuré le changement de créancier. L'alinéa 5 ne s'applique pas dans ce cas. Le canton de Thurgovie a motivé cette initiative en soulignant que la caisse-maladie qui perçoit 85 % du canton et ne rétrocède que 50 % du montant versé par l'assuré peut recevoir jusqu'à 135 % de la créance initiale, alors que les cantons ne peuvent influencer sur le recouvrement des créances, les actes de défaut de biens et les titres équivalents restant entre les mains de

l'assureur. En outre, l'assureur n'est pas contraint de gérer les créances en cours. Selon une évaluation de la Conférence des directeurs sanitaires (ci-après : CDS), les assureurs n'ont rétrocédé aux cantons que 0.55 % de la part prévue en 2013 et que 2 % en 2014. L'introduction de l'art. 64a LAMal a manifestement réduit l'intérêt des assureurs à encaisser efficacement les primes, et la révision proposée vise à supprimer, ou tout au moins à atténuer, la charge financière qui pèse de manière inégale et inappropriée sur les cantons et les assureurs. La Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des États a donné suite à cette initiative le 28 mars 2017, et son homologue du Conseil National y a adhéré le 25 janvier 2018. Le 3 juin 2020, le Conseil des États a prolongé le délai pour élaborer un projet d'acte jusqu'à la session d'été de 2022.

E. 6

L'ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995 (OAMal - RS 832.102) dispose à son art. 105f que l'assureur informe l'autorité cantonale compétente, dans les deux semaines qui suivent la fin de chaque trimestre, de l'évolution des actes de défaut de biens établis depuis le début de l'année (al. 1). Il annonce à l'autorité cantonale compétente, le 31 mars au plus tard, le décompte final des actes de défaut de biens qui ont été délivrés durant l'année précédente, ainsi que le rapport de révision qui s'y rapporte. Le décompte intègre le récapitulatif des demandes de prise en charge selon l'art. 64a al. 3 de la loi et un récapitulatif des restitutions selon l'art. 64a al. 5 de la loi (al. 2).

A/638/2019 - 26/37 - Selon l'art. 105j OAMal dans sa teneur depuis le 1er janvier 2018, l'organe de contrôle vérifie l'exactitude des informations des assureurs concernant les créances selon l'art. 64a al. 3 de la loi. Il contrôle si les indications concernant les débiteurs et les personnes assurées sont correctes (let. a); la procédure de sommation selon l'art. 105b a été respectée (let. b); un acte de défaut de biens existe (let. c); la date de délivrance de l'acte de défaut de biens concerne l'année précédente (let. d); le montant total des créances est exact (let. e); la créance est annoncée au canton dans lequel l'acte de défaut de biens a été établi (let. f) (al. 1). Il vérifie l'exactitude et l'exhaustivité des informations des assureurs concernant le paiement des créances arriérées après l'établissement de l'acte de défaut de biens (let. a); les remboursements au canton en vertu de l'art. 64a al. 5 LAMal (let. b) (al. 2). Lorsque le canton désigne un autre organe de contrôle que l'organe de révision visé à l'art. 25 de la loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale du 26 septembre 2014 (LSAMal - RS 832.12), il prend en charge les frais résultant des activités de celui-ci (al. 3). Jusqu'au 31 décembre 2017, les alinéas deuxième et troisième de l'art. 105j OAMal étaient ainsi libellés : l'organe de contrôle vérifie l'exactitude des indications que les assureurs annoncent aux cantons concernant le paiement par les assurés des créances échues selon l'acte de défaut de biens (al. 2). Lorsque le canton désigne un autre organe de contrôle que l'organe de révision selon l'art. 86 [OAMal], il prend en charge les frais résultant des activités de l'organe de contrôle désigné (al. 3). L'art. 86 OAMal, abrogé le 1er janvier 2016, prévoyait notamment que chaque assureur désignait un organe de révision et précisait certaines exigences quant à cette fonction. Le rapport explicatif sur la modification précitée de l'art. 105j OAMal, publié par l'OFSP en novembre 2017, précisait que la CDS et SantéSuisse avaient demandé que l'organe de contrôle soit tenu de vérifier non seulement l'exactitude, mais aussi l'exhaustivité des informations fournies par les assureurs et des informations concernant les remboursements en vertu de l'art. 64a al. 5 LAMal. L'art. 64a al. 3 LAMal prévoyait uniquement que l'organe de contrôle désigné par le canton atteste qu'il avait vérifié l'exactitude des données

communiquées par l'assureur au canton. De ce fait, la question se posait de savoir si le Conseil fédéral pouvait obliger les assureurs à donner à leur organe de contrôle, à leur charge, d'autres mandats de vérification. La réponse était affirmative, car l'on pouvait partir de l'idée que l'art. 64a al. 3 LAMal entendait poser le principe de l'attestation par l'organe de contrôle des données communiquées par l'assureur au canton, mais non exclure une telle attestation pour des données mentionnées à d'autres alinéas. Ainsi, l'organe de contrôle serait aussi tenu de vérifier l'exactitude et l'exhaustivité de ces remboursements. S'agissant de l'alinéa troisième de l'art. 105j OAMal, il convenait de l'adapter à la suite de l'abrogation de l'art. 86 OAMal. L'art. 25 al. 1 LSAMal prévoyait désormais que les assureurs mandatent un organe de révision externe agréé. C'était ainsi à cette disposition que le renvoi devait se référer. Au sujet de

A/638/2019 - 27/37 - l'entrée en vigueur, l'OFSP notait que les organes de révision devaient vérifier les indications de l'assureur pour l'exercice 2017 selon le nouvel art. 105j OAMal dès le 1er janvier 2018.

E. 7

On peut rappeler ce qui suit au sujet de la surveillance par l'État, en particulier s'agissant des assureurs-maladie. De manière générale, quand bien même la surveillance d'une organisation chargée d'une tâche de droit public n'est pas précisément réglée, il y a lieu d'admettre que la compétence de la Confédération pour une tâche qu'elle a déléguée lui confère un droit de surveillance minimal, portant notamment sur la vérification de l'accomplissement des tâches (avis de droit de l'Office fédéral de la justice sur le contrôle et la surveillance par la Confédération des entreprises semi-étatiques, JAAC 54.36/1990 p. 238). 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 de personnes sont en cause, des conditions plus strictes sont applicables afin que l'État puisse intervenir. Ces conditions ne sont pas applicables aux caisses-maladie. 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 (Expertise concernant la surveillance de « santéuisse » établie le 7 novembre 2006 par les Professeurs Regula KÄGI-DIENER et René RHINOW à l'attention de Consano, p. 8).

E. 8

Jusqu'au 31 décembre 2015, seules quelques dispositions ancrées dans la LAMal concernaient la surveillance de l'assurance. À ce moment, on estimait que la surveillance des caisses-maladie était peu importante, d'autant que celles-ci observaient les prescriptions de la Confédération même en l'absence de bases légales. La pratique a toutefois montré que les assureurs n'étaient pas toujours disposés à le faire, faute de mesures coercitives appropriées. Partant, le législateur avait instauré des sanctions supplémentaires telles que des amendes d'ordre au 1er janvier 2001. Il manquait des sanctions appropriées lorsque les caisses-maladie ou leurs organes ne se conformaient pas aux prescriptions de l'autorité de surveillance. Pour remplir sa fonction, l'autorité de surveillance avait besoin de bases légales suffisantes, à savoir des conditions légales claires, complètes et sans ambiguïté et une codification dans une loi spécifique. Pour toutes ces raisons, le Conseil fédéral a décidé que les bases légales permettant de renforcer la surveillance de l'assurance-maladie sociale

devaient être précisées dans une loi sur la surveillance de l'assurance-maladie (Message du Conseil fédéral relatif à la loi sur la surveillance de l'assurance-maladie du 15 février 2012, FF 2011 1730ss). La LSAMal est entrée en vigueur le 1er janvier 2016. Son art. 25 prévoit que les assureurs mandatent un organe de révision externe agréé; celui-ci est chargé des

A/638/2019 - 28/37 - tâches suivantes : procéder au contrôle ordinaire des comptes annuels et, le cas échéant, des comptes de groupe (art. 727 ss de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse [CO, Code des obligations - RS 220]) (let. a); examiner la régularité de la gestion (let. b) (al. 1). Seules les entreprises de révision agréées en qualité d'experts-réviseurs au sens de la loi du 16 décembre 2005 sur la surveillance de la révision peuvent être mandatées (al. 2). Seule une personne physique agréée en qualité d'expert-réviseur au sens de la loi sur la surveillance de la révision peut exercer la tâche du réviseur qui dirige la révision (al. 3). Aux termes de l'art. 26 LSAMal, l'organe de révision externe examine si les comptes annuels sont établis, tant sur la forme que sur le fond, conformément aux lois, aux statuts et aux règlements (let. a); si, sur la base des instructions de l'autorité de surveillance, les dispositions de la LSAMal, de la LAMal et de leurs ordonnances d'exécution sont respectées (let. b) (al. 1). L'autorité de surveillance peut confier des mandats supplémentaires à l'organe de révision externe et ordonner des contrôles particuliers. En cas d'indice d'irrégularités ou d'actes illégaux, les frais sont à la charge de l'assureur contrôlé (al. 2). L'organe de révision externe consigne les résultats de ses vérifications et ses constatations dans un rapport au sens de l'art. 728b CO. Il remet ce rapport à l'autorité de surveillance au plus tard le 30 avril suivant (al. 3).

E. 9

Au plan cantonal, la loi d'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 29 mai 1997 (LaLAMal - J 3 05) prévoit à son art. 10A que le SAM est compétent pour la prise en charge du contentieux des assurés insolvables prévu par l'art. 64a al. 4 LAMal (al. 1). Les assureurs lui annoncent : à sa demande, les personnes soumises à l'assurance obligatoire des soins, domiciliées dans le canton, qui font l'objet de poursuites (let. a); les débiteurs concernés et, pour chacun, le montant total des créances relevant de l'assurance obligatoire des soins (primes et participations aux coûts arriérées, intérêts moratoires et frais de poursuite) pour lesquelles un acte de défaut de biens ou un titre équivalent a été délivré durant la période considérée, en vue d'une prise en charge forfaitaire par le canton dans les limites du droit fédéral (let. b) (al. 2). Par règlement, le Conseil d'État désigne l'organe de contrôle prévu par l'art. 64a al. 3 LAMal. Il peut déléguer au SAM la compétence de désigner, dans des situations particulières, un organe de contrôle spécifique (let. a); précise les conditions et les modalités de la prise en charge forfaitaire des créances ainsi que les procédures y relatives (let. b); dresse la liste des décisions et titres considérés comme équivalant à un acte de défaut de biens (let. c) (al. 3). Le SAM est habilité à conclure avec les assureurs des conventions précisant les aspects de la gestion du contentieux de l'assurance obligatoire des soins qui ne sont pas précisés par le droit fédéral ou, à défaut de telles conventions, à édicter des directives administratives nécessaires à cet effet (al. 4). Les créances irrécouvrables remboursées aux assureurs sont imputées sur le budget global des subsides cantonaux et fédéraux, au sens de l'art. 66 LAMal (al. 5).

A/638/2019 - 29/37 - L'art. 8 du règlement d'exécution de la loi d'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 15 décembre 1997 (RaLAMal - J 3 05.01), selon sa teneur jusqu'au 9 octobre 2018, arrêtaient que l'organe de révision externe de l'assureur exerçait en principe la fonction d'organe de contrôle chargé d'attester l'exactitude des

données communiquées au service (al. 1). Lorsque l'organe de révision externe de l'assureur ne présentait pas les garanties nécessaires, le service désignait une autre instance comme organe de contrôle (al. 2). Cette disposition a été modifiée le 10 octobre 2018, et dispose désormais que l'organe de révision externe de l'assureur exerce en principe la fonction d'organe de contrôle chargé d'attester l'exactitude des données communiquées au service (al. 1). Dans des situations particulières, le service désigne une autre instance comme organe de contrôle, telle que le service d'audit interne de l'État de Genève (al. 2).

E. 10

Il paraît judicieux d'examiner la manière dont d'autres cantons ont fait usage de la faculté que leur confère l'art. 105j OAMal. Dans le canton de Vaud, l'art. 32d al. 1 du règlement concernant la loi d'application vaudoise de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (RLVLAMal - RSV 832.02.1) prévoit que l'organe de révision externe de l'assureur, au sens de l'art. 86 OAMal, exerce en principe la fonction d'organe de contrôle au sens de l'art. 64a al. 3 LAMal. Afin de garantir la bonne et fidèle exécution de cette tâche, l'office vaudois de l'assurance-maladie (OVAM) peut effectuer des contrôles des décomptes de contentieux de l'assureur, directement dans les locaux de ce dernier. Le contrôle se fait en principe par pointage. L'assureur est tenu de collaborer en fournissant à l'OVAM tous les documents et informations nécessaires au contrôle (al. 2). Le canton de Neuchâtel n'a pas désigné d'organe de contrôle, l'art. 25 al. 2 et al. 3 du règlement d'application de la loi d'introduction de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (RALILAMal - RSN 821.101) disposant uniquement que conformément à l'art. 64a LAMal, les assureurs communiquent à l'office les actes de défaut de biens délivrés contre leurs assurés en vue du remboursement de leurs créances. L'office [chargé de l'assurance-maladie] fixe les modalités et le contenu des communications. À Fribourg, l'art. 6 al. 4 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LALAMal - RSF 842.1.1) délègue à la direction chargée de la santé la compétence de désigner l'organe de contrôle chargé de vérifier l'exactitude des annonces de l'assureur. Dans le canton de Berne, selon l'art. 22c de l'ordonnance cantonale sur l'assurance-maladie (OCAMal - RSB 842.111.1), l'organe de révision selon l'art. 64a al. 3 LAMal est en règle générale l'organe de révision externe de l'assureur-maladie conformément à l'art. 86 OAMal. En cas de circonstances particulières, il est possible de désigner un autre organe de révision.

A/638/2019 - 30/37 - Le canton de Bâle-Ville désigne l'organe de contrôle de l'assureur-maladie selon l'art. 86 OAMal pour la révision des décomptes selon l'art. 64a LAMal, tout en prévoyant que les assureurs-maladie doivent sur demande autoriser à l'office compétent l'accès sans restriction aux actes de poursuite et de recouvrement internes (§11a al. 1 der Verordnung über die Krankenversicherung im Kanton Basel-Stadt (KVO) (RSBV - 834.410). Dans le Jura, l'ordonnance concernant la réduction des primes dans l'assurance-maladie (RSJ 832.115) prévoit que l'organe de contrôle au sens de l'art. 64a al. 3 LAMal est l'organe de révision selon l'art. 86 OAMal (art. 11 al. 4). L'art. 25 dispose que la caisse de compensation cantonale contrôle les décomptes établis par les assureurs. Elle peut se rendre dans les administrations des assureurs et demander des renseignements aux organes de contrôle des assureurs (al. 1). L'organe de révision de la caisse de compensation vérifie le décompte cantonal établi par la caisse de compensation et résume ses constatations dans un rapport de révision. À Zurich, l'organe de révision est celui prévu par l'art. 25 LSAMal (§ 57 Verordnung zum EG KVG [VEG KVG - 832.1]).

E. 11

a. En l'espèce, il convient en préambule de noter que l'art. 8 RaLAMal dans sa teneur depuis le 10 octobre 2018 est applicable au cas d'espèce - ce que la recourante ne conteste du reste pas expressément. En effet, la décision litigieuse a été rendue postérieurement à la révision de cette disposition, et le contrôle des actes de défaut de biens mis en œuvre par ladite décision devrait également avoir lieu postérieurement à cette modification, quand bien même certaines des créances concernées par ce contrôle sont vraisemblablement nées avant le 10 octobre 2018. En effet, si l'interdiction de la rétroactivité proprement dite des lois fait obstacle à l'application d'une norme à des faits entièrement révolus avant son entrée en vigueur, il n'y a toutefois pas de rétroactivité proprement dite lorsque le législateur entend réglementer un état de chose qui, bien qu'ayant pris naissance dans le passé, se prolonge au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit. Cette rétroactivité improprement dite est en principe admise, sous réserve du respect des droits acquis (arrêt du Tribunal fédéral 2C_236/2010 du 14 octobre 2010 consid. 1.1). Le rapport explicatif de l'OFSP prévoyait du reste également l'applicabilité des nouvelles dispositions de contrôle aux décomptes portant sur la période antérieure à leur entrée en vigueur. b. Il y a lieu à présent de déterminer si les art. 10A al. 3 let. a LALAMal et 8 al. 2 RaLAMal dans leur teneur depuis le 10 octobre 2018, sont conformes au droit supérieur, la recourante se plaignant d'une violation du principe de la légalité. Le principe de la primauté du droit fédéral ancré à l'art. 49 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou

A/638/2019 - 31/37 - par les moyens qu'elles mettent en œuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de façon exhaustive (ATF 140 I 218 consid. 5.1). Le principe de la légalité est un principe de valeur constitutionnelle, consacré à l'art. 5 al. 1 Cst. Il exige de façon générale que l'ensemble de l'activité étatique se fonde sur la loi et repose ainsi sur une base légale. L'exigence de la base légale signifie que les actes étatiques doivent trouver leur fondement dans une loi au sens matériel, qui soit suffisamment précise et déterminée et qui émane de l'autorité constitutionnellement compétente (arrêts du Tribunal fédéral 1C_557/2019 du 21 avril 2020 consid. 2.1 et 2C_772/2017 du 13 mai 2019 consid. 3.2.1). Dès lors que le droit fédéral confère à l'art. 64a al. 3 LAMal aux cantons la faculté de désigner l'organe de contrôle chargé des vérifications en lien avec les créances faisant l'objet d'actes de défaut de biens, et que l'art. 10A al. 3 let. a LALaMal délègue cette compétence au Conseil d'État, force est de constater que l'art. 8 RaLAMal a été édicté en vertu d'une base légale claire. c. Sur le fond, le droit fédéral n'impose aucune règle particulière aux cantons dans la désignation de l'organe de contrôle, hormis la prise en charge des frais prévue à l'art. 105j al. 3 OAMal. Les cantons sont ainsi libres de désigner exclusivement un service étatique comme organe de contrôle, comme cela ressort de la doctrine citée. Dans ces conditions, et conformément à l'adage « Qui peut le plus peut le moins », le fait que le canton de Genève - à l'instar d'autres cantons - ait limité « à des situations particulières » l'intervention du SAI, tout en conservant la compétence générale des organes de révision visés par l'art. 25 LSAMal, ne prête pas flanc à la critique. On peut du reste également y voir l'expression au niveau réglementaire du principe de la proportionnalité, selon lequel une mesure restrictive doit être apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude), qui ne peuvent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité). Ce principe interdit en outre toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit) (ATF 143 I 403 consid.

5.6.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_80/2018 du 9 octobre 2018 consid. 4.4.1). La recourante allègue que la notion « Dans des situations particulières » est par trop imprécise, et enfreint par conséquent également le principe de la légalité. Selon ce principe, les normes juridiques doivent présenter un certain degré de précision, afin notamment de respecter les impératifs de réserve de la loi et de sécurité juridique destinés à garantir la prévisibilité de l'action étatique qui est étroitement liée, dans un état de droit, au principe d'égalité devant la loi. Pour autant, cette exigence de précision ne doit pas être interprétée et comprise dans un sens trop absolu, comme le rappelle la jurisprudence aussi bien du Tribunal fédéral que de la Cour européenne des droits de l'homme. Le législateur ne saurait en effet renoncer à utiliser des notions générales ou indéterminées qui doivent être concrétisées et explicitées par la pratique administrative et judiciaire. Le degré de

A/638/2019 - 32/37 - précision requis d'une norme ne se laisse pas appréhender de manière abstraite. Il dépend notamment de la gravité de l'atteinte aux droits constitutionnels que la loi autorise, du cercle des personnes touchées, ainsi que de la possibilité de prévoir et cerner à l'avance, en dehors d'un cas concret, la forme et le contenu que doit revêtir l'action étatique pour régler un problème donné, compte tenu de la diversité, de la variété et de la complexité des situations pouvant se présenter. Les garanties de procédure et le principe de la proportionnalité peuvent également, jusqu'à un certain point, compenser une relative imprécision de la loi, en particulier si leur respect peut efficacement être garanti par une autorité judiciaire dans le cadre d'un contrôle concret (arrêt du Tribunal fédéral 2P.272/2006 du 24 mai 2007 consid. 5.4). Le législateur s'exprime fréquemment en termes généraux et vagues, dont le sens précis n'apparaît pas à la lecture de la loi, mais ne peut résulter que de son interprétation (notions juridiques indéterminées). L'autorité chargée d'appliquer une notion juridique indéterminée jouit d'une marge d'appréciation ou d'une latitude de jugement qui ressemble à maints égards à la liberté d'appréciation. Les notions juridiques imprécises atténuent donc elles aussi la portée du principe de la légalité. Une décision qui concrétise une notion juridique indéterminée manque de base légale lorsqu'elle confère à cette notion un sens que le législateur ne peut avoir voulu, qui est arbitraire et constitue un abus de pouvoir (Andreas AUER / Georgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 1, 3ème éd., Berne 2013, pp. 632-633). Ainsi, contrairement à ce qu'affirme la recourante, la mention de « situations particulières » dans les art. 10A al. 3 let. a LaLAMal et 8 al. 2 RALaMal, laquelle ménage à l'intimé une certaine marge de manœuvre pour désigner le SAI, n'est pas contraire au principe de la légalité. d. La recourante fait grief à l'intimé de ne pas avoir appliqué correctement le droit cantonal en retenant l'existence d'une situation particulière dans le cas d'espèce. En préambule, on notera que l'importance du contingent d'assurés de la recourante dans le canton de Genève pourrait déjà suffire à justifier la désignation du SAI, les montants à rembourser à la recourante étant particulièrement élevés pour ce motif. Quant aux autres raisons avancées par l'intimé, elles ne font pas apparaître l'instauration d'un contrôle par le SAI comme contraire au droit. Les erreurs relevées par l'intimé concernant les actes de défaut de biens de 2016 intégrés au décompte de 2017 constituent aussi une situation particulière, quand bien même la marge d'erreur reste faible. Le fait que ces erreurs ne concernent pas le décompte de 2018 est sans pertinence, puisqu'il démontre l'existence d'un tel risque, dont on ne peut exclure qu'il se reproduise. Contrairement à ce qu'allègue la recourante, elle n'a donné aucune explication sur la présence d'actes de défaut de biens concernant une autre année, qu'elle s'est contentée de qualifier d'erreur humaine négligeable. En outre, s'il fallait que les erreurs soient afférentes au décompte en cours, comme semble le soutenir la

recourante, le SAI ne pourrait jamais être désigné en lieu et place de l'organe de contrôle habituel, puisque de

A/638/2019 - 33/37 - telles erreurs ne peuvent par définition être décelées qu'à réception du décompte de l'assureur et du rapport de son organe de révision. On ajoutera que l'intégration au décompte de 2018 d'un acte de défaut de biens portant notamment sur les frais de poursuite afférents au recouvrement de primes d'assurance complémentaire rend un contrôle par le SAI opportun. En outre, les chiffres produits par l'intimé révèlent que les taux des rétrocessions par la recourante sont fréquemment inférieurs à ceux des autres assureurs, ce qui suffit également à justifier un contrôle par le SAI. A ce sujet, ce sont les taux établis par l'intimé qui seront retenus, et non ceux qu'articule la recourante, en particulier dans ses observations du 18 décembre 2019. En effet, ces derniers chiffres ont été obtenus par la recourante en comparant la somme prétendument remboursée au canton par ses soins - et qui ne correspond pas toujours aux montants allégués par l'intimé - au total des montants restitués au canton par l'ensemble des assureurs. Or, le taux de rétrocession par assureur correspond au ratio entre le montant pris en charge par le canton et le montant rétrocédé par l'assureur. Quant au calcul de la recourante des pourcentages de rétrocession dans son écriture du 31 octobre 2019, il ne peut pas non plus être suivi. Elle semble considérer que le taux moyen de rétrocession résulterait de la simple addition du taux de rétrocession de chaque assureur, ce qui est arithmétiquement erroné puisqu'il faut diviser les taux additionnés par le nombre d'assureurs. C'est le lieu de noter que le fait de ne pas avoir donné accès à la recourante aux dossiers des autres assureurs et à une version non anonymisée des tableaux des rétrocessions ne constitue pas une violation de son droit d'être entendue, contrairement à ce qu'elle allègue. Si ce droit, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., comprend notamment celui d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes (arrêt du Tribunal fédéral 2D_50/2019 du 17 janvier 2020 consid. 3.1), on rappellera que l'art. 47 al. 1 LPGA prévoit le droit de consulter le dossier dans la mesure où les intérêts privés prépondérants sont sauvegardés. Le législateur genevois a quant à lui arrêté à l'art. 45 LPA que l'autorité peut interdire la consultation du dossier si l'intérêt public ou des intérêts privés prépondérants l'exigent (al. 1). Une pièce dont la consultation est refusée à une partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué par écrit le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de proposer les contre-preuves (al. 3). L'art. 29 al. 2 Cst. n'est ainsi pas absolu et peut être limité pour la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant, dans l'intérêt d'un particulier (ATF 126 I 7 consid. 2b). L'art. 45 LPA permet en outre, comme l'admet la jurisprudence découlant de l'art. 29 al. 2 Cst., de restreindre la consultation des pièces, lorsqu'il apparaît que l'intérêt public à sauvegarder ou les intérêts privés de tiers à ne pas divulguer une information les concernant sont plus importants que le droit d'une partie à avoir accès à toutes les pièces de la procédure (arrêt du Tribunal fédéral 2C_34/2011 du 30 juillet 2011 consid. 4.2). Le droit d'être entendue de la recourante ne lui permet pas d'exiger l'accès aux données

A/638/2019 - 34/37 - complètes des autres assureurs, les intérêts de ces derniers et les intérêts privés des assurés dont la recourante exige la liste s'y opposant. Pour le surplus, la chambre de céans a pu prendre connaissance des montants remboursés aux autres assureurs et des taux de rétrocession de ces derniers, et rien ne permet de remettre en cause l'exactitude de ces chiffres. Il n'est d'ailleurs pas déterminant pour l'issue du litige de connaître précisément le taux de rétrocession de chaque assureur-maladie. Ainsi, il ne sera

pas fait droit aux réquisitions de preuve de la recourante. Quant au dossier de la cause A/2038/2018, dont elle a à plusieurs reprises requis l'édition, il a été produit par l'intimé le 5 mars 2019. Compte tenu de l'existence d'une situation particulière dans le cas d'espèce, il est inutile d'examiner si des contrôles systématiques de tous les assureurs, comme semble les appeler de ses vœux le Conseiller d'État selon les déclarations de l'intimé lors de son audition, sont possibles en vertu de l'art. 8 RALAMal. e. La recourante ne peut pas non plus être suivie en tant qu'elle affirme que la décision de l'intimé viole le principe de la proportionnalité. En premier lieu, comme on l'a vu, ce principe, dont la teneur a été rappelée ci-dessus, est déjà intégré dans le règlement cantonal, en ce sens que le SAI n'est pas systématiquement chargé du contrôle des décomptes des caisses-maladie. En outre, on ne voit pas en quoi le contrôle par le SAI serait une mesure plus incisive que le contrôle qu'opère habituellement A_____. En effet, les points devant faire l'objet du contrôle sont déterminés par l'art. 105k OAMal et sont ainsi identiques, et la recourante a à plusieurs reprises souligné la conformité des rapports émis par A_____ aux exigences réglementaires. Quant au fait que l'intimé aurait dû interpellé la recourante ou A_____ en cas de questions éventuelles, il suffit de souligner que ni le droit fédéral ni le droit cantonal ne prévoient un échange d'écritures préalable à la désignation d'un organe de contrôle. Cette exigence de la recourante est du reste malvenue, eu égard au fait que l'intimé a bien tenté d'obtenir des explications sur certains points, tant auprès d'elle que d'A_____, et que les difficultés rencontrées pour obtenir des réponses l'avaient contraint à solliciter l'intervention de l'OFSP. Le courriel du 25 avril 2018, dans lequel l'intimé évoquait la présence d'actes de défaut de biens de 2016 dans le décompte de 2017, n'a pas non plus obtenu de réponse de la recourante – qui, à la limite de la témérité, allègue que cette problématique n'aurait pas été évoquée avant la décision du 30 octobre. Ces difficultés semblent s'être répétées, s'agissant de certaines explications exigées en lien avec le décompte de 2018, au sujet duquel le courriel de la recourante du 1er octobre 2018 n'amène pas les clarifications nécessaires. Enfin, s'agissant des intérêts en présence, il est évident que le canton de Genève, soit pour lui l'intimé, a un intérêt à s'assurer que les deniers de l'État sont régulièrement attribués, et cet intérêt est particulièrement important au vu des sommes allouées en vertu de l'art. 64a al. 4 LAMal. On voit mal quel intérêt la recourante peut lui opposer, le principe d'un contrôle n'étant pas en cause et la désignation du SAI pouvant lui épargner les frais de révision d'A_____.

A/638/2019 - 35/37 - circonstances, et eu égard à l'intérêt général à une gestion économique et rationnelle de l'assurance (cf. en matière d'invalidité arrêt du Tribunal fédéral 9C_609/2009 du

E. 15

avril 2010 consid. 7.2.2), on peut du reste s'étonner des déclarations de la recourante dans ses écritures du 18 février 2019 et du 11 mars 2019, selon lesquelles A_____ procéderait au contrôle de son décompte quelle que soit l'issue de la présente procédure. f. Il convient encore d'écarter le grief de la recourante, qui affirme que la désignation du SAI viole la liberté des administrés. Elle invoque à ce titre l'art. 27 Cst. Cette disposition garantit la liberté économique, qui comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice. Cette liberté est invocable tant par les personnes physiques que morales (arrêt du Tribunal fédéral 2C 881/2013 du 18 février 2014 consid. 4.2). Toute mesure ayant une incidence sur la liberté en question ne constitue toutefois pas une limitation de celle-ci et il y a lieu de se montrer restrictif pour

admettre l'existence d'une telle limitation (ATF 135 I 130 consid. 4.2). Toute restriction d'un droit fondamental doit respecter les conditions énoncées à l'art. 36 Cst., soit être fondée sur une base légale (ATF 142 I 195 consid. 7.1). Cela étant, l'État ne peut se prévaloir de ce droit fondamental, quand bien même il exerce lui-même une activité économique (Felix UHLMANN in Commentaire bâlois, n. 32 ad art. 27 Cst.). Le Tribunal fédéral précise en effet que la liberté économique protège toute activité économique privée (ATF 137 I 167 consid. 3.1) et qu'elle ne protège pas l'exercice d'une activité officielle ou d'un service public (arrêt du Tribunal fédéral 2P.134/2003 du 6 septembre 2004 consid. 3.1). Une activité est privée lorsqu'elle ne relève pas de l'accomplissement d'une tâche étatique ou communale, une tâche de droit public ou une activité faisant l'objet d'un monopole (Klaus A. VALLENDER in St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, 3ème éd. 2014, n. 10 ad art. 36 Cst.). Or, l'assurance-maladie sociale est une tâche de droit public (arrêts du Tribunal fédéral des assurances K 128/03 du 7 avril 2004 consid. 5.3 et K 180/04 du

E. 17

janvier 2006 consid. 3), gérée en partie par des assureurs organisés selon le droit privé, mais qui est obligatoire pour la population et réglementée jusque dans les moindres détails par des prescriptions de droit public (arrêt du Tribunal fédéral 2P.153/2003 du 19 septembre 2003 consid. 1.4). Partant, la recourante ne peut se prévaloir de la liberté garantie par l'art. 27 Cst. Par surabondance, le Tribunal fédéral a retenu que si des organismes privés ont la possibilité de bénéficier de subventions, ils renoncent en échange au plein exercice de leur liberté économique et acceptent de se soumettre à des contrôles et modalités de gestion définies par le canton (ATF 142 I 195 consid. 6.3 en matière d'EMS et les références).

A/638/2019 - 36/37 - g. La recourante affirme que le contrôle par le SAI enfreint le principe de l'égalité de traitement. L'art. 8 al. 1 Cst., qui pose le principe de l'égalité de traitement en prévoyant que tous les êtres humains sont égaux devant la loi, vise à atteindre un traitement égal de personnes se trouvant dans une situation semblable. Une décision viole le principe d'égalité lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances (arrêt du Tribunal fédéral 2C_187/2019 du 9 septembre 2019 consid. 8.1). Sans même qu'il soit besoin en l'espèce de déterminer si la recourante, en tant qu'elle est chargée d'une tâche de droit public, peut se prévaloir de ce principe (cf. sur l'applicabilité de ce principe aux entités de droit public Rainer J. SCHWEIZER in St. Galler Kommentar, op. cit., n. 16 ad art. 8 Cst.), le grief de la recourante tombe à faux, puisqu'il n'est pas établi que d'autres assureurs seraient dans une situation identique à la sienne. L'intimé a en effet exposé que les trois autres plus grands assureurs dans le canton de Genève présentent généralement de plus importants taux de rétrocession, de sorte que leur situation diffère de celle de la recourante. h. Enfin, la recourante soutient que les garanties de procédure consacrées à l'art. 29 Cst. auraient été violées. L'alinéa premier de cette disposition garantit à toute personne le droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. La jurisprudence retient que la garantie d'impartialité impose tant au juge qu'à l'autorité administrative qu'ils ne se soient pas déjà déterminés sur les faits à apprécier (arrêt du Tribunal fédéral 1C_44/2019 du 29 mai 2019 consid. 4.2). Or, le fait que M. MAZZAFERRI se soit exprimé dans la presse au sujet d'une modification réglementaire concernant directement le service qu'il dirige - au demeurant en des termes neutres et sans

se prononcer sur la situation particulière de la recourante - n'est pas révélateur d'un parti pris. Ce grief tombe ainsi également à faux. 12. Compte tenu de ce qui précède, la décision de l'intimé de désigner le SAI est conforme au droit. Le recours, entièrement mal fondé, sera rejeté. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. g LPGA). L'intimé, agissant en qualité d'organisme chargé de tâches de droit public, et au demeurant non représenté, ne saurait prétendre à des dépens (ATF 126 V 143 consid. 4b).

A/638/2019 - 37/37 -

PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.