

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/583/2008

ATAS/1404/2009

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 5**

**du 18 novembre 2009**

En la cause

Madame B \_\_\_\_\_, domiciliée à GENEVE, comparant avec  
élection de domicile en l'étude de Maître POGGIA Mauro

recourante

contre

HELSANA ASSURANCES SA, sise direction générale, route de  
Chancy 48, PETIT-LANCY

intimée

**Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Evelyne  
BOUCHAARA, Juges assesseurs**

---



### **EN FAIT**

1. Madame B \_\_\_\_\_ (ci-après l'assurée ou la demanderesse), née en 1936, a été couverte par HELVETIA Société suisse de secours mutuel tant en assurance-maladie de base pour les soins médicaux qu'en assurance complémentaire pour hospitalisation en division demi-privée (HU3), en tout cas depuis août 1981.
2. Dès le 1<sup>er</sup> janvier 1996, l'assurance complémentaire d'hospitalisation en division demi-privée (groupe d'âge 50 ans) couverte par la caisse-maladie HELVETIA est devenue HOSPITAL PLUS moyennant une prime mensuelle de 146 fr. 70.
3. Dès le 1<sup>er</sup> janvier 1997, la fusion des caisses-maladie HELVETIA et ARTISANA a généré une nouvelle caisse-maladie, HELSANA, et l'assurée a été transférée dans l'assurance complémentaire d'hospitalisation demi-privée HOSPITAL PLUS CLASSICA régie par la loi sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (ci-après : LCA) moyennant une prime mensuelle de 282 fr. 20 pour l'année 1997.
4. Dans une lettre du 3 octobre 2003, adressée au directeur de HELSANA, l'assurée a demandé pourquoi, malgré les gains de l'assurance complémentaire, elle devait subir chaque année une augmentation arbitraire massive de prime pour l'assurance PLUS CLASSICA. Elle a relevé qu'il y avait une différence de prime de plus de 100 % entre l'assurance PLUS à laquelle elle avait appartenu depuis 1981, et PLUS CLASSICA, alors qu'elle n'avait pas eu recours à des prestations depuis des années. Elle a demandé pourquoi elle avait été transférée dans CLASSICA sans information préalable. Elle a observé que les assurés et les employés les plus jeunes de HELSANA connaissaient à peine ce type d'assurance vraisemblablement parce qu'elle ne figurait dans aucune des brochures de HELSANA. Elle a précisé que, selon des renseignements téléphoniques obtenus de l'Office fédéral des assurances privées (ci-après : OFAP), HELSANA n'incorporait plus de membres dans l'assurance CLASSICA. Elle a demandé à être transférée à nouveau dans l'assurance PLUS à partir de 2004.
5. Par courrier du 27 octobre 2003, HELSANA a répondu à l'assurée que, lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (ci-après : LAMal) et le transfert consécutif des assurances complémentaires sous le régime de la LCA, elle était couverte par l'assurance HOSPITAL PLUS qui fixait les primes en fonction de l'âge d'entrée sans tenir compte du sexe et que tous les assurés ayant cette couverture d'assurance avaient été incorporés dans l'assurance HOSPITAL PLUS CLASSICA qui préservait leurs droits acquis. Elle a précisé que l'assurance complémentaire HOSPITAL BONUS était un nouveau produit offert depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1997 dont les primes étaient fixées selon le groupe d'âge et le groupe de risque des assurés. Elle a expliqué que pour éviter à ses assurés de remplir un questionnaire de santé, lors de l'introduction de cette assurance, elle avait procédé à un examen statistique automatique des risques sur la base des

décomptes de prestations informatisés en tenant compte des mêmes critères que lors de l'examen du risque individuel pour des nouveaux assurés, à savoir l'âge, les traitements antérieurs, le pronostic futur. Sur la base de ces éléments, notamment en raison de l'atteinte de l'âge maximum d'admission pour une assurance complémentaire d'hospitalisation, elle ne pouvait lui offrir aucun autre contrat pour une assurance d'hospitalisation.

6. Le 11 octobre 2007, l'assurée a demandé à HELSANA de lui accorder le droit de transfert de l'assurance HOSPITAL PLUS CLASSICA en HOSPITAL PLUS BONUS dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008, conformément à l'art. 216 al. 8 de l'ordonnance sur la surveillance du 9 novembre 2005 (ci-après : OS).
7. Le 29 octobre 2007, HELSANA lui a répondu qu'elle ne gérait aucune police fermée au sens de l'art. 156 OS et que l'assurance HOSPITAL PLUS CLASSICA était à disposition des assurés pour de nouveaux contrats de sorte qu'il n'y avait aucun droit à un libre transfert.
8. Par circulaire du 30 novembre 2007 adressée à tous les assureurs autorisés à exploiter l'assurance-maladie selon la LCA, dans le cadre de l'enquête sur l'application de l'article 156 OS dès le 1<sup>er</sup> janvier 2008 relative aux droits de passage concernant tous les portefeuilles fermés, l'OFAP a demandé de lui communiquer s'il existait des portefeuilles d'assurance-maladie complémentaire ayant des couvertures d'assurance équivalentes, si pratiquement plus aucun nouveau contrat n'était inclus dans un de ses portefeuilles et quelles mesures étaient prises ou allaient être prises pour se conformer aux dispositions de l'art. 156 OS.
9. Le 21 décembre 2007, HELSANA a répondu que l'art. 156 OS n'était pas applicable car contraire à la constitution fédérale (Cst.) en tant que le droit des assurances privées était régi par le principe de la liberté contractuelle qui était uniquement limité de façon contraignante par les dispositions de la LCA et par les art. 19, ainsi que 20 du Code des obligations (ci-après : CO). Elle a observé que cette liberté était en rapport particulièrement étroit avec la garantie de la propriété privée et représentait la composante en droit privé de la liberté économique garantie par la constitution. Enfin, aucun portefeuille fermé au sens de l'art. 156 OS n'existait chez elle.
10. Par acte du 25 février 2008, l'assurée dépose une demande devant le Tribunal de céans à l'encontre de HELSANA, en concluant à son transfert dans l'assurance HOSPITAL PLUS BONUS avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 2008 et au remboursement de la différence de prime payée en trop à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2008. Elle allègue qu'en janvier 1997, dans le cadre de son assurance complémentaire pour hospitalisation, la défenderesse a opéré une différenciation en prévoyant HOSPITAL PLUS BONUS pour les assurés sans risques et HOSPITAL PLUS CLASSICA pour les assurés avec risques, assorti d'une forte augmentation de

prime. Elle a été transférée d'office par la défenderesse dans l'assurance HOSPITAL PLUS CLASSICA et elle a subi chaque année une forte augmentation de prime qui a fini par atteindre 636 fr. 90 par mois en 2007, alors que la prime de l'assurance HOSPITAL PLUS BONUS est d'environ 50 % meilleur marché. Elle soutient que l'assurance HOSPITAL PLUS CLASSICA doit être considérée comme un portefeuille fermé selon l'art. 156 OS au motif qu'elle ne figure dans aucun prospectus ou publicité de la défenderesse, que les jeunes employés ne connaissent ni les primes, ni les prestations de cette assurance, que sur le site internet de la défenderesse, cette assurance n'est pas davantage proposée et qu'enfin la comparaison des conditions supplémentaires d'assurance (ci-après : CSA) permet de constater l'équivalence entre ces deux assurances.

11. Dans sa réponse du 8 avril 2008, la défenderesse conclut au rejet de la demande et à ce qu'il soit constaté que l'assurance HOSPITAL CLASSICA n'est pas un portefeuille fermé au sens de l'art. 156 OS lequel est inconstitutionnel. Elle expose que cette disposition n'est pas suffisamment précise, car elle ne définit pas suffisamment clairement ce qu'est un portefeuille. En tout état de cause, la demanderesse ne peut pas demander son transfert dans l'assurance BONUS mais tout au plus à être transférée dans un produit d'assurance correspondant, dès lors qu'il appartient à l'assureur de déterminer quelle est l'assurance la plus proche du portefeuille fermé. L'assurance HOSPITAL CLASSICA ne doit par ailleurs pas être considérée comme un portefeuille fermé au motif que la variante PLUS ou COMFORT peut toujours être conclue sur simple demande mais que, compte tenu des primes élevées, il y a peu de demandes et que, même s'il existe des similitudes entre l'assurance HOSPITAL CLASSICA et HOSPITAL BONUS au niveau des prestations offertes, elles ne sont pas entièrement comparables. Quant à la constitutionnalité, les critères retenus par cette disposition pour considérer un portefeuille comme fermé, sont trop restrictifs et, partant, entraînent une atteinte intolérable au principe de la liberté contractuelle. En effet, cette disposition implique une obligation de contracter pour l'assureur, ce qui porte atteinte de manière grave et importante à sa liberté contractuelle, sans qu'il existe une base légale formelle autorisant une telle atteinte. En édictant cette disposition, le Conseil fédéral a excédé le pouvoir d'appréciation qui lui a été délégué. Il a introduit une restriction supplémentaire à la liberté contractuelle, alors même que le législateur avait finalement maintenu le contrôle systématique préalable des tarifs, contrairement à l'intention de départ qui avait légitimé le mandat donné au Conseil fédéral de renforcer la protection des assurés. Enfin, elle observe que l'art. 103 de l'avant-projet de la nouvelle LCA prévoit une norme identique à l'art. 156 OS, ce qui démontre que cette disposition ne constitue pas une base légale suffisante pour une telle restriction. Celle-ci doit donc figurer dans une loi formelle.
12. Dans sa réplique du 15 mai 2008, la demanderesse relève que la défenderesse ne conteste pas avoir transféré au 1<sup>er</sup> janvier 1997 les assurés dits à risque dans l'assurance HOSPITAL PLUS CLASSICA. Elle soutient que l'art. 156 OS a été

édicte conformément au but de la LSA qui est, notamment, de protéger les assurés contre les abus et, précisément, de limiter la liberté contractuelle. Elle relève que cette disposition légale repose sur une base légale valable, répond à un but d'intérêt public et respecte le principe de la proportionnalité. La défenderesse abuse de sa position dominante envers les assurés âgés, en fixant des primes vraisemblablement doubles de celles exigées pour un autre assuré bénéficiant d'une couverture équivalente, sans que l'assuré ait la possibilité de trouver un autre assureur disposé à lui offrir cette couverture d'assurance. Elle allègue que le portefeuille HOSPITAL PLUS CLASSICA ne contient plus que de mauvais risques de sorte que, lors de la demande de nouveaux contrats, la défenderesse refuse les contrats en vertu de sa liberté contractuelle, s'il s'agit de mauvais risques. S'il s'agit de bons risques, elle les accepte dans le cadre de l'assurance HOSPITAL PLUS BONUS. Elle persiste ainsi dans ses précédentes conclusions, sous suite de dépens. Au surplus, elle conclut, préalablement, à la production par la défenderesse des tableaux comparatifs des primes réclamées aux assurés dans le cadre des polices d'assurance HOSPITAL PLUS CLASSICA et HOSPITAL PLUS BONUS, à la communication par la défenderesse de la date à laquelle remonte la dernière conclusion d'une police d'assurance HOSPITAL PLUS CLASSICA et à l'interpellation de l'OFAP sur l'application à son cas de l'art. 156 OS.

13. Dans sa duplique du 6 juin 2008, la défenderesse reprend ses arguments précédents. Elle relève qu'en transférant les mauvais risques dans l'assurance HOSPITAL PLUS CLASSICA, elle a respecté tant la législation en vigueur que la jurisprudence tout en précisant que les assurés « CLASSICA » bénéficient notamment de la garantie de l'âge d'entrée.
14. Par ordonnance du 24 juillet 2008, le Tribunal invite la défenderesse à indiquer à quelle date, pour la dernière fois, elle a conclu une police d'assurance HOSPITAL PLUS CLASSICA, combien de polices d'assurance HOSPITAL PLUS CLASSICA et COMFORT, respectivement HOSPITAL PLUS BONUS et d'assurances correspondant à HOSPITAL PLUS CLASSICA, elle a conclus en 2007, et quel est le nom de cette assurance correspondante. Il requiert également la production d'extraits statistiques informatisés à titre de preuve.
15. Dans son écriture du 5 septembre 2008, la défenderesse répond que les chiffres requis par le Tribunal ne sont pas directement disponibles sous la forme demandée et qu'ils nécessitent des recoupements qui prendraient du temps. De plus, elle ne tient pas à rendre public certains chiffres qui sont protégés par le secret des affaires, d'autant plus qu'ils ne sont pas déterminants pour trancher le litige. Elle requiert du Tribunal de limiter son examen dans un premier temps à la constitutionnalité de l'art. 156 OS avant d'exiger la production de ces chiffres.
16. Par ordonnance du 18 septembre 2008, le Tribunal réitère sa demande à la défenderesse, en attirant son attention sur son obligation de collaborer et sur les

conséquences résultant de l'attitude d'une partie refusant de produire une pièce. Il l'avertit que si elle ne répond pas aux questions posées, il statuera en l'état du dossier.

17. Dans son écriture du 22 octobre 2008, la défenderesse maintient sa position, en précisant qu'elle n'entend pas se soustraire à son obligation de collaborer. Elle ajoute que les données requises, qui ne sont pas publiées dans son rapport annuel, concernent la marche des affaires et la stratégie de vente dans le domaine des assurances privées. Elles ne doivent pas être disponibles pour le public et par là même pour ses concurrents, car elles dépassent le rapport assureur-assurés et pourraient permettre à un tiers d'adapter sa technique de vente. Elle se réfère à cet égard à la jurisprudence rendue sur la même question dans le cadre d'un litige en matière de clause tarifaire de l'assurance-maladie obligatoire.
18. Le 14 novembre 2008, la demanderesse produit dans la procédure sa prime mensuelle, d'une part pour l'année 2008, s'élevant à 636 fr. 90 pour HOSPITAL PLUS CLASSICA, respectivement à 407 fr. 60 avec franchise annuelle de 2'000 fr. et liste des hôpitaux SMILE, d'autre part pour l'année 2009, s'élevant à 670 fr. 60 pour HOSPITAL PLUS CLASSICA, respectivement à 456 fr. avec franchise annuelle de 2'000 fr. et liste des hôpitaux SMILE. Dans son écriture, elle relève que malgré les options choisies pour réduire ses primes, elle subirait une hausse de 11,87 % en 2009.
19. Par arrêt sur partie et sur incident du 18 décembre 2008, le Tribunal de céans déclare la demande recevable, constate que l'art. 56 OS ne viole pas la Constitution fédérale et confirme ses ordonnances des 24 juillet et 18 septembre 2008. Un délai de 30 jours dès l'entrée en force de l'arrêt incident est imparté à l'intimée pour s'y conformer. Cette dernière recourt contre cette décision par-devant le Tribunal fédéral. Par arrêt du 1<sup>er</sup> mai 2009, celui-ci déclare son recours irrecevable.
20. Par écritures du 4 juin 2009, l'intimée informe le Tribunal de céans que le dernier contrat HOSPITAL CLASSICA a été conclu le 1<sup>er</sup> septembre 2007. A l'appui de ses dires, elle produit un extrait informatif, dans lequel elle a mis en évidence un contrat d'assurance "HUC" valable dès cette dernière date. Par ailleurs, l'intimée requiert une prolongation du délai imparté pour répondre aux autres questions, prolongation qui lui est accordée.
21. Par écritures du 22 juin 2009, l'intimée fait valoir qu'il est prouvé que des assurés étaient encore attribués à l'assurance HOSPITAL CLASSICA et qu'il ne s'agit pas d'un portefeuille fermé, du fait qu'une police d'assurance a encore été conclue en 2007. Elle indique par ailleurs qu'elle n'a pas recherché combien de polices de ce produit ont été conclues après le 31 décembre 2007, dès lors que la procédure porte sur un transfert au 1<sup>er</sup> janvier 2008, au motif que le portefeuille était fermé avant cette date. S'agissant des questions concernant le nombre de polices d'assurance

HOSPITAL PLUS CLASSICA et HOSPITAL COMFORT CLASSICA conclues en 2007, elle affirme que les informations chiffrées ont été collectées informatiquement et que les chiffres d'effectifs correspondants sont disponibles auprès de ses services. Cependant, elle estime que ces données méritent une protection élargie, laquelle doit être garantie par l'application de l'art. 45 de la loi sur la procédure administrative. La défenderesse déclare être disposée à transmettre les données requises, dès que la protection qui lui est due lui aura été formellement garantie. A cet égard, elle invoque la protection du secret des affaires et explique pourquoi ces données constituent un secret au sens de la loi. Concernant la 4<sup>ème</sup> question, à savoir combien de polices d'assurance d'un produit correspondant à HOSPITAL CLASSICA ont été conclus en 2007 et de quel produit il s'agit, la défenderesse indique qu'elle proposait en 2007 également les assurances d'hospitalisation suivantes : HOSPITAL, HOSPITAL ALBERGO, HOSPITAL ALBERGO DUO et SOLO, HOSPITAL FLEX, HOSPITAL LIMITA et HOSPITAL VARIA. Elle produit les conditions générales d'assurances y relatives. Elle estime toutefois qu'il n'est pas pertinent de savoir si ces produits constituent des assurances équivalentes à l'HOSPITAL CLASSICA, dans la mesure où la demanderesse a uniquement demandé l'attribution à l'assurance HOSPITAL BONUS. Dès lors, la défenderesse renonce à prendre position quant au caractère plus ou moins équivalent des autres contrats d'assurance complémentaire qu'elle propose. Pour ce qui a trait au nombre de vente de polices d'assurance d'un produit correspondant à HOSPITAL CLASSICA, la défenderesse invoque de nouveau le secret des affaires.

22. Le 15 septembre 2009, la demanderesse se détermine sur les dernières écritures de la défenderesse. Elle allègue que le document produit à titre de démonstration de la conclusion d'une police HOSPITAL CLASSICA est incompréhensible, s'agissant d'un imprimé informatique qui pourrait parfaitement avoir été établi pour les besoins de la cause. A cet égard, elle relève que la production du formulaire de proposition d'assurance aurait été possible en masquant le nom de l'assuré. Concernant le refus de répondre à la question de savoir combien de polices d'assurances HOSPITAL PLUS CLASSICA et HOSPITAL COMFORT CLASSICA ont été conclues en 2007, la recourante conteste que ses données soient couvertes par le secret des affaires. Elle souligne que sa police d'assurance n'est en tout état de cause plus sur le marché, de sorte que la communication de la conclusion d'un faible nombre, voire d'un nombre inexistant de polices à un tiers ne serait pas de nature à engendrer une quelconque distorsion de la concurrence. La recourante fait également observer que la loi impose aux parties de collaborer à la constatation des faits et que seuls des intérêts publics ou privés prédominants peuvent s'opposer à la remise de documents ou d'informations ou à la communication de ceux-ci à la partie adverse. Compte tenu de l'attitude de la défenderesse, la demanderesse estime qu'il y a lieu de constater que sa caisse - maladie s'oppose à collaborer à l'établissement des faits pertinents. Elle ne voit pas

non plus quel préjudice pourrait poser la communication du nombre de polices HOSPITAL PLUS CLASSICA conclues en 2007, d'autant plus que cette période remonte à deux ans en arrière et qu'il ne s'agit pas de communiquer les chiffres comptables en relation avec les bénéfices réalisés par ce produit spécifique. Enfin, elle ne juge pas forcément pertinente la question de savoir combien de polices d'assurance d'un produit correspondant à HOSPITAL CLASSICA avaient été conclues en 2007. Cela étant, la demanderesse persiste dans ses conclusions.

23. Sur ce, la cause est gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. Le litige porte sur le droit de la demanderesse à obtenir son transfert dans l'assurance complémentaire HOSPITAL PLUS BONUS ou une autre assurance correspondante, soit sur la question de savoir si l'assurance HOSPITAL PLUS CLASSICA est un portefeuille fermé au sens de l'art. 156 OS.
2. Selon la jurisprudence (ATF non publié du 6 mars 2001, 5C.263/2000, consid. 4a), depuis l'entrée en vigueur de la LAMal en date du 1<sup>er</sup> janvier 1996, les assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de cette loi sont soumises au droit privé, plus particulièrement à la LCA (art. 12 al. 3 LAMal; ATF 124 III 44 consid. 1a/aa, 229 consid. 2b) et au droit des obligations pour tout ce qui n'est pas réglé par la LCA (art. 100 al. 1 LCA).

En matière d'assurances complémentaires, les parties sont liées par l'accord qu'elles ont conclu dans les limites de la loi, les caisses-maladie pouvant en principe édicter librement les dispositions statutaires ou réglementaires dans les branches d'assurances complémentaires qui relèvent de la liberté contractuelle des parties hormis quelques dispositions impératives en matière d'indemnité journalière (ATF 124 V 201 consid. 3d; ATAS/1104/2006).

Pour les contestations relatives aux assurances complémentaires à l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal, les cantons prévoient une procédure simple et rapide dans laquelle le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves (art. 85 al. 2 LSA).

3. Selon l'art. 31 LSA, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006, le Conseil fédéral peut édicter des restrictions à la pratique de certaines branches d'assurance, pour protéger les assurés.

En vertu de cette délégation de compétence, ce dernier a édicté l'OS, également entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006, qui contient des dispositions particulières à certaines branches d'assurance, notamment l'art. 156 OS. Aux termes de cette

disposition, si une entreprise d'assurance n'inclut plus de contrats d'assurance dans un portefeuille (portefeuille fermé), les preneurs d'assurance de ce portefeuille ont le droit de conclure, en remplacement du contrat d'assurance en cours, un contrat aussi équivalent que possible intégré dans un portefeuille ouvert de l'entreprise d'assurance ou d'une entreprise d'assurance appartenant au même groupe d'assurance, pour autant que l'entreprise d'assurance ou l'entreprise du groupe exploite un tel portefeuille ouvert (al. 1). L'entreprise d'assurance doit informer sans délai les preneurs d'assurance concernés de l'existence de ce droit, ainsi que des couvertures d'assurance qu'elle offre dans des portefeuilles ouverts (al. 2). L'âge et l'état de santé du preneur d'assurance à la conclusion du contrat en cours sont déterminants pour le passage au nouveau contrat (al. 3).

D'après la disposition transitoire de l'art. 216 al. 8 OS, les assurés des portefeuilles d'assurance déjà fermés au moment de l'entrée en vigueur obtiendront le droit de passage selon l'art. 156 au plus tard deux ans après l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

4. La défenderesse fait valoir que l'art. 156 OS est contraire à la liberté économique.

a) Le juge examine en principe librement la légalité des dispositions d'application prises par le Conseil fédéral. L'art. 191 Cst. interdit toutefois au juge d'examiner la constitutionnalité des lois fédérales (cf., au sujet de l'art. 113 al. 3 aCst., ATF 126 I 1 consid. 2f p. 5; ATF 125 III 209 consid. 5 p. 216) et ainsi des normes de délégation qu'elles contiennent. Par conséquent, lors de l'examen de la constitutionnalité d'une ordonnance du Conseil fédéral fondée sur une délégation législative, le juge ne peut pas contrôler si la délégation elle-même est admissible, et doit se contenter d'examiner si le but fixé dans la loi peut être atteint et si l'autorité exécutive a usé de son pouvoir conformément au principe de la proportionnalité. Lorsque la délégation législative est très large, il ne peut pas substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral et doit se limiter à contrôler si l'ordonnance en cause est contraire à la loi ou à la Constitution (ATF 131 II 562 I consid. 3.2 p. 566).

b) Selon l'art. 27 Cst., la liberté économique est garantie (al. 1); elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (al. 2). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 128 I 19 consid. 4c.aa). Elle peut être invoquée aussi bien par les personnes physiques que par les personnes morales (ATF non publiés 2P.162/2002 du 11 novembre 2002, consid. 3.1, et 2P.38/2001 du 30 août 2002, consid. 3.2). La garantie de la liberté contractuelle, consacrée explicitement aux art. 1 et 19 CO, fait partie intégrante de l'aspect constitutif de la liberté économique (ATF 131 I 126 consid. 4).

c) L'art. 36 Cst. exige que toute restriction à une liberté fondamentale soit fondée sur une base légale, justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui, et proportionnée au but visé. Lorsque la restriction n'est pas grave, la base légale ne doit pas nécessairement être formelle (art. 36 al. 1, 2e phrase Cst. a contrario), mais peut se trouver dans des actes de rang infra-légal ou dans une clause générale, ce que le juge examine sous l'angle restreint de l'arbitraire (ATF 129 I 173 consid. 2.2; 126 I 112 consid. 3b; 123 I 112 consid. 7a et les arrêts cités). Pour le surplus, le juge vérifie librement si les exigences de l'intérêt public et de la proportionnalité sont respectées (ATF 130 I 65 consid. 3.3 et 128 II 259 consid. 3.3).

d) En vertu de l'art. 94 al. 1 Cst. la Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique. Ils veillent à sauvegarder les intérêts de l'économie nationale et contribuent, avec le secteur de l'économie privée, à la prospérité et à la sécurité économique de la population (al. 2). Dans les limites de leurs compétences respectives, ils veillent à créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée (al. 3). Les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons.

5. a) En l'espèce, l'art. 156 OS constitue assurément une atteinte à la liberté économique, dans la mesure où il prévoit une obligation de contracter une autre assurance, à la charge de l'assureur, dans le cadre de l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie obligatoire.

b) Se pose dès lors la question de savoir si cette restriction d'un droit fondamental repose sur une base légale suffisante.

Cette base légale résulte en l'occurrence d'une ordonnance d'application de la LSA, ordonnance qui est fondée sur une délégation législative contenue dans cette dernière loi à l'art. 31. Cette délégation est très large, dès lors qu'elle autorise le Conseil fédéral à édicter toutes les restrictions à la pratique de certaines branches d'assurance, pour protéger les assurés.

Comme relevé ci-dessus, le juge n'est pas habilité à contrôler les lois fédérales ni même la constitutionnalité d'une clause de délégation qu'elles contiennent. Partant, le pouvoir d'examen du Tribunal de céans est limité à l'examen de la question de savoir si le but fixé dans la loi peut être atteint et si l'autorité exécutive a usé de son pouvoir conformément au principe de la proportionnalité. Le juge ne peut non plus substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral. Le fait que l'avant projet de nouvelle de la LCA, soit une loi fédérale, prévoie l'introduction d'une disposition quasiment identique mot pour mot à l'art. 156 OS, comme le fait valoir

l'intimée, ne change en outre rien au fait que la délégation législative peut seulement être examinée de façon limitée.

c) De la révision de la LSA, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006, il résulte notamment que la volonté du législateur était de protéger les consommateurs par une amélioration de la transparence et une introduction de la surveillance des intermédiaires entre autres (Message du Conseil fédéral du 9 mai 2003 concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance, FF 2003 p. 3354).

A cet effet, le législateur a édicté l'art. 31 LSA. Selon le Message du Conseil fédéral, cette disposition correspond à l'art. 7, al. 1, 2e phrase, aLSA selon lequel le Conseil fédéral peut édicter des restrictions à la pratique de certaines branches d'assurance (p. ex. pour l'assurance-cautionnement, l'assurance-crédit ou l'assurance-maladie). L'on peut songer notamment à des dispositions relatives à la réglementation des régimes de primes et au financement

Il est en outre précisé dans ce Message ce qui suit:

*"De telles dispositions peuvent s'avérer importantes, par exemple dans l'assurance-maladie et l'assurance sur la vie, car il s'agit là de secteurs particulièrement sensibles du point de vue de la protection des consommateurs et qui doivent être mieux protégés suite à l'abandon de l'obligation d'approbation préalable des produits d'assurance. Cette disposition donne au Conseil fédéral la compétence de fixer, par voie d'ordonnance, des limites que les entreprises sont tenues de respecter, pour des motifs tenant au maintien de leur solvabilité et surtout aussi à la protection des assurés contre les abus (...). Par exemple, dans le domaine de l'assurance-maladie complémentaire à l'assurance-maladie sociale, le Conseil fédéral peut contraindre les entreprises d'assurance à justifier et à contrôler leurs tarifs de façon adéquate sur la base de statistiques; il peut également édicter des prescriptions relatives aux systèmes de financement et des dispositions applicables aux groupes d'âges élevés pour protéger les assurés les plus âgés. Il se peut aussi qu'il soit nécessaire d'élaborer des principes pour la constitution de provisions adéquates qui prendront une importance accrue après l'abandon du contrôle préventif des tarifs ou d'édicter des règles particulières en matière de transparence pour certaines branches d'assurance (information sur les produits). Cet art. 31 constitue la base non seulement pour des dispositions relatives à la relation entre entreprise d'assurance et autorité de surveillance mais aussi à la relation entreprise d'assurance – assurés."*

(FF 2003 p. 3386 et 3387).

Il convient de préciser que l'intention du législateur était au départ d'abandonner l'obligation d'approbation préalable des produits d'assurance et de contrôle systématique préalable des tarifs. Lors de l'adoption de la LSA, le législateur a toutefois maintenu ces contrôles pour les assurances de prévoyance professionnelle et les assurances-maladie complémentaires à l'assurance-maladie sociale (art. 4 al. 2 let. r LSA).

6. En l'espèce, il y a lieu de constater que l'art. 156 OS a pour but de protéger les assurés maintenus dans des contrats d'assurance qui ne sont plus proposés à de nouveaux clients et qui, par voie de conséquence, au fil des ans, font partie d'un portefeuille sans régénération de sa structure, respectivement en raison des mauvais risques qu'ils représentent, paient des primes d'assurance plus élevées qu'un autre portefeuille d'assurés dont la structure se régénère et qui bénéficient d'une couverture équivalente. Le législateur a expressément voulu donner la compétence au Conseil fédéral d'édicter des dispositions pour protéger les assurés les plus âgés, selon le Message du Conseil fédéral (FF 2003 p. 3386 et 3387). Il s'agit de mieux protéger des secteurs particulièrement sensibles du point de vue de la protection des consommateurs. Contrairement à ce que soutient la défenderesse, on ne voit par ailleurs pas en quoi le maintien du contrôle des primes et des produits d'assurance, alors que le 1<sup>er</sup> projet de loi prévoyait son abandon, limiterait la compétence du Conseil fédéral de poser des restrictions supplémentaires à la pratique de l'assurance. En effet, malgré le maintien de ce contrôle, le législateur a conservé l'art. 31 LSA ce qui établit que cette disposition n'a pas été adoptée pour cette seule raison. Au contraire, il ressort du Message du Conseil fédéral que la volonté du législateur était de façon toute générale de mieux protéger les consommateurs. De plus, l'exposé des motifs relatif à cette disposition légale indique très clairement qu'on a voulu donner au Conseil fédéral la compétence d'édicter par voie d'ordonnance des restrictions à la liberté contractuelle des assureurs afin de mieux protéger des secteurs particulièrement sensibles du point de vue de la protection des consommateurs en tant que partie la plus faible du contrat. Ces diverses raisons expliquent pourquoi l'art. 31 LSA a été maintenu en donnant la compétence au Conseil fédéral de restreindre la liberté économique dans une plus large mesure encore que cela est prévu dans la LSA elle-même.

Dès lors, par son but de protection des consommateurs et plus particulièrement des assurés les plus âgés, l'art. 156 OS s'insère parfaitement dans le cadre de la délégation de compétence prévue à l'art. 31 LSA.

7. Cette restriction répond en outre à l'exigence d'un intérêt public, en tant qu'il poursuit un but de protection des consommateurs et, plus particulièrement dans le cadre de l'assurance-maladie complémentaire, un but de politique sociale.

8. La défenderesse reproche au Conseil fédéral d'avoir limité de façon importante sa liberté contractuelle au-delà de la protection nécessaire pour les assurés en violant le principe de proportionnalité.

a) Pour qu'une restriction d'un droit fondamental soit conforme au principe de la proportionnalité, il faut qu'elle soit apte à atteindre le but visé, que ce dernier ne puisse être atteint par une mesure moins incisive et qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de la personne visée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 132 I 229 consid. 11.3 p. 246; 129 I 12 consid. 9.1 p. 24; 128 I 92 consid. 2b p. 95).

b) Dans son argumentation, la défenderesse omet d'examiner la question sous l'angle tant de la protection des consommateurs contre les abus que de celle des assurés les plus âgés pourtant expressément mentionnées par le Conseil fédéral comme buts poursuivis par la modification légale. Or, de ce point de vue, les restrictions apportées par l'art. 156 OS n'apparaissent pas disproportionnées. La défenderesse ne démontre notamment pas en quoi le Conseil fédéral aurait pu utiliser des moyens moins contraignants pour atteindre cet objectif fixé par le législateur. Les critères retenus, à savoir le nombre des nouveaux contrats, l'âge des assurés, l'existence de produits similaires avec grandes différences de prime, paraissent en outre propres à déterminer un éventuel abus à charge des assurés et à y remédier. Il en va de même du droit de transfert prévu, pour autant que l'assureur propose une assurance correspondante non fermée.

En outre, le libre exercice de la profession d'assureur est reconnu. Ce dernier se voit seulement imposer des restrictions concernant certains types de portefeuilles de sorte que la limitation de sa liberté contractuelle ne concerne qu'une partie des assurés, soit exclusivement les assurés couverts par une police d'assurance faisant partie d'un portefeuille fermé. L'atteinte à la liberté économique reste donc limitée.

Partant, le principe de la proportionnalité n'est pas violé.

Au vu de ce qui précède, la constitutionnalité de l'art. 156 OS doit être admise.

9. La demanderesse fait valoir que le contrat d'assurance HOSPITAL PLUS CLASSICA dont elle bénéficie constitue une police fermée et demande son transfert dans l'assurance HOSPITAL PLUS BONUS.

La défenderesse conteste que la police litigieuse soit un portefeuille fermé.

a) En premier lieu, elle allègue qu'une police d'assurance HOSPITAL CLASSICA a encore été conclue en 2007. Toutefois, la pièce produite à l'appui de ses dires est insuffisante pour admettre cette allégation, s'agissant d'un simple extrait informatique, de surcroît peu compréhensible.

Par ailleurs, la question du Tribunal de céans était celle de savoir à quelle date remontait la conclusion de la dernière police d'assurance HOSPITAL CLASSICA, sans limitation dans le temps. En fonction de l'information communiquée par la défenderesse, il conviendrait donc d'admettre qu'entre le 1<sup>er</sup> décembre 2007 et mai 2009, aucune police de ce genre n'a été vendue, ce qui montre que le portefeuille est fermé. Certes, la défenderesse affirme, dans ses écritures du 22 juin 2009, ne pas avoir recherché cette information après le 1<sup>er</sup> janvier 2008, ne le jugeant pas nécessaire. Toutefois, dans son courrier du 4 juin 2009, elle indique sans réserves que la dernière police d'assurance HOSPITAL CLASSIC a été conclue avec effet au 1<sup>er</sup> décembre 2007. A tout le moins, il sied de constater que l'intimée a répondu au Tribunal de céans de façon incomplète, alors que rien ne l'y autorisait, la question posée étant sans ambiguïté, et qu'elle n'a ainsi pas établi qu'une police HOSPITAL CLASSICA a encore été vendue après 2007.

b) En ce qui concerne les autres renseignements requis par le Tribunal de céans, la défenderesse oppose le secret des affaires et sollicite en particulier l'application de l'art. 45 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA ; RS E 5 10).

Aux termes de cette disposition, l'autorité peut interdire la consultation du dossier, si l'intérêt public ou des intérêts privés prépondérants l'exigent (al. 1). Lorsque la consultation d'une pièce est refusée à une partie, cette pièce ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui 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 des contre-preuves (al. 3).

Il résulte de cette disposition légale que, même dans le cas où l'autorité a interdit la consultation du dossier, le contenu essentiel des pièces dont la consultation est refusée doit être porté à la connaissance de la partie adverse, si l'autorité a l'intention de l'utiliser à son désavantage. Cela signifie en l'espèce que le Tribunal de céans devrait en tout état de cause communiquer à la demanderesse combien de polices d'assurance HOSPITAL CLASSICA, d'une part, et combien de polices d'assurance HOSPITAL BONUS, d'autre part, ont été conclues durant l'année 2007. En effet, l'autorité peut uniquement interdire la consultation du dossier. La loi ne prévoit cependant aucune restriction à la simple communication de renseignements pertinents, en l'absence de production de pièces couvertes par le secret des affaires.

Or, en l'occurrence, il y a lieu de constater que la défenderesse refuse de répondre aux questions posées au Tribunal de céans, de sorte qu'il est impossible dans ces conditions de statuer sur la demande en toute connaissance de cause. Ne s'agissant pas de la production de pièces, aucune disposition légale ne permet à l'intimée de s'opposer à la transmission de ces renseignements, la preuve de ceux-ci étant une autre question.

10. Selon l'art. 24 al. 1 LPA, l'autorité peut inviter les parties à la renseigner, notamment en produisant les pièces en leur possession ou à se prononcer sur les faits constatés ou allégués et leur fixer un délai à cet effet. Aux termes de l'al. 2 de cette disposition, l'autorité apprécie librement l'attitude d'une partie qui refuse de produire une pièce ou d'indiquer où celle-ci se trouve. Elle peut également déclarer irrecevable les conclusions des parties qui refusent de produire des pièces ou autres renseignements indispensables pour que l'autorité puisse prendre sa décision.

En l'espèce, compte tenu de l'attitude de la défenderesse, le Tribunal de céans statuera en l'état du dossier selon le degré de la vraisemblance prépondérante.

11. Il ressort du courrier du 27 octobre 2003 que la défenderesse a adressé à la demanderesse, que cette première a offert depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1997 un nouveau produit d'assurance complémentaire à ses assurés, à savoir les assurances HOSPITAL PLUS BONUS (division hospitalière demi-privée) et HOSPITAL COMFORT BONUS (division hospitalière privée).

A la même date, la demanderesse a été transférée à l'assurance complémentaire HOSPITAL CLASSICA, laquelle comprend l'HOSPITAL PLUS CLASSICA (division hospitalière demi-privée) et HOSPITAL COMFORT CLASSICA (division hospitalière privée).

En comparant les conditions supplémentaires d'assurances (CSA) des assurances HOSPITAL BONUS et HOSPITAL CLASSICA, on constate que celles-ci sont largement identiques. Les quelques différences concernent notamment les dispositions suivantes :

- L'art. 3 CSA de l'HOSPITAL CLASSICA prévoit qu'il n'y a pas de couverture d'assurance pour les frais de séjour hospitaliers médicalement indiqués qui doivent être assumés par les cantons en application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie, du 18 mars 1994 (LAMal ; RS 832.10);
- Selon l'art. 8 al. 2 CSA de l'HOSPITAL CLASSICA, le traitement stationnaire dans une clinique psychiatrique est couvert au maximum pendant 180 jours au cours d'une année civile, contre seulement 90 jours dans l'HOSPITAL BONUS (art. 8.2);
- Selon l'art. 16 CSA HOSPITAL CLASSICA, un séjour stationnaire dans un hôpital pour soins aigus ou dans une clinique psychiatrique à l'étranger est couvert à raison de 60 % pour l'assurance HOSPITAL PLUS CLASSICA. L'art. 9 CSA HOSPITAL PLUS BONUS ne prévoit par contre la prise en charge d'un séjour stationnaire dans ces hypothèses que pendant 60 jours par année civile et à concurrence de 1'000 fr. par jour au maximum.

- A l'art. 9 CSA HOSPITAL CLASSICA, le forfait journalier pour une cure balnéaire est de 50 fr. pour HOSPITAL PLUS CLASSICA, alors qu'il est de 60 fr. pour HOSPITAL PLUS BONUS (art. 11.1 let. a CSA).
- La même différence de forfait journalier est prévue pour les cures de convalescence aux art. 10 CSA HOSPITAL CLASSICA et de 12 CSA HOSPITAL BONUS.
- La même différence du forfait journalier s'applique également pour les soins à domicile (cf. respectivement art. 13 al. 1 et 15.1 let. a CSA) et pour l'aide ménagère (cf. respectivement art. 14 al. 1 et 16.1 let. a CSA).
- A l'art. 15.3 CSA HOSPITAL BONUS, des prestations supplémentaires sont prévues pour des frais de garde et des soins à l'enfant de moins de 15 ans.
- L'art. 10 CSA HOSPITAL BONUS prévoit des prestations complémentaires pour le nouveau-né.
- Les variantes d'assurances de ces produits proposées présentent de petites différences et l'assurance HOSPITAL BONUS propose une réduction des primes, lorsqu'aucune prestation pour traitement ambulatoire et stationnaire n'a été perçu durant au moins deux périodes d'observation (art. 24 CSA).

Il résulte par ailleurs du prospectus de la défenderesse que la demanderesse a versé à la procédure que seuls les produits HOSPITAL PLUS BONUS et HOSPITAL COMFORT BONUS sont proposés aux assurés et non pas les produits de l'HOSPITAL CLASSICA.

Au vu de ce qui précède, il convient de constater que les assurances HOSPITAL CLASSICA et HOSPITAL BONUS sont largement identiques et ont été créées à la même période, à savoir en 1997. Or, le premier produit n'est plus proposé aux assurés et on ne voit par ailleurs pas l'intérêt d'une assurance de proposer deux produits quasiment identiques.

Cela étant, il convient d'admettre qu'au degré de la vraisemblance prépondérante que l'assurance HOSPITAL PLUS CLASSICA constitue un portefeuille fermé au sens de la loi.

12. Il appert en outre que, selon toute vraisemblance, la police HOSPITAL CLASSICA était déjà fermée lors de l'entrée en vigueur de l'OS en date du 1<sup>er</sup> janvier 2006. En effet, comme relevé ci-dessus, le produit largement identique d'HOSPITAL BONUS a été créé en 1997 déjà. La défenderesse n'a pas non plus établi ni même allégué combien de polices d'assurance HOSPITAL CLASSICA ont été conclues depuis cette date. De surcroît, ce produit n'était plus proposé en 2007 dans les prospectus de la défenderesse et vraisemblablement pas non plus avant cette date.

Aussi, la demanderesse est-elle en droit de demander son transfert dans un produit équivalent, soit en l'occurrence l'assurance HOSPITAL PLUS BONUS, deux ans après l'entrée en vigueur de l'OS, à savoir le 1<sup>er</sup> janvier 2008, et ceci en prenant en considération l'âge et l'état de santé de la demanderesse au moment de la conclusion du contrat en août 1981.

13. Au vu de ce qui précède, la demande sera admise.
14. Aux termes de l'art. 89 H al. 1 LPA, la procédure est en principe gratuite. Cependant, les débours et un émolument peuvent être mis à la charge de la partie qui agit de manière téméraire ou témoinne de légèreté.

En l'espèce, il convient de constater que la défenderesse a manifestement manqué à son devoir de collaboration pour l'établissement des faits dans la présente procédure. Aussi, il y a lieu de mettre à sa charge un émolument de 1'000 fr.

15. En outre, dans la mesure où la défenderesse succombe, elle sera condamnée à verser à la demanderesse une indemnité de 3'000 fr. à titre de dépens.

**PAR CES MOTIFS,  
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare la demande recevable.

**Au fond :**

2. L'admet.
3. Ordonne à la défenderesse de transférer la demanderesse dans l'assurance HOSPITAL PLUS BONUS avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 2008.
4. Condamne la défenderesse à rembourser à la demanderesse la différence de prime payée en trop à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2008.

5. Condamne la défenderesse à verser à la demanderesse une indemnité de 3'000 fr. à titre de dépens.
6. Met à la charge de la défenderesse un émolument de justice de 1'000 fr.
7. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110) auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) pour ce qui a trait aux prestations relevant de la LAMal et/ou par la voie du recours en matière civile auprès du Tribunal fédéral (av. du Tribunal fédéral 29, case postale, 1000 Lausanne 14), conformément aux art. 72 ss LTF en ce qui concerne les prestations relevant de la LCA; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Claire CHAVANNES

Maya CRAMER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral de la santé publique et à l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers par le greffe le