

**Tribunal fédéral – 9C\_749/2019**

II<sup>e</sup> Cour de droit social  
Arrêt du 21 février 2020

### Résumé et analyse

#### Proposition de citation :

DUPONT ANNE-SYLVE, Assurance-maladie et interruption non punissable de grossesse : une occasion manquée. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C\_749/2019, Newsletter rcassurances.ch avril 2020

**Newsletter avril 2020**

Assurance-maladie, procédure, recours de l'OFSP, intérêt au recours, interruption non punissable de grossesse, participation aux coûts

**Art. 89 al. 2 let. a LTF ;  
27 OAMal ; 29 et 64  
al. 7 let. b LAMal**



## ASSURANCE-MALADIE ET INTERRUPTION NON PUNISSABLE DE GROSSESSE : UNE OCCASION MANQUÉE

Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C\_749/2019

ANNE-SYLVE DUPONT

### I. Objet de l'arrêt

Cet arrêt a pour objet la **recevabilité d'un recours de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP)** dirigé contre un arrêt cantonal confirmant la décision d'une caisse-maladie de mettre à charge d'une femme ayant dû recourir à une **interruption non punissable de grossesse** après le début de la 13<sup>e</sup> semaine des **participations aux coûts** conformément à l'art. 64 al. 2 LAMal (franchise et quote-part).

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

Une assurée ayant subi une interruption non punissable de grossesse après le début de la 13<sup>e</sup> semaine de grossesse s'est vu mettre à charge, par sa caisse-maladie, sa franchise et une quote-part pour les soins reçus à cette occasion. Le tribunal cantonal des assurances, saisi d'un recours de cette assurée, a confirmé la position de la caisse-maladie.

**Après que l'assurée a recouru au Tribunal fédéral, la caisse-maladie a accepté de lui rembourser les montants** qu'elle lui avait facturés, rendant ainsi sans objet son recours, qu'elle a retiré.

L'OFSP, qui avait également recouru contre l'arrêt cantonal en se fondant sur la compétence qui lui est attribuée par les art. 89 al. 2 let. a LTF et 27 OAMal, a malgré tout maintenu son recours.

#### B. Le droit

En substance, le Tribunal fédéral retient que même si le droit de recours spécial de l'art. 89 al. 2 let. a LTF a un caractère abstrait et autonome, la question sur laquelle il y a lieu de statuer doit cependant revêtir une certaine actualité (ATF 135 II 338 c. 1.2.1). La jurisprudence relative

à l'exigence d'un intérêt actuel est en principe valable aussi pour le droit de recours spécial des autorités. L'autorité doit ainsi disposer d'un intérêt actuel et pratique à obtenir l'annulation de l'acte attaqué, intérêt qui doit exister tant au moment du dépôt du recours qu'à celui où l'arrêt est rendu (ATF 137 I 296 c. 4.2). Le Tribunal fédéral fait exceptionnellement abstraction de 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 soumettre à une autorité judiciaire avant qu'elle ne perde son actualité et qu'il existe un intérêt public à résoudre la controverse (ATF 142 I 135 c. 1.3.1) (c. 1.3).

En l'espèce, le Tribunal fédéral reconnaît que la contestation en cause est susceptible de se reproduire en tout temps dans des circonstances identiques ou analogues. Dans la mesure où l'OFSP n'établit pas qu'il ne sera jamais possible de faire trancher ces causes par une autorité judiciaire – en d'autres termes, ne prouve pas que les autres caisses-maladie ne procéderont pas systématiquement à l'avenir comme la caisse-maladie de la présente affaire –, il n'y a pas lieu de mettre son recours au bénéfice de l'exception (c. 1.3.2).

Le recours de l'OFSP est donc jugé irrecevable.

### **III. Analyse**

A première vue, cet arrêt n'a rien de particulier : un arrêt d'irrecevabilité comme tant d'autres. Celui-ci mérite que l'on s'y arrête parce qu'il est particulièrement regrettable, pour trois raisons au moins. Premièrement, la question juridique qu'il s'agissait de trancher était une vraie, une belle question de droit (A). Deuxièmement, l'analyse étriquée de l'intérêt au recours de l'autorité de surveillance confine ce dernier de manière à le priver de toute efficacité (B). Troisièmement, en déniaut aux assurées le droit à une solution uniforme qui s'impose aux dizaines de caisses-maladie qui gèrent l'assurance obligatoire des soins (AOS), le Tribunal fédéral laisse subsister des inégalités intolérables, ou à tout le moins des possibilités d'inégalités qui le sont tout autant (C).

#### **A. Une vraie question de droit**

La question qui aurait été soumise au Tribunal fédéral si le recours avait été jugé recevable était une vraie question juridique, concernant la compréhension de la LAMal (RS 832.10).

La problématique est la suivante : conformément à l'art. 64 al. 7 LAMal, les femmes enceintes ne doivent pas payer de participations aux coûts (franchise et quote-part). Cette dispense vaut dès le premier jour de grossesse pour les prestations spécifiques de maternité selon l'art. 29 LAMal (art. 64 al. 7 let. a LAMal), et dès la 13<sup>e</sup> semaine de grossesse pour les « prestations visées aux art. 25 et 25a » (art. 64 al. 7 let. b LAMal). Les prestations spécifiques de maternité n'incluant que des prestations effectuées lorsque la grossesse se déroule normalement, il est admis que l'interruption volontaire de grossesse intervenant avant la 13<sup>e</sup> semaine de grossesse ne dispense pas l'assurée de participer aux coûts. Il est également admis qu'une interruption volontaire de grossesse intervenant après la 23<sup>e</sup> semaine de grossesse est assimilée à un accouchement et relève par conséquent du risque « maternité ». Les prestations fournies sont donc des prestations spécifiques, exemptées de participation aux coûts.

Demeure opaque la situation des assurées devant recourir à une interruption non punissable de grossesse entre la 13<sup>e</sup> et la 23<sup>e</sup> semaine de grossesse. Deux interprétations s'affrontent à cet égard : la première est défendue par l'OFSP et a été développée dans une lettre-circulaire adressée le 16 mars 2018 aux caisses-maladies (accessible [ici](#)) et mise en œuvre par une partie d'entre elles. Elle consiste à interpréter l'art. 64 al. 7 let. b LAMal en ce sens qu'il exempte de participation aux coûts les femmes qui doivent recourir aux prestations qui sont énumérées aux art. 25 et 25a LAMal, y compris à cause d'une interruption non punissable de grossesse, l'art. 30 LAMal renvoyant d'ailleurs aux art. 25 et 25a LAMal s'agissant du catalogue de prestations à disposition. La seconde interprétation est celle qui a été retenue par la caisse-maladie et les juges cantonaux dans la présente affaire. Elle consiste à dire que l'art. 64 al. 7 LAMal renvoie aux prestations générales et de soins en cas de maladie (art. 25 et 25a LAMal), et ne vise donc pas les prestations fournies pour d'autres raisons, comme une infirmité congénitale (art. 27 LAMal), un accident (art. 28 LAMal), ou encore, précisément, une interruption non punissable de grossesse (art. 29 LAMal). Cette interprétation est mise en œuvre par plusieurs caisses-maladie, malgré les directives de l'administration.

Pour départager les deux lectures qui sont faites de l'art. 64 al. 7 let. b LAMal, il faut recourir à tout ce qui, en principe, devrait faire la joie du juriste, à commencer par l'interprétation de la loi. En l'occurrence, de nombreux éléments relevant de l'interprétation littérale, téléologique ou encore historique, soutiennent la première interprétation. Mais l'élément décisif vient à notre sens de l'interprétation systématique de la LAMal :

- l'intervention de l'AOS suppose en tout premier lieu que la personne concernée bénéficie d'une couverture d'assurance et que se réalise un risque assuré dans ce cadre (cf. TF, arrêt K 14/01 du 14 décembre 2002, c. 2.2). Conformément à l'art. 3 al. 2 LAMal, ces risques sont au nombre de trois : la maladie, y compris les infirmités congénitales (cf. art. 3 al. 2 LPGA) ; la maternité ; l'accident. Si ces deux conditions de base sont remplies, le droit aux prestations est donné lorsque les conditions relatives à leur octroi sont remplies, à commencer par le fait de figurer dans le catalogue (art. 24 LAMal) ;
- à cet égard, le législateur a dressé un catalogue général des prestations à l'art. 25 LAMal, puis également à l'art. 25a LAMal pour les soins de longue durée. Ce catalogue mentionne, concrètement, les prestations qui peuvent être facturées à charge de l'AOS, soit, en premier lieu, les examens et les traitements dispensés en ambulatoire ou en milieu hospitalier, par des médecins ou par d'autres fournisseurs sur prescription (art. 25 al. 2 let. a LAMal) ;
- ce catalogue de prestations est inscrit sous les intitulés respectifs de « prestations générales en cas de maladie » et de « soins en cas de maladie ». Il ne s'applique cependant pas uniquement lorsque le risque maladie se réalise, dès lors que l'art. 28 LAMal y renvoie pour les prestations en cas d'accident. Si l'éventualité « maternité » se produit, l'art. 29 LAMal indique que les prestations du catalogue général doivent être fournies ; par ailleurs, le catalogue de prestations est ici élargi pour comprendre des prestations spécifiques liées à la surveillance de la grossesse, à l'accouchement et à la surveillance post-partum. L'art. 27 LAMal indique expressément que le catalogue général de prestations est également pertinent en cas d'infirmité congénitale, quand bien même

l'infirmité congénitale n'est pas une éventualité en tant que telle, mais une forme qualifiée de la maladie, ainsi que cela ressort de l'art. 3 al. 2 LPGA ;

- l'art. 30 LAMal traite de manière séparée des prestations prises en charge en cas d'interruption non punissable de grossesse. Là encore, la loi renvoie simplement au catalogue général de l'art. 25 LAMal pour dresser la liste des prestations prises en charge par l'AOS. Comme l'art. 27 LAMal, l'art. 30 LAMal n'a pas pour objet de créer une nouvelle éventualité assurée dans le cadre de l'AOS. Ces éventualités, ou plutôt le champ d'application matériel de la LAMal, est traité à son art. 1<sup>a</sup> et mentionne uniquement les éventualités maladie, accident et maternité. Si l'interruption non punissable de grossesse est traitée dans une disposition spécifique, c'est uniquement pour des raisons historiques. Dès le 1<sup>er</sup> mars 1982, un art. 12<sup>quater</sup> a été introduit dans la LAMA de l'époque pour contraindre les caisses-maladie à prendre en charge le coût des prestations fournies dans le cadre d'une interruption non punissable de grossesse dans le régime de l'ancien art. 120 CP, autrement dit dès lors que l'indication médicale était confirmée par deux avis médicaux. L'introduction de l'art. 12<sup>quater</sup> avait pour but de régler une controverse existant à l'époque et concernant la possibilité, pour les caisses-maladie, de procéder à leur propre évaluation de la justification médicale du traitement. Il s'agissait ainsi de s'assurer de la concordance entre l'interruption non punissable de la grossesse au sens de l'art. 120 CP et la couverture obligatoire par les caisses-maladie des frais de traitement résultant de cette intervention, à concurrence des prestations assurées (ATF 108 V 34) en contraignant les caisses-maladie à fournir leurs prestations dès lors que les conditions de l'état de fait pénal de l'interruption non punissable de grossesse étaient réalisées. Il n'a en revanche jamais été question d'en faire un risque à part dans le système de l'assurance-maladie.

Ainsi, seule l'interprétation consistant à dire que l'art. 64 al. 7 let. b LAMal dispense de participation aux coûts la femme qui recourt aux prestations de soins énumérées aux art. 25 et 25<sup>a</sup> LAMal indépendamment de la raison pour laquelle elle y recourt est compatible avec la systématique de la LAMal. Référence est ainsi faite, dans cette disposition, au catalogue de prestations disponibles, et non à l'éventualité qui entraîne le recours à ces prestations.

## **B. L'intérêt de l'OFSP à recourir contre l'arrêt cantonal**

S'agissant de l'intérêt de l'Office recourant à voir tranchée la querelle exposée ci-dessus, le Tribunal fédéral a donc jugé qu'il n'était ni pratique ni actuel, et qu'aucune circonstance particulière ne justifiait qu'on le dispense de cette condition. Ce jugement pose ainsi nécessairement la question de l'utilité du recours de l'autorité chargée de veiller à la bonne application du droit, en particulier lorsque cette autorité a pour mission, de par la loi, de s'assurer de la mise en œuvre uniforme de l'AOS par les plus de nonante caisses-maladie qui sont autorisées à la pratique.

Dans de telles circonstances, il est évident que l'intérêt « pratique et actuel » de l'OFSP ne saurait se confondre avec celui de l'assurée. Cette dernière avait un intérêt pratique et actuel à voir son recours tranché dans le but de ne pas payer à tort des montants qui ne devaient pas être mis à sa charge. Cet intérêt a effectivement disparu du moment qu'elle a été

remboursée par sa caisse-maladie. L'intérêt pratique et actuel de l'OFSP vise l'application correcte et uniforme de la LAMal. Cet intérêt ne disparaît pas du seul fait de quelque manœuvre procédurale d'une caisse-maladie. Dans ce sens, il ne saurait être jugé à l'aune d'une seule affaire, mais de la réalité de la mise en œuvre de la loi sur le point contesté.

A ce sujet, le Tribunal fédéral semble considérer que l'OFSP soutiendrait de manière infondée qu'une partie des caisses-maladie ne se conforment pas aux directives reçues. L'on ne pourrait donc considérer que l'état de fait à l'origine de la présente affaire puisse se reproduire de manière indéfinie, avec les mêmes pratiques consistant à attendre le recours fédéral pour rembourser la personne assurée et, de ce fait, empêcher le Tribunal fédéral de statuer.

Ces considérants sont problématiques parce qu'ils traduisent la méfiance du Tribunal fédéral à l'endroit du travail de surveillance effectué par l'OFSP. En lui déniaient le droit d'accéder au contrôle judiciaire d'une question juridique dont le caractère controversé est établi au motif qu'il n'agirait que sur la base « de simples suppositions » quant aux pratiques des caisses, le Tribunal fédéral laisse entendre que l'autorité de surveillance agirait ici pour ainsi dire par caprice, sans réel besoin. C'est faire ainsi peu de cas de la vision globale de la pratique de l'assurance-maladie dont l'administration fédérale peut se prévaloir, contrairement aux juges fédéraux.

Nous nous permettons, pour notre part, de douter qu'un Office fédéral mobilise des ressources pour recourir devant le Tribunal fédéral en présence d'une pratique notoirement uniforme des caisses-maladie, et donc en l'absence de tout problème relevant de la surveillance. Cette argumentation aurait tout aussi bien pu être défendue si le Tribunal fédéral avait jugé bon de trancher matériellement la question qui lui était soumise.

En l'espèce, les circonstances de fait à l'origine de la procédure suffisaient à démontrer qu'au moins une des caisses-maladie chargée de la mise en œuvre de l'assurance-maladie ne se conforme pas aux directives de l'autorité fédérale de surveillance, ce qui justifiait un recours à ce titre, même abstrait.

### **C. Les conséquences de l'arrêt du TF**

En l'absence de réponse fédérale, l'incertitude demeure donc quant à l'interprétation à donner à l'art. 64 al. 7 let. b LAMal en présence d'une interruption non punissable de grossesse pratiquée entre la 13<sup>e</sup> et la 23<sup>e</sup> semaine. Il existe certes des directives de l'OFSP à ce sujet, mais qu'un certain nombre de caisses-maladie ne respectent pas et continueront très certainement de ne pas respecter, puisque l'arrêt analysé confirme le peu de risques qu'elles prennent à ne pas le faire.

Il subsistera donc une inégalité entre les femmes concernées par ces circonstances déjà tragiques en soi : celles qui sont assurées auprès d'une caisse-maladie qui se conforme aux directives ne participeront pas aux coûts, alors que celles qui sont assurées auprès d'une caisse-maladie qui ne s'y conforme pas devront payer franchise et quote-part. Parmi ces dernières, il faudra encore distinguer entre celles qui auront l'idée, l'énergie, le courage et l'argent pour entamer une procédure de recours, qui ne servira, finalement, à rien, sinon à se voir rembourser les montants mis à leur charge. Montants qui équivaldront sûrement à la facture de l'avocat qu'elles auront mandaté pour les conseiller.

Un tout petit espoir tout de même : le Tribunal fédéral a mis les frais de la procédure à charge de la caisse-maladie intimée, « dont le revirement relatif à la prise en charge des coûts en cause a provoqué le défaut d'intérêt actuel au recours ». Peut-être cette perspective aura-t-elle à l'avenir un effet dissuasif.

Il est plus vraisemblable que l'on doive désormais attendre une décision au niveau politique, ce qui ressemble fort à du temps perdu, sachant que l'on avait ici toutes les cartes en main pour bien faire.