



Arrêt du 26 novembre 2007

Composition : Jean-Luc Baechler (président du collège), Hans-Jacob Heitz,
Claude Morvant, juges;
Pascal Richard, greffier.

X._____ **SA**, avenue C.-F. Ramuz 70, 1009 Pully,

recourante,

contre

Office fédéral des assurances privées (OFAP), Schwanengasse 2, 3003
Berne,

autorité inférieure,

concernant

**l'utilisation des contributions cantonales pour les traitements hospitaliers
en divisions semi-privée et privée pour l'année 2001.**

Faits :

A.

A.a Par arrêt du 30 novembre 2001, le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'une personne hospitalisée en divisions privée ou semi-privée d'un hôpital public du canton où elle habite - ou, pour elle, son assureur-maladie - peut prétendre de ce canton à la part des coûts imputables dans la division commune de cet hôpital à la charge du canton (ATF 127 V 422). Le Tribunal fédéral des assurances a ainsi précisé l'interprétation de l'art. 49 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.10) en ce sens que les patients hospitalisés en divisions semi-privée et privée bénéficient également de la participation cantonale aux coûts de traitements dispensés dans les hôpitaux publics du canton dans lequel ils sont domiciliés. Les assurés, respectivement leur assureur-maladie, peuvent donc prétendre au remboursement des sommes payées indûment aux hôpitaux publics. Pour les traitements dispensés après le 1^{er} janvier 2002, la répartition des coûts entre les assureurs et les cantons est régie par la loi fédérale du 21 juin 2002 sur l'adaptation des participations cantonales aux coûts des traitements hospitaliers dispensés dans le canton selon la loi fédérale sur l'assurance-maladie (RS 832.14).

A.b Le 30 juin 2002, la Conférence des Directeurs cantonaux des Affaires sanitaires (ci-après : CDS) et l'association regroupant les assureurs-maladie "santésuisse" (ci-après : santésuisse) ont conclu une convention dans le but d'établir un règlement extra-judiciaire global du financement des traitements hospitaliers intra-cantonaux des patients en divisions semi-privée et privée dans les hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics pour la période allant du 1^{er} janvier au 31 décembre 2001. Afin de satisfaire aux exigences résultant de l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 30 novembre 2001, les cantons se sont engagés à verser une somme globale de 250 millions de francs destinée à être répartie entre les différents assureurs-maladie. En contrepartie, ceux-ci se sont astreints à allouer l'entier de la somme à leurs assurés complémentaires ; ils se sont également engagés à justifier, vis-à-vis de l'autorité de surveillance, de cette imputation en précisant sous quelle forme et en faveur de quels comptes annuels les fonds seront affectés. Ils ont, en outre, renoncé à toutes autres prétentions à l'encontre des cantons. En cas de non-adhésion de certains assureurs, les parties ont prévu à l'art. 14 que la somme globale de 250 millions ne serait pas diminuée mais que santésuisse verserait aux cantons le montant réclamé par lesdits assureurs.

La requérante n'a pas adhéré à cette convention. Elle l'a expressément confirmé par télécopie du 21 juin 2002 à santésuisse. Elle a toutefois négocié de façon séparée avec santésuisse le versement d'une indemnité compensatoire.

- A.c Le 9 octobre 2002, l'Office fédéral des assurances privées (OFAP) en qualité d'autorité de surveillance selon la loi fédérale du 23 juin 1978 sur la surveillance des institutions d'assurance privées ([aLSA, RO 1978 1836] abrogée par la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance [LSA, RS 961.01]) a adressé une circulaire aux assureurs disposant de l'agrément pour l'exploitation de l'assurance-maladie complémentaire, parmi lesquels X._____ SA. Lesdits assureurs ont ainsi été enjoins de faire parvenir à l'autorité de surveillance un plan indiquant la manière dont les contributions de base reçues des cantons seraient redistribuées aux assurés. L'autorité de surveillance a proposé divers procédés de distribution : une contribution par tête, une contribution en pour cent des primes ou la distribution de la contribution dans le cadre de la détermination habituelle des primes. Pour cette dernière variante, il a toutefois été précisé que les différences entre les effectifs d'assurés pouvaient s'avérer problématiques.
- A.d En date du 9 mai 2003, santésuisse a passé une convention avec la recourante destinée à régler les prétentions de celle-ci envers celle-là pour les années 1996 à 2001. La recourante ayant arrêté ses prétentions à hauteur de 20 millions de francs, santésuisse reconnaît lui devoir 10 millions de francs soit 6 millions de francs à verser immédiatement ainsi que 4 millions de francs dont les modalités d'échéance et de règlement étaient encore à discuter. La somme de 6 millions de francs devait être réglée à raison d'un versement immédiat de 5 millions de francs et de deux montants à hauteur de 500'000 francs acquittés sous forme de dispense de cotisations futures. Le 20 juin 2003, la recourante a ainsi perçu la somme de 5 millions de francs de la part de santésuisse ; ce paiement est à l'origine du présent litige. S'agissant du montant de 4 millions de francs, les parties sont convenues, par accord du 4 juin 2003, de le porter au crédit d'un compte au nom de santésuisse et de le destiner à la défense des intérêts de la branche.
- A.e Ayant appris de santésuisse, par courriel du 27 juin 2003, que la recourante avait perçu une somme de 5 millions de francs provenant de la somme globale des contributions de base cantonales, l'OFAP a invité celle-ci, par courrier du 16 juillet 2003, à lui faire parvenir un plan de distribution de ce montant de 5 millions de francs à ses assurés au 31 décembre 2001. Par lettre du 7 août 2003, la recourante a indiqué que la somme perçue de la part de santésuisse ne se rapportait pas uniquement à l'année 2001 mais à l'ensemble des années 1996 à 2001, soit une période antérieure à la dissociation des portefeuilles X._____ caisse-maladie et X._____ SA ; cela engendrait des problèmes de distribution. Par ailleurs, elle a rappelé ne pas avoir adhéré à la convention passée entre la CDS et santésuisse et, en conséquence, ne pas être assujettie aux obligations qui en découlent. Elle a en outre annoncé que, dans l'hypothèse où il conviendrait de distribuer cette somme aux assurés, elle préférerait le principe de la participation aux bénéfices lequel peut

notamment s'articuler sous la forme d'une renonciation provisoire à une adaptation des primes. Le 1^{er} octobre 2003, l'OFAP a précisé que la somme de 5 millions de francs provenait effectivement du versement global à hauteur de 250 millions de francs que santésuisse a perçu des cantons et a imparti un nouveau délai à la recourante pour la remise d'un plan de distribution. Par courrier du 10 octobre 2003, la recourante a réaffirmé son opposition à la demande de l'OFAP. Elle a, de surcroît, ajouté que les assurances complémentaires d'hospitalisation avaient subi une perte de plus de 10 millions de francs durant l'exercice 2001 et qu'il n'était dès lors guère imaginable de procéder à un remboursement. Le 29 octobre 2003, l'autorité inférieure a exigé de la recourante des informations supplémentaires quant à la perte susmentionnée. Celles-ci lui sont parvenues par courrier du 14 novembre 2003.

- B. Par décision du 4 février 2004, l'OFAP a intimé l'ordre à la recourante de lui soumettre un plan de distribution de la somme de 5 millions de francs jusqu'au 27 février 2003. Cette décision est assortie de la menace d'une amende pouvant atteindre 5'000 francs en cas de contravention à l'injonction prononcée. L'autorité de surveillance est d'avis que la non-adhésion de la recourante à la convention entre les cantons et santésuisse ne saurait justifier un traitement différent. Elle relève que les primes 2001 des assurés de la recourante s'avèrent trop élevées dès lors que les paiements pour sinistres ont diminué en raison du versement des contributions de base par les cantons ; elle affirme en outre que cette diminution de charges doit profiter aux assurés. L'OFAP précise par ailleurs que, s'il lui incombe de veiller à la redistribution aux assurés de la somme de 250 millions de francs versés par les cantons à santésuisse, son devoir de surveillance s'étend également aux 5 millions de francs perçus par la recourante dans la mesure où ceux-ci proviennent précisément de la somme globale.

L'OFAP a, au surplus, souligné que la perte subie par X._____ SA durant l'exercice 2001 n'est pas due à la fixation de primes insuffisantes mais à l'alimentation de provisions ne figurant pas dans le plan d'exploitation lesquelles constituent, par conséquent, des réserves libres. Il a donc estimé que les contributions des cantons ne sauraient compenser la perte de l'exercice 2001 mais devaient être distribuées aux assurés de l'assurance complémentaire d'hospitalisation de l'année 2001.

- C. La recourante a contesté cette décision auprès de la Commission fédérale de recours en matière de surveillance des assurances privées (ci-après : Commission de recours) par mémoire du 8 mars 2004. La Commission de recours a ensuite procédé à un double échange d'écritures. Par ordonnance du 6 avril 2005, elle a désigné le collège appelé à statuer sur le fond de la cause et imparti un délai aux parties afin de déposer une éventuelle demande de récusation ainsi que requérir la tenue de débats publics. A l'initiative de la Commission de recours, une audience publique

a eu lieu en date du 4 septembre 2006 ; la conciliation a été vainement tentée. Les parties ont encore développé leurs moyens en audience et ont maintenu leurs conclusions. Par ordonnance du 25 janvier 2007, le Tribunal administratif fédéral a annoncé qu'il reprenait le traitement de l'affaire et a désigné le collège appelé à statuer sur le fond de la cause impartissant un nouveau délai pour le dépôt d'une éventuelle demande de récusation.

- D. Dans son mémoire de recours du 8 mars 2004, la recourante conclut à l'annulation de la décision du 4 février 2004. Elle conteste en particulier être assujettie, pour la somme de 5 millions de francs reçue de santésuisse, aux obligations découlant de la convention passée entre la CDS et cette dernière. Elle réfute également le bénéfice pour l'exercice 2001 tel qu'établi par l'autorité inférieure ainsi que le fait que la somme perçue ne concerne que l'année 2001.

À l'appui de son recours, la recourante fait valoir une violation de l'art. 20 aLSA dans la mesure où l'OFAP aurait outrepassé son pouvoir de contrôle. Elle avance également que la décision est contraire au principe de la bonne foi en ce sens qu'elle s'est fondée sur la directive de l'OFAP du 9 octobre 2002 - laquelle ne prévoyait pas de versement pour les assureurs n'ayant pas adhéré à l'accord du 30 juin 2002 - quand elle a annoncé ne pas augmenter les primes de ses assurés pour l'année 2004. La recourante prétend en outre que la décision viole le principe de la proportionnalité en raison des difficultés et des coûts qu'une redistribution de la somme aux assurés engendrerait. Elle considère enfin que les mesures imposées par l'autorité inférieure sont prématurées dans la mesure où elle n'a pas encore recouvré l'entier de la participation des cantons aux traitements hospitaliers dispensés en divisions semi-privée et privée.

L'autorité inférieure réfute ces griefs et conclut au rejet du recours.

- E. Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Le Tribunal administratif fédéral considère :

1.
 - 1.1 Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1 p. 45).
 - 1.2 A teneur de l'art. 53 al. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007, les recours pendants devant les commissions fédérales de recours à l'entrée en vigueur de la présente loi sont traités par le Tribunal

administratif fédéral dans la mesure où celui-ci est compétent. Ils sont jugés sur la base du nouveau droit de procédure.

L'art. 83 LSA prévoit que le recours contre les décisions prises par l'autorité de surveillance est régi par les dispositions générales de la procédure fédérale. La décision de l'OFAP est une décision au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021). Aucune des clauses d'exception de l'art. 32 LTAF n'étant réalisée, le Tribunal administratif fédéral est donc compétent en vertu des art. 31 et 33 let. d LTAF.

- 1.3 La recourante, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteinte par la décision et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA).
- 1.4 La décision de l'OFAP étant datée du 4 février 2004, elle a été notifiée à la recourante au plus tôt le 5 février 2004. Cette année-ci, le mois de février comptait 29 jours. Le délai légal de 30 jours de l'art. 50 al. 1 PA n'est ainsi pas arrivé à échéance avant le 8 mars 2004, soit le premier jour utile suivant le samedi 6 mars 2004, trentième jour dudit délai. Le recours a donc été déposé en temps utile.
- 1.5 Le recours est signé par le président et le directeur financier de la recourante qui, selon les inscriptions au registre du commerce (état au 13 novembre 2007), disposent ensemble d'une signature collective à deux. La recourante a donc valablement été représentée par ses organes.
- 1.6 Les prescriptions relatives à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 52 al. 1 PA) ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss PA) sont respectées.

Le recours est ainsi recevable.

2. La LSA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006 et a abrogé la aLSA ; il se pose dès lors la question du droit applicable à la présente procédure.

Selon les principes généraux du droit - auxquels ne dérogent pas les art. 90 LSA et 216 de l'ordonnance du 9 novembre 2005 sur la surveillance des entreprises d'assurance privées (OS, RS 961.011) relatifs au droit transitoire -, l'ancien droit reste applicable en procédure de recours si la décision attaquée a pour objet les conséquences juridiques d'un comportement ou d'un événement passés (ATF 119 Ib 103 consid. 5). En l'espèce, la décision attaquée a pour objet l'utilisation de la somme reçue de santésuisse par la recourante, soit les conséquences juridiques d'un événement passé. De surcroît, dite décision a été rendue le 4 février 2004, soit sous l'empire de l'ancien droit ; c'est donc à la lumière de celui-ci qu'il

convient d'examiner la conformité de la décision entreprise.

3.

3.1 Il n'est pas contesté que la recourante n'a pas adhéré à la convention passée entre la CDS et santésuisse. La recourante et l'autorité inférieure divergent toutefois sur les conséquences de cette non-adhésion.

3.1.1 La recourante est d'avis que sa non-adhésion à l'accord du 30 juin 2002 a pour conséquence qu'elle n'est pas assujettie à la surveillance de l'OFAP s'agissant de la somme de 5 millions de francs reçue de santésuisse. Elle fait par ailleurs valoir que la circulaire du 9 octobre 2002 ne lui était pas adressée. A cet égard, elle cite certains passages faisant expressément référence à une adhésion à la convention alors que cela n'est précisément pas son cas.

De plus, elle allègue que la somme obtenue de santésuisse se rapporte non seulement à l'année 2001 mais à la période s'étendant de 1996 à 2001. Elle voit par conséquent dans la décision de l'autorité inférieure une inégalité de traitement avec ses concurrents assureurs dans la mesure où ceux-ci n'ont été assujettis à la surveillance que pour la répartition des fonds cantonaux afférents à l'année 2001, les montants perçus dans le cadre d'un accord précédent - auquel la recourante n'était pas non plus partie prenante - restant à leur libre disposition. Celle-ci fait en l'occurrence allusion à l'accord que la CDS et le Concordat des assureurs-maladie ont passé le 7 juillet 1998 prévoyant que, contre le versement d'une somme de 60 millions de francs, les assureurs-maladie renoncent jusqu'au 31 décembre 2000 à exiger des cantons une contribution au traitement intracantonal de personnes assurées par une assurance complémentaire.

3.1.2 L'autorité de surveillance estime quant à elle que la non-adhésion de la recourante à la convention entre les cantons et santésuisse ne saurait justifier un traitement différent. Elle relève que les primes 2001 des assurés de la recourante s'avèrent trop élevées dès lors que les paiements pour sinistres ont diminué en raison du versement des contributions de base par les cantons ; elle affirme en outre que cette diminution de charges doit profiter aux assurés. L'OFAP précise par ailleurs que s'il lui incombe de veiller à la redistribution aux assurés de la somme de 250 millions de francs versés par les cantons à santésuisse, son devoir de surveillance s'étend également aux 5 millions de francs perçus par la recourante dans la mesure où ceux-ci proviennent précisément de la somme globale.

3.1.3 Il appartiendra par conséquent à la Cour de céans d'examiner les conséquences juridiques, en l'espèce, de la non-adhésion de la recourante à l'accord passé entre la CDS et santésuisse (cf. infra consid. 4.3.2).

- 3.2 Il n'est pas non plus contesté que la convention passée le 9 mai 2003 entre la recourante et santésuisse se réfère aux années 1996 à 2001 et qu'elle ne prévoit pas, contrairement à l'accord du 30 juin 2002, l'assujettissement de l'affectation du montant reçu à la surveillance de l'OFAP.
- 3.3 Quant à la somme de 5 millions de francs obtenue par la recourante, santésuisse a déclaré, par courriel du 27 juin 2003, qu'elle provenait de la somme globale de 250 millions de francs versée par les cantons en exécution des obligations découlant de la convention du 30 juin 2002. Cette provenance a également été confirmée par la CDS par un courriel adressé à l'autorité inférieure le 17 juillet 2003. Par courrier du 19 septembre 2003, santésuisse a rappelé que la somme de 5 millions de francs provenait des 250 millions de francs reçus des cantons en précisant toutefois que la convention passée avec la recourante le 9 mai 2003 ne saurait être interprétée comme une adhésion ultérieure à l'accord du 30 juin 2002. Elle a ajouté qu'elle considérait pour le reste avoir satisfait aux obligations découlant de la convention du 30 juin 2002 passée avec la CDS. La recourante ne conteste pas la provenance des fonds, elle affirme toutefois que le compte sur lequel le montant a été prélevé ne saurait avoir une quelconque influence sur la résolution du litige.

Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que la somme reçue de santésuisse provient des contributions de base versées par les cantons pour l'année 2001. Il conviendra toutefois d'en examiner les conséquences juridiques.

- 3.4 S'agissant de l'affectation desdits 5 millions de francs, la recourante fait valoir que l'autorité inférieure n'est pas compétente pour rendre une décision ni quant à leur distribution, ni quant à la manière de les répartir. De plus, elle invoque être en droit, comme certains autres assureurs, de renoncer à la distribution de cette somme et de compenser les pertes survenues en 2001 ou encore d'en tenir compte dans le cadre de la fixation future des primes, ce qu'elle prétend d'ailleurs avoir précisément fait en renonçant à une augmentation des primes pour l'année 2004.
- 3.5 Ainsi, la Cour de céans examinera tout d'abord la compétence de l'autorité inférieure (cf. consid. 4) puis, pour autant que celle-ci soit donnée, elle analysera si la recourante est en droit d'affecter le montant perçu à la compensation d'une perte éventuelle éprouvée en 2001 (cf. consid. 5). Elle évaluera ensuite, au regard de la législation sur la surveillance des assurances privées, l'admissibilité d'une affectation de la somme reçue aux fins d'alimenter des provisions (cf. consid. 6). De plus, ladite Cour appréciera si la recourante a tenu compte de la somme reçue par anticipation lors de la fixation des primes pour les années 1997 à 2001 (cf. consid. 7). Enfin la décision querellée sera étudiée sous l'angle du respect du principe de la bonne foi (cf. consid. 8) ainsi que du principe de la

proportionnalité (cf. consid. 9).

4. La requérante fait tout d'abord valoir que l'autorité de surveillance n'était pas compétente pour rendre la décision querellée.
 - 4.1 En vertu de l'art. 1 aLSA, la Confédération exerce la surveillance des institutions d'assurance privées en vue notamment de protéger les assurés. A teneur de l'art. 17 aLSA, l'autorité de surveillance contrôle l'ensemble de l'activité des institutions d'assurance. Elle veille au maintien de la solvabilité, à l'observation du plan d'exploitation et au respect de la législation suisse sur la surveillance. Concernant les activités exercées en Suisse, elle veille en outre au respect du droit suisse en matière d'assurance privée et intervient quand une situation préjudiciable aux assurés se produit. Conformément à l'art. 7 aLSA, l'autorité de surveillance est amenée à donner son agrément à toute institution d'assurance. A cet effet, celle-ci doit joindre à sa demande un plan d'exploitation contenant les tarifs ainsi que des indications sur les réserves techniques (cf. art. 8 al. 1 let. f et g aLSA). En vertu de l'art. 19 aLSA, chaque modification des éléments du plan d'exploitation soumis au contrôle nécessite l'approbation de l'autorité de surveillance. Enfin, selon l'art. 20 aLSA, au cours de la procédure d'agrément, l'autorité de surveillance examine, d'après les calculs des tarifs présentés par les institutions d'assurance si les primes prévues restent dans les limites garantissant, d'une part, la solvabilité des institutions d'assurance et, d'autre part, la protection des assurés contre les abus. Ce contrôle revêt une importance toute particulière en matière d'assurance-maladie ainsi que le démontre l'art. 9 al. 2 aLSA en relation avec l'art. 26 al. 2 let. b de l'ordonnance du 8 septembre 1993 sur l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie (Ordonnance sur l'assurance dommage, OAD, RO 1993 2620) qui a été abrogée par la LSA (cf. Arrêt du Tribunal fédéral 2A.393/2005 du 2 février 2006 consid. 2.2 et les références citées).
 - 4.2 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la surveillance des institutions d'assurance ne se limite pas au maintien de la solvabilité (cf. art. 17 al. 1 aLSA) mais tend de manière générale à protéger les assurés (cf. art. 1 aLSA) et à garantir un fonctionnement adéquat de la branche des assurances en Suisse (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.393/2005 du 2 février 2006 consid. 2.2 et les références citées ; STÉPHANIE GEY, Aufgaben und Bedeutung der staatlichen Aufsicht über die schweizerischen Privatversicherungen zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Berne 2003, p. 171).

Il ressort également du message du Conseil fédéral du 5 mai 1976 concernant la loi fédérale sur la surveillance des institutions d'assurance privées que "au premier plan et comme tâche principale de l'autorité de surveillance figure la sauvegarde des intérêts des assurés, qui peut revêtir les aspects les plus divers : protection des assurés contre des insuffisances techniques et financières et contre l'insolvabilité des institutions d'assurance,

protection contre les tromperies résultant d'accords imprécis, d'une publicité mensongère ou d'indications fallacieuses, protection des assurés contre des primes trop élevées, protection des assurés contre des conditions générales d'assurance contraires aux dispositions impératives de la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA, RS 221.229.1) et contre une rédaction inadéquate des conditions générales, dont ils ne sont pas en mesure de saisir la portée. Cette seule liste, qui n'est nullement exhaustive, montre déjà que le terme d'assuré doit être compris dans son sens le plus large, de telle sorte que la surveillance doit être exercée en vue de protéger les intérêts des preneurs d'assurance, des assurés dans le sens donné à ce terme par les dispositions relatives au contrat d'assurance, des ayants droit, des lésés (en particulier dans l'assurance-responsabilité civile pour véhicules automobiles) et même des personnes intéressées par l'assurance" (FF 1976 II 851). Ainsi, la surveillance des institutions d'assurance a principalement pour but d'éviter que les assurés soient trompés et subissent un préjudice. Elle tend par conséquent à une protection du patrimoine des assurés (ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3^e éd., Berne 1995, p. 113).

4.3

4.3.1 La situation de fait énoncée, soit la restitution par les cantons d'une somme payée indûment pour l'hospitalisation en sections semi-privée ou privée, n'est pas sans évoquer un principe général du droit : celui de la répétition de l'indu. A cet égard, il sied de rappeler que les principes généraux du droit ou institutions générales du droit s'avèrent consubstantielles à tout ordre juridique ; ils reposent sur des valeurs de justice, d'équité et de sécurité du droit qui sont sous cet angle inhérentes à son fonctionnement. En droit public, où il n'y a que peu de règles écrites d'application générale mais, le plus souvent, des législations sectorielles, la loi ne régit fréquemment que ce qui relève de la matière même, oubliant ce qui a trait au régime des droits et obligations en tant que tel. Ces omissions auraient pour conséquence des situations juridiques contraires aux exigences manifestes de justice et d'équité (cf. PIERRE MOOR, Droit administratif général, vol. 1, 2^e éd., Berne 1994, p. 58). Pour combler ces lacunes, la jurisprudence fait référence aux institutions générales applicables comme inhérentes à l'ordre juridique. Elle a notamment repris le principe de la répétition de l'indu que connaît le droit privé aux art. 62 ss de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (code des obligations [CO, RS 220]) (ATF 78 I 86).

L'art. 62 al. 1 CO dispose que celui qui sans cause légitime s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution. En l'espèce, en 2001, les cantons n'ont pas participé aux coûts d'hospitalisation en divisions semi-privée et privée en dépit de leurs obligations découlant de l'art. 49 al. 1 LAMal selon l'interprétation circonstanciée faite par le Tribunal fédéral des assurances dans son arrêt publié aux ATF 127 V 422. En effet, celui-ci a constaté qu'une personne hospitalisée en divisions privée ou semi-privée d'un hôpital public du canton où elle habite - ou, pour elle, son assureur-maladie - peut prétendre de ce canton à la part des coûts imputables dans la division commune de cet hôpital à la charge des pouvoirs publics. La

haute juridiction ayant établi le défaut de cause d'une partie des paiements effectués pour l'hospitalisation des personnes en sections semi-privée et privée, les cantons se trouvaient dès lors enrichis indûment aux dépens d'autrui et étaient tenus à restitution. Les collectivités publiques cantonales ont d'ailleurs explicitement reconnu leur obligation lorsqu'elles ont conclu l'accord du 30 juin 2002 avec santésuisse (cf. chiffres 3 et 4). Ainsi, la disposition topique relative à la répétition de l'indu trouve pleinement application en l'espèce.

Or, la répétition de l'indu constitue une institution générale du droit public dont l'autorité de surveillance, dans le cas particulier, doit veiller au respect en vertu du mandat conféré par l'art. 17 al. 2 aLSA. En effet, les assureurs complémentaires ont volontairement pris en charge l'ensemble des coûts liés à l'hospitalisation en sections semi-privée et privée croyant qu'ils incombaient à leurs assurés. Ils ont cependant reporté cette charge sur les primes des assurés lesquels ont par voie de conséquence payé des primes trop élevées. En définitive, les assurés complémentaires constituent donc les ayants droit de la somme restituée par les cantons. L'arrêt du Tribunal fédéral des assurances cité ci-dessus ne constate d'ailleurs pas autre chose lorsqu'il arrive à la conclusion que c'est la personne hospitalisée ou, pour elle, son assureur-maladie, qui peut prétendre à la prise en charge par le canton dans lequel elle est domiciliée de la part des coûts imputables à la division commune.

Ainsi, il découle du principe de la répétition de l'indu dont l'autorité de surveillance doit veiller au respect que l'obligation de restituer incombe aux assureurs et que ce sont les assurés complémentaires de l'année 2001 les ayants droit de la somme remise à santésuisse par les cantons. Dans ce contexte, il ne faut pas perdre de vue que le but de la surveillance des institutions d'assurance privées consiste principalement à éviter que les assurés ne subissent de préjudices en raison des agissements des assureurs (cf. consid. 4.2). En l'espèce, il est patent que, dans l'hypothèse où la somme remise par les cantons à santésuisse serait affectée par les assureurs à d'autres fins que son allocation aux assurés, il y aurait abus et violation du principe de la répétition de l'indu. Dès lors, c'est à juste titre que, en application de l'art. 17 al. 2 aLSA, l'autorité inférieure veille à ce que ladite somme leur soit effectivement restituée ; ainsi, vu que la compétence ne peut être déniée, c'est à raison que l'OFAP a rendu la décision entreprise.

- 4.3.2 A la lumière de ce qui précède, il importe peu que la recourante ait ou non adhéré à la convention passée le 30 juin 2002 entre la CDS et santésuisse. En effet, à la lecture de dite convention, il est patent qu'une part de la somme globale de 250 millions de francs devait revenir à la recourante qu'elle adhère ou non à l'accord. L'art. 14 de ladite convention prévoit effectivement que, dans l'hypothèse d'une non-adhésion de certains assureurs, la somme globale de 250 millions ne serait pas diminuée mais que santésuisse verserait aux cantons la somme réclamée

par lesdits assureurs.

En l'espèce, santésuisse n'a pas versé aux cantons la somme réclamée par la recourante mais a, dans un premier temps, constitué sur le montant global de 250 millions une provision à hauteur de 15 millions de francs destinée aux assureurs n'ayant pas adhéré à l'accord, puis a directement transmis à la recourante une somme de 5 millions de francs. La CDS en a été informée, tel que cela ressort du courriel adressé le 17 juillet 2003 à l'autorité inférieure, et ne semble pas s'être opposée à ce procédé.

Dès lors, il ne fait aucun doute que, dans l'esprit des parties à la convention du 30 juin 2002, une part de la somme globale de 250 millions - dont les cantons se sont précisément acquittés en restitution des frais d'hospitalisation en sections semi-privée et privée payés sans cause légitime en 2001 - devait être attribuée à la recourante et que dite part (les 5 millions de francs reçus de santésuisse) lui a effectivement été transmise.

Or, faute de redistribuer aux assurés de l'année 2001 (qui en sont les véritables ayants droit) les 5 millions de francs, la recourante porterait alors atteinte à leurs intérêts ou commettrait un abus au sens de la législation en matière de surveillance des institutions d'assurance privées. La compétence de l'OFAP doit dès lors être admise en vertu des tâches qui lui ont été dévolues par le législateur. En effet, au chiffre 8 de la partie II, la convention susmentionnée ne fait que rappeler une obligation de contrôle découlant directement de la loi. Ainsi, quand bien même la convention n'aurait pas chargé ledit office de la tâche de contrôle circonscrite dans le cadre de l'accord du 30 juin 2002, l'OFAP aurait tout de même dû intervenir en se fondant sur l'art. 17 al. 2 aLSA. Partant, les griefs soulevés par la recourante relatifs à sa non-adhésion à la convention ne s'avèrent, pour cette raison, pas pertinents.

4.3.3 Le fait que la recourante ait donné quittance à santésuisse pour une période plus grande que celle relative à la convention du 30 juin 2002 ne saurait pas non plus remettre en cause l'obligation lui incombant de distribuer la somme reçue à ses assurés de l'année 2001. Premièrement, il existe un lien évident entre l'accord du 9 mai 2003 passé entre la recourante et santésuisse ainsi que la convention du 30 juin 2002 entre la CDS et la même association : d'une part, l'accord entre la recourante et santésuisse fait expressément référence à l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances publié aux ATF 127 V 422 ayant précisément amené les cantons à verser la somme de 250 millions de francs ; d'autre part, santésuisse a déclaré, dans son courrier du 19 septembre 2003, que, en s'acquittant de la somme de 5 millions de francs en faveur de la recourante, elle satisfaisait aux obligations découlant de la convention du 30 juin 2002 passée avec la CDS. Deuxièmement, l'accord du 9 mai 2003 entre la recourante et santésuisse vise à régler les prétentions de celle-ci envers santésuisse pour les années 1996 à 2001 y compris ; une part des

10 millions de francs dont il est question concerne donc bien l'année 2001. Enfin, si le fondement des obligations de santésuisse envers la recourante ne ressort pas clairement du dossier, son courrier du 19 septembre 2003 démontre que la somme de 5 millions de francs provient des contributions de base à hauteur de 250 millions de francs versées par les cantons pour l'année 2001. Dans l'esprit du bailleur de fonds initial, soit les cantons par l'intermédiaire de la CDS, le versement des 5 millions de francs se réfère également à la seule année 2001, tel que cela ressort du courriel adressé le 17 juillet 2003 à l'autorité inférieure. En conséquence, le Tribunal de céans estime que la somme de 5 millions de francs reçue par la recourante constitue sa part aux 250 millions de francs remis par les cantons à santésuisse à titre de participation aux traitements hospitaliers intra-cantonaux des patients en divisions semi-privée et privée dans les hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics pour la période allant du 1^{er} janvier jusqu'au 31 décembre 2001. Dite somme n'est dès lors à distribuer qu'aux assurés complémentaires de la recourante pour l'année 2001 faute de contrevenir sinon au principe de la répétition de l'indu.

- 4.4 Plus précisément, la décision querellée porte sur une somme d'argent à redistribuer aux assurés. La recourante allègue que ce montant a été utilisé pour compenser les pertes résultant de l'exercice comptable 2001 et qu'il en a été tenu compte dans le cadre de la fixation des primes, par anticipation, pour les années 1996 à 2001 ainsi que, une fois le montant reçu, pour l'année 2004. Or, étant donné que le bilan et les comptes annuels des institutions d'assurance privées sont assujettis à approbation en vertu de l'art. 8 al. 1 let. e en relation avec l'art. 9 aLSA, une affectation de la somme reçue à la compensation d'une perte résultant du bilan annuel est soumise ipso jure à la surveillance de l'OFAP. Il en va de même pour une allocation de la somme aux assurés par le biais d'une compensation sur le montant des primes ultérieures conformément aux art. 8 al. 1 let. f et 20 aLSA. En l'occurrence, ce contrôle revêt une importance toute particulière étant donné que la recourante exerce l'activité d'assureur-maladie (cf. art. 9 al. 2 aLSA en relation avec l'art. 26 al. 2 let. b OAD). Ainsi, les deux procédés invoqués par la recourante pour ne pas distribuer directement à ses assurés la somme obtenue sont sujets à la surveillance de l'OFAP. Partant, celui-ci était en mesure d'intervenir et, le cas échéant, de rendre une décision à ce sujet.
- 4.5 Lors de la fixation des tarifs de primes, les institutions d'assurance jouissent d'un certain pouvoir d'appréciation, la surveillance ayant avant tout pour but de protéger les assurés d'une situation préjudiciable. En matière d'assurance-maladie, il s'agit en premier lieu de veiller à ce qu'un malade soit pris en charge en cas de maladie. Il faut cependant constater que les primes d'assurance-maladie grèvent de manière non négligeable le budget des ménages. De plus, en matière d'assurance complémentaire, le changement d'assurance est rendu plus difficile par le comportement de certains assureurs qui refusent de nouveaux assurés ayant un certain âge

ou les soumettent à de nombreuses réserves. Or, lorsque le marché fait l'objet de restrictions, il existe un intérêt public d'autant plus important à la protection des assurés. Enfin, la somme dont la recourante veut disposer à sa guise ne provient pas de l'économie privée mais consiste en de l'argent public. Dès lors, il appert que, en l'espèce, le pouvoir d'appréciation des assureurs doit être restreint (cf. Arrêt du Tribunal fédéral 2A.393/2005 du 2 février 2006 consid. 2.3).

- 4.6 Sur le vu de ce qui précède, découlant de l'art. 17 al. 2 en relation avec les art. 8, 9 et 20 aLSA, la compétence de l'autorité inférieure pour veiller à une distribution conforme à sa destination de la somme reçue de santésuisse et partant, pour prendre la décision querellée, est clairement acquise dans l'affaire litigieuse.
5. Ayant établi la compétence de l'autorité de surveillance ainsi que l'obligation de la recourante de restituer à ses assurés de l'année 2001 la somme remise par santésuisse, il y a lieu d'examiner dans un deuxième temps si la recourante est en droit, comme elle le prétend, d'affecter le montant perçu à la compensation d'une éventuelle perte réalisée durant l'année 2001, voire durant les années 1996 à 2001.
- 5.1 Pour l'année 2001, il ressort du compte d'exploitation de la recourante qu'elle a subi une perte de Fr. 8'933'652.46 sur l'ensemble des assurances complémentaires. L'autorité inférieure part toutefois de l'avis que cette perte ne provient pas de primes trop basses mais de la prise en compte de charges et produits extraordinaires à hauteur de Fr. 12'244'727.55 pour les catégories d'assurances concernées. Ce dernier montant constitue une part des charges et produits extraordinaires s'élevant à Fr. 19'914'205.75 pour l'ensemble des affaires. L'OFAP relève à cet égard que la recourante a attribué les montants suivants à différentes provisions :
- 2 millions de francs à la provision pour différence de cours sur titres ;
 - 2 millions de francs à la provision pour la reconstitution du fonds de garantie ;
 - 4 millions de francs à la provision de vieillissement ;
 - 1 million de francs au fonds d'amélioration de la prévoyance personnelle ;
 - 5 millions de francs à la couverture des charges d'X._____ ;
 - 1,5 millions de francs à la provision pour la fluctuation des risques.

L'autorité inférieure fait valoir que seule la provision de vieillissement est prévue dans le plan d'exploitation de la recourante ; elle qualifie les autres affectations de réserves libres. Cette situation l'amène à considérer que la recourante a aggravé le résultat de l'exercice 2001. Elle note en particulier qu'une somme identique à celle reçue de santésuisse a été affectée à la couverture des charges d'X._____. Elle précise enfin que sans la constitution desdites réserves, la recourante aurait réalisé un bénéfice en 2001.

La recourante conteste cette appréciation. Elle avance que la provision de fluctuation des risques figure dans les documents explicatifs au plan d'exploitation sous l'appellation de provision pour fonds de sécurité. Elle prétend en outre qu'il faut prendre en compte non seulement la perte de l'année 2001 mais également celle subie sur l'ensemble de la période allant de 1996 à 2001.

5.2 Dans ces circonstances, il y a lieu d'étudier les raisons ayant conduit au résultat comptable déficitaire de la recourante pour l'exercice 2001 ainsi que leur conséquence.

5.2.1 À titre liminaire, il sied de rappeler que les plans d'exploitation des institutions d'assurance privées contiennent notamment des déclarations des assureurs relatives au but ainsi qu'au niveau des provisions qu'ils constituent (art. 8 let. g aLSA). Une fois approuvées, en vertu de l'art. 9 en relation avec l'art. 19 aLSA, lesdites déclarations deviennent contraignantes.

5.2.2 En l'espèce, lorsque l'autorité inférieure a constaté que la perte résultant de l'exercice comptable 2001 était due à l'alimentation de provisions ne figurant pas au plan d'exploitation, la recourante a prétendu que la provision de fluctuation des risques correspondait en fait à la provision de sécurité et de fluctuation qui, elle, est effectivement prévue dans le plan d'exploitation. Or, comme le relève à juste titre l'autorité inférieure, le rapport établi par la recourante entre les deux provisions n'est en rien manifeste. A cet égard, dans les différents courriers adressés à l'autorité de surveillance ainsi que dans les pièces annexées, la recourante n'a jamais fait allusion à une provision portant la dénomination prévue par le plan d'exploitation. De surcroît, il y a lieu de constater, en accord avec l'autorité inférieure, qu'une provision pour fluctuation des risques sert à absorber des augmentations imprévues des sinistres mais ne saurait tendre à compenser le retard dans la facturation de prestations pour les cas intervenus en 2001 comme le prétend la recourante ; en effet, il faut tenir compte de ces retards par l'alimentation de la provision pour sinistre (fonds étranger) et non de celle pour fluctuation qui, elle, constitue un fonds propre.

5.2.3 De plus, dans son mémoire de recours du 8 mars 2004, la recourante a volontairement soustrait des charges et produits extraordinaires certaines provisions qui, dans un premier temps, y figuraient. En effet, dans la décision attaquée, l'autorité inférieure note que ceux-ci contiennent entre autres une attribution à hauteur de 2 millions de francs pour la provision en faveur de la reconstitution du fonds de garantie, une attribution à hauteur de 1 million de francs au fonds pour l'amélioration de la prévoyance personnelle ainsi qu'une attribution exceptionnelle de 5 millions de francs pour la couverture des charges de la recourante. Or, ces provisions ne

figurent plus dans le calcul établi par la recourante dans son mémoire de recours. D'une manière générale, une telle attitude constitue un indice en faveur de la qualification de fonds libre retenue par l'autorité inférieure.

- 5.2.4 Par ailleurs, si le plan d'exploitation mentionne bien la constitution d'une provision pour vieillissement jusqu'à 10 % des primes annuelles, il n'en demeure pas moins que des provisions peuvent être aussi réalisées à moins de 10 %. En effet, leur importance dépend généralement du résultat de l'activité de l'assurance. Or, il est étonnant de constater que, pour une année où la recourante prétend avoir subi une perte, elle prévoit, dans le même temps, la constitution d'une provision de vieillissement au maximum autorisé par le plan d'exploitation, soit un montant de 4 millions de francs. L'attribution d'un montant de 1,5 millions de francs à un fonds de sécurité lors de la réalisation d'une perte paraît, dans le contexte, tout aussi surprenante.
- 5.2.5 Enfin, la recourante n'a, à aucun moment, démontré la nécessité de constituer des provisions de compensation destinées à corriger des erreurs d'imputation. Dès lors, le Tribunal de céans doit constater que l'attribution exceptionnelle aux charges de la recourante d'un montant exactement équivalent à celui obtenu de santésuisse, soit 5 millions de francs, constitue un fonds libre.
- 5.2.6 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il y a lieu d'admettre que c'est à juste titre que l'OFAP a retenu que la recourante avait sciemment alourdi les charges de l'exercice comptable 2001. Dans ces circonstances, une compensation de la perte alléguée au moyen de la somme reçue de santésuisse ne saurait être envisagée.
- 5.3 S'agissant du grief visant à tenir compte de la perte subie durant les années 1996 à 2001, il n'est pas non plus pertinent. En effet, comme démontré ci-dessus (cf. consid. 4.3.3), c'est la provenance de la somme d'argent qui est déterminante. Or, celle-ci provient bien de la part des cantons pour l'année 2001. En conséquence, il est justifié de ne se référer qu'à la seule année 2001 pour considérer la possibilité de compenser une perte éventuelle, faute de quoi le montant versé par les cantons en restitution de la part des coûts d'hospitalisation en sections semi-privée et privée payée indûment en 2001 ne serait pas restitué à leurs véritables ayants droit.
- 5.4 Dans certains cas, l'OFAP a autorisé des assureurs à compenser au moyen des contributions de base obtenues des cantons les pertes de l'année 2001 liées aux produits d'assurance complémentaire d'hospitalisation. Nonobstant, cette forme de compensation n'a été admise que pour les assureurs qui ont démontré une perte en tenant compte du montant des primes encaissées et des prestations à la charge de l'assureur (y compris les frais administratifs). Une telle compensation n'a

par ailleurs été approuvée que dans la mesure où dite perte ne pouvait ni être compensée par une augmentation des tarifs hospitaliers en 2003 ni couverte par la provision de sécurité et de fluctuation. Or, en l'espèce, force est de constater que la recourante n'a effectué aucun prélèvement sur le fonds de sécurité ; bien au contraire, elle l'a alimenté à hauteur de 1,5 millions de francs. Dans ces circonstances, la situation de la recourante ne peut être qualifiée de semblable à celle où une compensation a été admise. Elle ne saurait dès lors se plaindre d'une violation du principe de l'égalité de traitement. Partant, quand bien même la recourante aurait démontré à satisfaction de droit une perte pour l'exercice 2001, elle n'aurait pas pu la compenser au moyen du versement reçu de santésuisse.

- 5.5 Il reste encore à apprécier si l'opportunité offerte à certains assureurs complémentaires maladie de compenser une perte de l'exercice 2001 avec le montant reçu des cantons, satisfait aux principes régissant la surveillance des assurances privées. Le principe de la répétition de l'indu ainsi que l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances publié aux ATF 127 V 422 ne laissent planer aucun doute quant à la destination de la somme allouée : celle-ci est à redistribuer impérativement aux assurés. En admettant la compensation d'une perte éventuelle au motif que les primes versées par les assurés n'étaient pas suffisamment élevées, ce principe de la destination n'est pas respecté. En effet, cela donnerait sinon aux assureurs la possibilité de corriger leur erreur au moyen du versement effectué par les cantons. Cela leur permettrait ainsi de se décharger du risque lié à l'exploitation d'une assurance aux dépens des assurés alors qu'il n'incombe pas aux preneurs d'assurance de veiller à une juste fixation des primes ; ceux-ci ne disposent au demeurant pas des informations nécessaires à cet effet. La somme obtenue des cantons profiterait par conséquent bien plus aux assureurs qu'aux assurés qui en sont pourtant les ayants droit légitimes. Enfin, il sied d'ajouter que ce procédé empêche une redistribution transparente des contributions cantonales dans la mesure où il ne permet pas de garantir que la somme ait effectivement été allouée aux assurés, ayants droit. Dans ces circonstances, la compensation d'une perte au moyen de la somme obtenue de santésuisse contrevient manifestement au principe de la répétition de l'indu ; ce procédé ne peut donc être admis. À cet égard, on notera que dans une affaire ayant trait à la distribution aux assurés de la somme reçue des cantons, l'ancienne Commission de recours ad hoc avait également estimé qu'une compensation de la perte résultant du bilan annuel n'était pas admissible. Le Tribunal fédéral a, par la suite, confirmé cette thèse (cf. Arrêt du Tribunal fédéral 2A.393/2005 du 2 février 2006 consid. 3.3).
- 5.6 Ayant constaté l'illégalité du procédé utilisé pour la compensation d'une perte, il faut encore souligner que, quand bien même la situation de la recourante ne saurait être assimilée à celle des rares assureurs en faveur desquels ledit procédé a été admis, le droit suisse ne reconnaît, en

principe, pas de droit à l'égalité de traitement dans l'illégalité (cf. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Zurich/Saint-Gall 2006, n. 518 ss). Ce principe ne souffre que peu d'exceptions. En l'espèce, l'intérêt de la recourante à l'égalité de traitement dans l'illégalité ne saurait primer celui des assurés à percevoir la somme qui leur est due. Dès lors, elle n'est pas en mesure de déduire un quelconque droit du principe de l'égalité.

- 5.7 Sur le vu de ce qui précède, la recourante ne peut se dérober à la distribution de la somme reçue de santésuisse en invoquant le résultat déficitaire de son exercice comptable 2001. Avant tout, le principe même d'une utilisation de ce montant à des fins de compensation d'une perte n'est pas compatible avec le principe de la répétition de l'indu vu que cela profiterait aux assureurs et non aux assurés, les ayants droit légitimes. Qui plus est, le cas d'espèce n'est pas comparable à ceux où l'autorité inférieure a admis une compensation des pertes subies en 2001. Enfin, la perte alléguée par la recourante trouve son origine dans la constitution de réserves qui ne sont pas justifiées au regard du plan d'exploitation.
6. La compensation avec des pertes subies n'étant pas admissible, il convient alors de savoir si l'allocation de la somme reçue de santésuisse aux fins d'alimenter des provisions - ainsi que cela ressort des comptes 2001 de la recourante - satisfait aux exigences de la législation sur la surveillance des institutions d'assurance privées.
- 6.1 La loi charge l'autorité de surveillance de veiller à la solvabilité des entreprises d'assurance (art. 17 aLSA). À cette fin, l'OFAP exige des assureurs complémentaires maladie qu'ils constituent des provisions, en particulier une provision de vieillissement. Or, les montants ainsi affectés ne sont pas déterminés selon le bon vouloir des assureurs. Ces provisions ont pour but de garantir la solvabilité de l'entreprise d'assurance en cas de réalisation accrue du risque assuré. Si elles sont constituées dans une mesure disproportionnée, il en résulte une augmentation non justifiée des primes. Il faut donc veiller à un juste rapport entre la somme affectée aux provisions et le montant des primes (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.393/2005 du 2 février 2006 consid. 3.2).
- 6.2 La somme reçue par la recourante doit, en vertu du principe de la répétition de l'indu, être allouée aux assurés de l'année 2001. Les provisions se focalisent quant à elles sur un événement futur et ne profitent qu'aux assurés toujours affiliés au moment de leur dissolution. Ainsi, les assurés de l'année 2001, dont les rapports contractuels avec X._____ SA auront pris fin avant la dissolution de la provision, ne retireront aucun avantage de sa constitution alors que d'autres assurés ayant passé contrat avec la recourante après l'année 2001, en profiteront sans cause légitime. Plus l'assureur attendra avant de distribuer la somme à ses assurés, plus la difficulté sera grande de toucher les véritables

ayants droit. Dans le cas d'espèce, il s'est déjà écoulé plus de cinq ans depuis l'année 2001 ; les primes d'assurance ont été fixées à six reprises depuis lors. Une affectation de la somme reçue à la couverture des charges de la recourante ou à d'autres réserves contrevient donc à sa destination et, par là-même, au droit fédéral étant donné qu'une part importante des assurés de l'année 2001 ne profiteraient pas de la somme qui leur est due (cf. Arrêt du Tribunal fédéral 2A.393/2005 du 2 février 2006 consid. 3.2).

6.3 Sur le vu de ce qui précède, force est de constater que la distribution de la somme reçue de santésuisse au moyen de la constitution de provisions ne satisfait pas aux exigences de la législation sur la surveillance des institutions d'assurance privées.

7.

7.1 Afin de justifier son refus de distribuer à ses assurés la somme de 5 millions de francs reçue, la recourante invoque par ailleurs avoir tenu compte par anticipation de ce montant, malgré les déficits enregistrés, dans le cadre de la fixation des primes pour les années 1997 à 2001. À cet égard, elle explique avoir agi de la sorte étant persuadée que le Tribunal fédéral suivrait ses conclusions quant à la prise en charge par les cantons d'une part des coûts d'hospitalisation en sections semi-privée et privée.

7.2 Il est vrai que la recourante n'a pas, contrairement à la grande majorité des assureurs, augmenté les primes de ses assurés complémentaires durant la période en cause. Dans ses écritures, la recourante suggère que, en prévision de la somme à recevoir, elle a renoncé à une augmentation de primes malgré une nécessité démontrée. Il sied dès lors d'analyser les raisons qui ont amené la recourante à ne pas augmenter ses primes.

7.2.1 Il ressort des rapports annuels de l'OFAP sur les institutions d'assurance en Suisse que durant les années 1997 à 2001, les assureurs-maladie, dans leur ensemble, ont utilisé plus de 77 % des primes encaissées pour la couverture des sinistres. Il en va autrement de la recourante qui n'y a consacré qu'un peu plus de 51 %. Cette différence par rapport à ses concurrents s'explique soit par une clientèle plus jeune et en meilleure santé soit par l'encaissement de primes dont le niveau était d'ores et déjà élevé.

7.2.2 En conséquence, force est de constater que la recourante n'a aucunement renoncé à une augmentation de primes qui s'avérait nécessaire. En effet, sa situation économique saine ne le justifiait pas. De plus, une telle augmentation aurait nécessité l'approbation de l'OFAP qui examine, sur la base des résultats de chaque assureur, si elle satisfait aux exigences légales. Aussi, compte tenu des résultats de la recourante pour les années en question, il semble fort improbable qu'elle fût parvenue à rendre vraisemblable la nécessité d'une hausse des primes. L'autorité inférieure

va même plus loin en affirmant dans ses écritures qu'elle aurait très certainement qualifié dite augmentation d'injustifiée et refusé son approbation.

- 7.3 Dans ces circonstances, il appert qu'il n'existe pas de lien de causalité entre une participation financière des cantons aux frais d'hospitalisation en sections semi-privée et privée, d'une part, et la non-augmentation des primes de 1997 à 2001 par la recourante, d'autre part. Celle-ci ne peut dès lors avoir tenu compte par anticipation du versement de ladite participation lors de la fixation de ses primes pour les années y afférentes. Ce grief n'est donc pas non plus pertinent.

8.

- 8.1 La recourante invoque également une violation du principe de la bonne foi. Se fondant sur l'art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) ainsi que sur la jurisprudence, elle soutient qu'un renseignement ou une décision erronée peut obliger l'administration à consentir à un administré un avantage contraire à la loi. Elle fait en particulier valoir que l'autorité inférieure a autorisé, dans sa circulaire du 9 octobre 2002, une distribution de la somme reçue des cantons dans le cadre de la fixation des primes pour l'année 2004 ; or, c'est précisément la voie qu'elle a choisie outre l'affectation sur les résultats des exercices 1996 à 2001. Elle ajoute que des renseignements téléphoniques allant dans le même sens lui ont également été fournis par l'autorité inférieure. Elle avance encore que, suite aux différents courriers de l'autorité inférieure l'invitant à soumettre un plan de distribution, elle n'était plus, faute de temps, en mesure d'adapter les tarifs 2004. Elle prétend enfin que sa bonne foi s'avère d'autant plus indiscutable qu'elle représente l'une des rares institutions d'assurance concernées par le point III de la circulaire s'adressant aux assureurs non tenus d'effectuer des versements.
- 8.2 L'OFAP admet que l'option d'une prise en compte du versement des contributions de base dans le cadre de la fixation de primes futures était bien prévue dans la circulaire. Elle précise néanmoins qu'il était expressément mentionné qu'il ne s'agissait pas là d'une variante souhaitable ; dès lors ladite circulaire ne confère pas un droit à appliquer cette formule de distribution. Elle ajoute que le point III de la circulaire se justifiait alors car elle considérait que la signature de l'accord constituait une condition pour l'obtention de la somme versée par les cantons à santésuisse.
- 8.3 Le droit constitutionnel du citoyen à être traité par les organes de l'État conformément aux règles de la bonne foi est expressément consacré à l'art. 9 Cst. (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n. 624 ; JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich-Bâle-Genève 2003, MAHON,

ad art. 9, p. 92). Il protège, dans certaines circonstances, la confiance légitime que le citoyen a placée dans les assurances reçues de l'autorité ou dans tout autre comportement adopté par celle-ci et suscitant une expectative déterminée (ATF 126 II 377 consid. 3a, ATF 122 II 113 consid. 3b/cc ; cf. aussi ATF 128 II 112 consid. 10b/aa). Selon la jurisprudence (cf. ATF 121 II 473 consid. 2c, ATF 118 la 245 consid. 4b et les références citées ; MAHON, op. cit., ad art. 9, p. 97), l'art. 9 Cst. confère au citoyen le droit d'exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux assurances (promesses, renseignements, communications, recommandations ou autres déclarations) reçues, si les cinq conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- a) l'autorité est intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées ;
- b) l'autorité a agi ou est censée avoir agi dans les limites de sa compétence ;
- c) l'administré a eu de sérieuses raisons de croire à la validité de l'acte suivant lequel il a réglé sa conduite ;
- d) il s'est fondé sur l'acte en question pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice ;
- e) la loi n'a pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée.

8.4 En l'espèce, l'autorité inférieure a adressé la circulaire du 9 octobre 2002 à tous les assureurs bénéficiant de l'agrément pour l'exploitation de la branche assurance-maladie complémentaire. Elle y explique que le versement des contributions de base de la part des cantons réduit rétroactivement le taux de sinistre, ce qui implique une modification a posteriori du tarif. Elle informe qu'étant donné que les modifications tarifaires dans l'assurance-maladie sont sujettes à approbation, aucun versement n'aura lieu sans son approbation préalable. Elle donne ensuite des exemples de distribution, soit la contribution par tête, la restitution en pourcentage de la prime ou encore la prise en compte de la contribution dans le cadre de la détermination des primes pour l'année 2004. Elle privilégie clairement la première formule. Quant à la dernière, l'OFAP ne manque pas de préciser qu'elle présente de nombreux inconvénients et, surtout, qu'elle ne dispense pas d'obtenir son approbation. Le point III de la circulaire prévoit que les assureurs n'envisageant aucun versement, en particulier ceux qui n'ont pas adhéré à l'accord du 30 juin 2002, doivent le communiquer sous forme écrite et motivée à l'OFAP.

8.5 Sur le vu de ce qui précède, il appert que l'OFAP a simplement énuméré différents modèles de distribution et n'a, pour le reste, donné aucune assurance que le choix d'un modèle dispensait l'assureur de lui soumettre un plan de distribution en vue d'une approbation. Au contraire, il a expressément rappelé que le procédé de distribution retenu par la recourante pouvait s'avérer problématique et a, ainsi, implicitement laissé entendre qu'il n'octroierait son approbation qu'à certaines conditions. Or,

en l'espèce, le choix de la recourante n'a pas été approuvé par l'autorité inférieure. De même, aucune pièce du dossier ne permet d'inférer qu'une assurance quelconque aurait été donnée à la recourante à ce sujet lors de prétendus entretiens téléphoniques. Dans ces circonstances, la recourante ne saurait invoquer sa bonne foi.

- 8.6 S'agissant du point III de la circulaire, il sied de souligner que la recourante n'a effectivement pas adhéré à l'accord du 30 juin 2002 mais a toutefois reçu de santésuisse une somme de 5 millions de francs provenant du versement global des cantons. Ainsi, il convient d'examiner si la recourante est en droit d'exiger de l'OFAP qu'il se conforme au point III de la circulaire et qu'il n'exige dès lors pas qu'elle lui remette un plan de distribution de la somme reçue de santésuisse. À cet égard, il sied tout d'abord de constater que, en date du 14 août 2003 - lorsque la recourante a déclaré ne pas devoir adapter ses primes pour l'année 2004 - elle avait d'ores et déjà été invitée (par courrier du 16 juillet 2003) à faire parvenir à l'autorité inférieure un plan de distribution de la somme obtenue, conformément à la circulaire du 9 octobre 2002. De plus, vu la teneur de celle-ci, laquelle lui avait également été adressée, elle ne pouvait plus ignorer son obligation d'obtenir l'approbation de l'autorité inférieure quelle que soit la formule retenue. Dès lors, au moment précis où la recourante prétend avoir pris des dispositions qu'elle ne peut modifier sans subir un préjudice (soit, en l'espèce, tenir compte du montant reçu dans le cadre de la fixation des primes pour l'année 2004), elle savait pertinemment qu'il faudrait produire un plan de distribution de la ladite somme. En conséquence, elle n'avait aucune raison de croire que la circulaire du 9 octobre 2002 ne la concernait pas. Qui plus est, si elle désirait tenir compte du versement des contributions cantonales au moment de la fixation des primes pour 2004, elle aurait dû, à tout le moins, le mentionner dans son courrier du 14 août 2003. Or, force est de constater que tel n'est pas le cas. En conséquence, la recourante ne peut pas non plus se prévaloir d'une assurance donnée en relation avec le point III de la circulaire. Dans ces circonstances, point n'est besoin d'étudier plus avant si les conditions relatives au respect des promesses données sont réunies.
- 8.7 Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, il sied de constater que la recourante ne saurait, en l'espèce, déduire un quelconque droit du principe de la bonne foi.
9. Outre le grief de la bonne foi, la recourante fait valoir que la décision entreprise viole le principe de la proportionnalité dans la mesure où elle ne tient pas compte du fait qu'elle n'a pas bénéficié d'une part de la somme de 60 millions de francs versée aux autres assureurs. Elle prétend également qu'il serait difficile et coûteux de l'appliquer d'un point de vue administratif. Elle préconise enfin d'attendre qu'elle ait perçu l'ensemble des montants qu'elle réclame des collectivités publiques avant d'exiger qu'elle produise un plan de distribution à ses assurés, afin de leur éviter

des versements successifs.

9.1 En se prévalant de n'avoir pas bénéficié d'une part de la somme de 60 millions de francs reçue par les autres assureurs, la recourante invoque en fait une inégalité de traitement.

9.1.1 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une décision viole le principe de l'égalité qui découle de l'art. 8 Cst. lorsqu'elle établit des distinctions juridiques ne se justifiant par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances ; le traitement différent ou semblable injustifié doit se rapporter à une situation de fait importante (ATF 131 V 107 consid. 3.4.2 et la jurisprudence citée).

9.1.2 En l'espèce, la recourante est tenue de restituer la somme reçue de santésuisse en vertu du principe de la répétition de l'indu (cf. consid. 4.3). Cette obligation se réfère à la somme des 250 millions de francs versée par les cantons à santésuisse et vaut pour tous les assureurs bénéficiaires. Or, comme exposé précédemment, les 5 millions de francs reçus par la recourante proviennent bien de ces 250 millions de francs remis par les cantons à santésuisse à titre de participation aux traitements hospitaliers intracantonaux des patients en divisions semi-privée et privée dans les hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics pour la période allant du 1^{er} janvier jusqu'au 31 décembre 2001. La somme obtenue par la recourante constitue par conséquent la restitution des frais d'hospitalisation payés, sans cause légitime, durant la seule année 2001. Dès lors, ni le fait que les autres assureurs n'aient pas été tenus à restitution pour les montants obtenus en vertu d'un accord antérieur - lequel concerne des années antérieures et prévoit le versement aux assureurs d'une somme globale de 60 millions de francs -, ni le fait que la recourante ait donné quittance à santésuisse pour une période plus grande que celle prévue par la convention du 30 juin 2002 ne sont de nature à justifier pour elle un traitement différent de celui des autres assureurs. Ainsi, force est de constater que l'autorité inférieure n'a nullement violé le principe de l'égalité de traitement.

9.2 Reste à examiner le grief de la violation du principe de la proportionnalité.

9.2.1 Ancré à l'art. 5 al. 2 Cst., le principe de la proportionnalité exige de l'Etat qu'il n'use pas de n'importe quel moyen pour atteindre le but d'intérêt public légitime qu'il poursuit : les moyens utilisés doivent rester appropriés et non excessifs (MAHON, op. cit., ad art. 5 n. 13, p. 45 s.). Selon la jurisprudence, le principe de proportionnalité comprend la règle d'aptitude, qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé ; la règle de nécessité qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, soit choisi celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés ; et, enfin, la règle de proportionnalité au sens étroit, qui exige que la gravité des effets

de la mesure sur la situation de l'administré soit mise en balance avec l'impact attendu en fonction de l'intérêt public (ATF 125 I 474 consid. 3 et la jurisprudence citée).

- 9.2.2 En l'espèce, il est vrai que l'écoulement du temps intervenu depuis 2001, sans l'imputer à l'une ou l'autre des parties, rend plus difficile désormais un remboursement des assurés par tête et, par conséquent, sous une forme individualisée. Cela étant, le principe même d'une allocation de la somme perçue à ses ayants droit ne saurait être remis en cause pour des motifs d'ordre administratif ou économique. En effet, si la somme n'était pas remboursée, il en résulterait un changement d'affectation. Or, une telle situation ne serait pas acceptable et contreviendrait aux exigences de la législation sur la surveillance des assurances privées. Au demeurant, dans la mesure où il est de notoriété publique que la plupart des assurés maladie complémentaires privés et semi-privés restent assurés pendant une période relativement longue auprès du même assureur, il est permis de partir de l'idée qu'une grande partie des assurés de 2001 seront toujours assurés auprès de la recourante lors du remboursement effectif. De surcroît, un minimum d'efforts peut être exigé de la recourante pour prendre contact avec les ayants droit qui ne sont plus assurés auprès d'elle, à tout le moins par l'envoi d'une missive à leur dernière adresse connue. A cet égard, il y a également lieu d'admettre que les assurés apporteront leur collaboration en vue d'une restitution équitable. Il convient par conséquent d'admettre que la décision de l'autorité s'avère appropriée et nullement excessive en vue d'atteindre un intérêt public légitime, soit la restitution à leurs ayants droit d'une somme dont ils se sont indûment acquittés ; partant, dite décision ne viole pas le principe de la proportionnalité.
- 9.2.3 Enfin, la décision entreprise ne contrevient pas non plus au principe de la proportionnalité du fait que la recourante n'a pas encore obtenu de la part des collectivités publiques la totalité des sommes qu'elle réclame, ce qui la contraindra à procéder à des versements successifs. En effet, on ne saurait exiger de l'autorité qu'elle patiente jusqu'au moment où la recourante aura perçu l'ensemble des montants réclamés - vu que cette opération peut s'avérer encore passablement longue - avant de garantir que la somme d'ores et déjà reçue soit effectivement restituée à ses ayants droit. Au contraire, les sommes que la recourante pourrait être amenée à percevoir de la part des cantons devront être restituées aux assurés selon le modèle qui aura prévalu pour la somme de 5 millions de francs.
10. Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

11. La recourante devra soumettre un plan de distribution de la somme de 5 millions de francs à l'autorité inférieure. Celle-ci fixera un nouveau délai pour sa production. Il ressortira clairement de ce plan de distribution la manière dont les contributions cantonales seront distribuées ainsi que l'indication des bénéficiaires. À cet égard, l'autorité de surveillance veillera non seulement à fixer le cadre de la distribution mais également à son exécution conforme et complète.
12. Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et 1 al. 1 du Règlement du 11 décembre 2006 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 1^{ère} phrase et 4 FITAF).

En l'espèce, la recourante a succombé dans l'ensemble de ses conclusions. En conséquence, les frais de procédure, lesquels s'élèvent à Fr. 10'000.-, doivent être intégralement mis à sa charge. Ils seront prélevés sur l'avance de frais de Fr. 2'000.- versée par cette dernière. Le solde de Fr. 8'000.- devra être versé sur le compte postal du Tribunal administratif fédéral par la recourante, une fois le présent arrêt entré en force, dans les 30 jours dès réception du bulletin de versement.

Vu l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 PA).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1. Le recours est rejeté.
2. Une fois le présent arrêt entré en force, un nouveau délai sera imparti, par l'autorité inférieure, à la recourante aux fins de soumettre un plan de distribution de la somme de 5 millions de francs à ses assurés au sens des considérants.
3. Les frais de procédure d'un montant de Fr. 10'000.- sont mis à la charge de la recourante, sous déduction de l'avance de frais de Fr. 2'000.- déjà perçue. La recourante est invitée à s'acquitter du solde de Fr. 8'000.- sur le compte postal du Tribunal, une fois le présent arrêt entré en force, dans les 30 jours dès réception du bulletin de versement.
4. Il n'est pas alloué de dépens.
5. Le présent arrêt est communiqué :
 - à la recourante (acte judiciaire)
 - à l'autorité inférieure (acte judiciaire)

Le président du collège :

Le greffier :

Jean-Luc Baechler

Pascal Richard

Voies de droit

Le présent arrêt peut être attaqué devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]), Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. L'arrêt attaqué et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (cf. art. 42 LTF).

Date d'expédition : 7 décembre 2007