

S2 12 37

**JUGEMENT DU 18 FÉVRIER 2014**

**Tribunal cantonal du Valais  
Cour des assurances sociales**

Composition : Eve-Marie Dayer-Schmid, présidente ; Jean-Bernard Fournier et Jean-Pierre Zufferey, juges ; Véronique Largey, greffière

**en la cause**

**FÉDÉRATION X** \_\_\_\_\_, recourante, représentée par Maître A \_\_\_\_\_

**contre**

**Y** \_\_\_\_\_ **SA**, intimée, représentée par Maître B \_\_\_\_\_

(art. 67 et ss LAMal ; assurance facultative d'indemnités journalières, versement d'excédents, réelle et commune intention des parties)

## Faits

**A.** La Fédération X\_\_\_\_\_ (ci-après : la Fédération), aussi dénommée « X\_\_\_\_\_ », est une association au sens des articles 60 et suivants CC. Elle regroupe des associations patronales de C\_\_\_\_\_ et des branches analogues du canton du Valais. Elle a pour but la défense des intérêts et l'exécution des tâches administratives des associations membres. Son siège est à D\_\_\_\_\_. L'un de ses membres fondateurs est E\_\_\_\_\_. La Fédération est représentée vis-à-vis des tiers par le président et un membre du Comité exécutif signant collectivement ou avec le directeur. Celui-ci a droit de signature pour les affaires courantes (art. 1 al. 1 et 2, art. 3, art. 4 al. 1 et art. 17 des statuts de la Fédération en pièce 2).

A l'origine fondée par la Fédération F\_\_\_\_\_ devenue le Syndicat G\_\_\_\_\_ en 2004, l'ancienne association H\_\_\_\_\_ à I\_\_\_\_\_ a été transformée en une société anonyme, H\_\_\_\_\_ SA, le 7 juin 2007. Le 22 novembre suivant, cette société est devenue Y\_\_\_\_\_ SA et fait partie, avec d'autres sociétés, du groupe J\_\_\_\_\_ (pièce 7). Le but principal de cette société est d'allouer selon le principe de la mutualité, essentiellement en Suisse, des prestations d'assurances propres à couvrir les conséquences économiques en cas de maladie, d'accident, de maternité, d'invalidité et de décès. Elle est une caisse-maladie et pratique l'assurance-maladie sociale au sens de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal). Elle peut également, dans le cadre fixé par la LAMal, gérer ou faire gérer d'autres types d'assurances (extrait no xxx du registre du commerce du canton de I\_\_\_\_\_ en pièce 5).

Jusqu'à la fin de l'année 2001, H\_\_\_\_\_ assurait, par le biais d'un contrat collectif dit « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » les conséquences de la maladie des employés de diverses entreprises M\_\_\_\_\_, N\_\_\_\_\_, O\_\_\_\_\_ et valaisannes affiliées aux associations professionnelles cantonales correspondantes, dont les installateurs-électriciens en Valais (pièces 13 et 14).

Lors d'une séance tenue le 23 août 2001 dans les locaux de X\_\_\_\_\_ et réunissant des représentants de K\_\_\_\_\_, de F\_\_\_\_\_ et de la Fédération, il a été relevé que le contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » avec le canton du Valais réglait la question des frais médicaux et de la perte de salaire selon la LAMal, que cette couverture était une exception sur le plan romand, que partout ailleurs, seule la perte de salaire était assurée et que ce contrat pourrait être prolongé aux conditions actuelles, si trois contrats d'une durée de trois ans étaient signés pour la Suisse romande (pièce 17).

**B.** Le 22 octobre 2001, P\_\_\_\_\_ de l'assurance-maladie et accident F\_\_\_\_\_, assurance semble-t-il liée à H\_\_\_\_\_, a écrit aux partenaires sociaux de la métallurgie O\_\_\_\_\_ du bâtiment, dont Monsieur Q\_\_\_\_\_ de L\_\_\_\_\_ à R\_\_\_\_\_, un courrier intitulé « prorogation du contrat K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ ».

sous forme de contrat cantonal. Il a mentionné en préambule qu'à l'occasion de la réunion du comité de direction du 11 octobre précédent, il était apparu que la majorité souhaitait la division du contrat actuel en trois contrats cantonaux. Il a précisé ensuite que, pour le maintien de l'assurance, l'offre suivante était soumise : « Reconduction du contrat K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ en tant que contrat cantonal. La poursuite de notre collaboration dans un esprit de partenariat nous paraît essentielle. Par conséquent, nous ne parlons pas d'un nouveau contrat mais d'une approche différente du contrat en vigueur. Nous récompensons la poursuite de notre collaboration par le transfert de la fortune du contrat K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ proportionnellement au volume de la prime moyenne de 1999 à 2001 sur le contrat cantonal. Cette transmission de fortune volontaire est soumise à la condition que le contrat cantonal soit conclu pour une durée de trois ans au moins et reconduit d'année en année par la suite ». Suivaient des données relatives au taux de la prime du contrat cantonal ainsi qu'au coût de gestion (pièce 13).

Par courrier adressé le 26 octobre 2001 à Me S\_\_\_\_\_, secrétaire de la Fondation d'assurances et des prestations sociales en faveur des métiers groupés par la L\_\_\_\_\_, et intitulé « reconduction du contrat K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ en tant que contrat cantonal », H\_\_\_\_\_, toujours par P\_\_\_\_\_, a communiqué qu'elle était disposée à continuer d'assurer par des contrats cantonaux, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002, tous les membres du contrat conclu avec la fondation précitée. Elle a ajouté qu'en cas d'engagement pour une durée d'au moins trois ans, elle était disposée à transférer sur les nouveaux contrats cantonaux la fortune découlant du contrat susmentionné, que la fortune était constituée par les positions « provisions pour perte de créances », « fonds de sécurité », « fonds de fluctuation » ainsi que par le solde au 31 décembre 2001, que la valeur de cette fortune s'élevait à 5 676 461 fr. au 1<sup>er</sup> janvier 2001, qu'elle serait adaptée en fonction du résultat de l'année 2001 et que la répartition entre les contrats cantonaux se faisait proportionnellement au volume des primes moyennes des entreprises de 1998 à 2000, soit 918 172 fr. ou 9.76% pour les installateurs-électriciens valaisans (pièce 14).

En novembre 2001, H\_\_\_\_\_ et la Fédération ont conclu un contrat collectif d'assurance indemnité journalière portant sur l'assurance-maladie professionnelle de C\_\_\_\_\_ (contrat no xxx), contresigné par F\_\_\_\_\_ et valable dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002. Etaient stipulées dans ce contrat, dans le cadre des statuts ainsi que des dispositions générales et particulières de H\_\_\_\_\_, les prestations d'assurance et les primes correspondantes, soit 3.3% pour un délai d'attente de deux jours et 1.7% pour un délai d'attente de trente jours (pièce 15).

Les comptes 2001 de H\_\_\_\_\_ concernant l'assurance-maladie paritaire de T\_\_\_\_\_ en Suisse romande faisaient état des chiffres suivants : provisions pour perte de créances des assurés individuels : 2000 fr., fonds de sécurité (21%) ou réserves légales : 2 215 300 fr., fonds de fluctuation (7%) ou réserves légales : 755 220 fr. – ces trois postes étant comptabilisés sous « passif » –, solde actif au 1<sup>er</sup> janvier 2001 : 2 703 941 fr., excédent de produits 2001 après diminution du passif transitoire de 800 000 fr. : 1 842 316 fr. sans attribution ni au fonds de sécurité ni au fonds de fluctuation, solde actif au 31 décembre 2001 : 4 546 257 fr. (2 703 941 fr. +

1 842 316 fr.), fortune au 31 décembre 2001 : 7 518 777 fr. (2000 fr. + 2 215 300 fr. + 755 220 fr. + 4 546 257 fr.). Cette fortune a été répartie entre trois contrats cantonaux. Le 9.76% du total de 7 518 777 fr., soit un montant de 733 832 fr., a été attribué au contrat des installateurs-électriciens valaisans. Ces 733 832 fr. englobaient donc un solde actif au 1<sup>er</sup> janvier 2002 de 443 715 fr. (4 546 257 fr. x 9.76%) et des réserves légales de 290 118 fr. [(2000 fr. + 2 215 300 fr. + 755 220 fr.) x 9.76%] (pièce 18).

Il ressort des comptes 2002 du contrat no xxx d'assurance-maladie professionnelle de C\_\_\_\_\_ des réserves pour frais de l'année précédente (15% des dépenses) de 117 000 fr. et des réserves légales minimales (20% des dépenses) de 156 000 fr., soit 17 118 fr. de moins que les 290 118 fr. de l'année précédente. Ces 17 118 fr., ajoutés au résultat d'exploitation (excédent de recettes) 2002 de 233 100 fr. et au solde actif au 1<sup>er</sup> janvier 2002 de 443 715 fr., aboutissaient à un solde actif au 1<sup>er</sup> janvier 2003 de 693 933 fr. (pièce 19).

Quant aux comptes 2003 de ce même contrat, ils montrent que des réserves de 10 000 fr. ont été prélevées sur le résultat d'exploitation (excédent de recettes) 2003 de 72 739 fr. et que les 62 739 fr. restants, ajoutés au solde actif au 1<sup>er</sup> janvier 2003 de 693 933 fr., dégageaient un solde actif au 1<sup>er</sup> janvier 2004 de 756 672 fr. (pièce 19).

Les comptes 2004 du contrat font état de réserves pour frais de l'année précédente (15% des dépenses) de 128 000 fr. et de réserves légales minimales (20% des dépenses) de 171 000 fr., soit 16 000 fr. de plus que les 283 000 fr. de l'année précédente. Ces 16 000 fr. diminuaient d'autant le résultat d'exploitation (excédent de recettes) 2004 de 90 907 fr. et les 74 907 fr. restants, ajoutés au solde actif au 1<sup>er</sup> janvier 2004 de 756 672 fr., aboutissaient à un solde actif au 1<sup>er</sup> janvier 2005 de 831 579 fr. (pièce 20).

Selon les comptes 2005 dudit contrat, les réserves étaient identiques à celles de l'année précédente, le résultat d'exploitation (excédent de recettes) 2005 s'élevait à 191 683 fr. et le solde actif au 1<sup>er</sup> janvier 2006 correspondait donc à 1 023 263 fr. (pièce 20).

A la suite de la séance du 19 octobre 2006 à X\_\_\_\_\_, les parties ont modifié en novembre suivant, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2007, le contrat désormais numéroté xxx. Elles ont diminué les primes à 3% pour un délai d'attente de deux jours et à 1.5% pour un délai d'attente de trente jours, au motif que les gratifications étaient désormais englobées dans le salaire AVS déterminant. Elles ont également précisé que le contrat était automatiquement renouvelé d'année en année et que le délai de résiliation était de six mois (pièces 21 et 22).

Selon les comptes 2006 du contrat en question, les réserves n'avaient pas varié, le résultat d'exploitation (excédent de recettes) 2006 se montait à 389 386 fr. et le solde actif au 1<sup>er</sup> janvier 2007 était ainsi de 1 412 649 fr. (pièce 23).

Lors de la séance du 18 octobre 2007, il a été décidé, face à cette situation économique faste, de ne pas suivre le réflexe de baisser les primes pour l'année

suivante mais de les maintenir et de négocier l'an prochain un taux de prime sur plusieurs années (pièce 24).

Des réserves de 6000 fr. ont été constituées au cours de l'exercice 2007. Celles-ci diminuaient d'autant le résultat d'exploitation (excédent de recettes) 2007 de 296 604 fr. et les 290 604 fr. restants, ajoutés au solde actif précédent de 1 412 649 fr., aboutissaient à un solde actif au 1<sup>er</sup> janvier 2008 de 1 703 253 fr. (pièce 25).

En séance du 16 octobre 2008, compte tenu des bons résultats et du niveau confortable des réserves, les parties ont fixé les primes pour l'année 2009 à 2.6% pour un délai d'attente de deux jours et à 1.3% pour un délai d'attente de trente jours. Ces primes ont été qualifiées de très concurrentielles et une extension du cercle des assurés dans le Haut-Valais a été envisagée (pièce 26). Le contrat no xxx, signé le 22 octobre 2008 par X\_\_\_\_\_, Y\_\_\_\_\_ SA et le Syndicat G\_\_\_\_\_, a été modifié en conséquence, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2009. Il y était précisé que l'assurance convenue intervenait selon le contrat ainsi que les statuts de cette caisse-maladie et le règlement « assurance perte de salaire collective LAMal », édition 2008 (pièce 27).

Durant l'année 2008, des réserves de 41 000 fr. au total ont été prélevées sur le résultat d'exploitation (excédent de recettes) 2008 de 308 339 francs. L'addition des 267 339 fr. restants au solde actif au 1<sup>er</sup> janvier 2008 de 1 703 253 fr. permettait de dégager un solde actif au 1<sup>er</sup> janvier 2009 de 1 970 592 fr. (pièce 28).

Selon le procès-verbal de la séance du 15 octobre 2009, le budget de l'année en cours présentait un solde négatif de 226 320 francs. Les participants à cette réunion ont estimé que, les réserves étant suffisantes, il n'y avait pas de grosse inquiétude à avoir et qu'une augmentation des primes pour l'année 2010 ne se justifiait pas (pièce 29).

**C.** Au cours de la séance du 14 octobre 2010, seuls les chiffres techniques de l'exercice 2009 ont été présentés en raison, selon le représentant de Y\_\_\_\_\_ SA, d'une modification légale. Celui-ci a ajouté que les prestations avaient fortement augmenté par rapport à 2008, qu'en tenant compte des frais, le résultat était négatif, que le taux de sinistre s'élevait à 95.37% et que ce taux devait se situer entre 75% et 78% pour couvrir la totalité des dépenses. Malgré une hausse de la sinistralité en 2009, la prime pour l'année 2011 a été maintenue à 2.6% grâce aux bons résultats obtenus les années précédentes. Constatant que le solde des réserves ne figurait pas sur les comptes, les représentants de la Fédération ont déclaré ne pas comprendre pourquoi la fortune disparaissait subitement du contrat collectif. Ils ont relevé que selon les procès-verbaux des rencontres précédentes, les réserves étaient acquises à ce contrat et ont requis une solution tenant compte d'une garantie sur le passé. Le représentant de Y\_\_\_\_\_ SA a répondu que le solde des réserves appartenait à l'ensemble des contrats-cadres et que cette situation découlait des exigences de la LAMal. Il a ajouté qu'un nouveau contrat devrait d'ailleurs être négocié pour l'année 2011 car le risque « accident » ne pouvait plus être inclus dans la prime d'assurance-maladie (pièce 30).

Le 18 octobre 2010, X\_\_\_\_\_ a écrit à Y\_\_\_\_\_ SA qu'il tenait le résultat de l'exercice 2009 de près de 1 700 000 fr., tel que présenté le 14 octobre précédent, comme acquis à son contrat collectif et qu'il attendait une solution respectueuse des engagements passés (pièce 31).

Par courrier du 29 octobre suivant, Y\_\_\_\_\_ SA a répondu que la LAMal exigeait de prendre en compte, lorsqu'il s'agissait d'examiner si le financement de l'assurance perte de salaire était autonome et si les réserves nécessaires avaient été constituées, la situation financière de tous les contrats d'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie d'un assureur, que la situation financière de chaque contrat collectif d'indemnités journalières en cas de maladie n'était pas déterminante, qu'ainsi, l'excédent affiché ne constituait pas une réserve pour le contrat-cadre en question et qu'elle-même regrettait sincèrement qu'une argumentation différente eût pu être communiquée par le passé. Cette société a ajouté qu'une participation aux excédents pourrait être prévue dans un nouvel accord valable à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2011 (pièce 33).

Une séance s'est tenue le 2 décembre 2010 dans les locaux de X\_\_\_\_\_. Celui-ci a relevé que par le passé, lors de chaque rencontre annuelle et tel qu'établi par les procès-verbaux des séances depuis 2001, il était indiqué par la caisse-maladie que les excédents de chaque année appartenaient au contrat, que c'était d'ailleurs en tenant compte des excédents que la prime de l'année suivante était fixée et qu'en 2010, Y\_\_\_\_\_ SA avait prétendu pour la première fois que l'entier des excédents cumulés du contrat lui appartenait. Le représentant de Y\_\_\_\_\_ SA a confirmé que les résultats du contrat étaient des excédents mais qu'en vertu d'un message de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) datant de 1985, ces excédents étaient la propriété de la caisse-maladie (pièce 34).

Le 13 décembre 2010, Y\_\_\_\_\_ SA a écrit à X\_\_\_\_\_ que celui-ci avait mal compris les précédents rapports annuels, en supposant à tort que des réserves de l'assurance perte de salaire LAMal avaient été constituées à son profit, que tel n'était malheureusement pas le cas et que selon la jurisprudence, ces réserves faisaient partie de celles de Y\_\_\_\_\_ SA et appartenaient donc à l'ensemble des contrats de l'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie. La caisse-maladie a toutefois proposé, outre ce qui avait déjà été convenu jusque-là et pour autant que le contrat fût signé pour une durée de cinq ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2011, la mise en place avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 2002 d'un fonds d'excédents, à savoir une participation aux excédents non soldée chaque année. Elle a notamment suggéré que la moitié du solde accumulé au 31 décembre 2001, soit une somme de 366 917 fr., constituerait le montant initial du fonds d'excédents à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2002 (pièce 35).

Par courrier du 23 décembre 2010, la Fédération s'est déclarée ouverte à la poursuite du partenariat, en ajoutant que le système proposé lui paraissait compliqué et que la mise de départ à hauteur de 50% était arbitraire (pièce 36).

Les parties ont modifié le 23 décembre 2010, avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2011, le contrat no xxx, afin de tenir compte du fait que la perte de salaire en cas de maladie, respectivement d'accident, était assurée par deux sociétés différentes du groupe J\_\_\_\_\_. Elles ont également précisé que le contrat était valable du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2011, avec un délai de résiliation de six mois (pièce 37).

Dans une lettre du 10 juin 2011 à l'attention de Y\_\_\_\_\_ SA et contresignée par le Syndicat G\_\_\_\_\_, X\_\_\_\_\_, constatant l'absence d'accord sur les conditions d'assurance, a résilié le contrat d'assurance perte de salaire (LAMal) no xxx pour sa prochaine échéance, soit le 31 décembre suivant (pièce 38).

Par courrier adressé le 5 septembre 2011 à Y\_\_\_\_\_ SA, la Fédération, représentée par Me A\_\_\_\_\_, a précisé que c'était en particulier sur la base du report d'excédents relatif au contrat collectif que les primes pour les années suivantes avaient été fixées, que les fondements juridiques invoqués par la caisse-maladie à l'appui de sa position concernaient uniquement l'affectation des réserves en situation déficitaire, qu'à leur teneur, les excédents résultant des décomptes annuels étaient remboursables au preneur d'assurance après résiliation du contrat d'assurance collective en cause et qu'un tel remboursement était la règle selon le rapport du Conseil fédéral du 30 septembre 2009 sur l'évaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et les propositions de réforme en page 15. X\_\_\_\_\_ a demandé le prononcé d'une décision formelle au sens de l'article 49 LPGa sur le montant total des excédents cumulés résultant du contrat collectif au 31 décembre 2010 ainsi que sur les conditions du versement en sa faveur de la totalité des excédents résultant de ce contrat au 31 décembre 2011. Il a requis au surplus, en invoquant l'article 85a OAMal, l'envoi des rapports de gestion de Y\_\_\_\_\_ SA pour les exercices 2008, 2009 et 2010, à tout le moins les comptes audités relatifs au contrat collectif ainsi que la comptabilisation dans les livres de cette société du résultat, des réserves et du solde d'excédents concernant ledit contrat (pièce 39).

Le 3 octobre 2011, Y\_\_\_\_\_ SA a rendu une décision d'irrecevabilité de la requête du 5 septembre 2011, au motif que X\_\_\_\_\_ n'étant pas l'unique signataire du contrat en question, il devait agir conjointement avec le Syndicat G\_\_\_\_\_ (pièce 40). Par lettre du même jour, elle a transmis à X\_\_\_\_\_ les rapports d'activité du groupe J\_\_\_\_\_ pour les exercices 2008, 2009 et 2010, avec un communiqué de presse faisant état d'un résultat équilibré pour l'exercice 2010 et d'un bénéfice de 1.2 millions de francs (pièces 41 et 42).

En date du 31 octobre 2011, la Fédération s'est opposée à cette décision, en concluant à la recevabilité de sa requête. Elle a fait valoir que la question d'une éventuelle consorité ne se posait pas à ce stade de la procédure car il lui suffisait, au sens de l'article 49 alinéa 1 et 2 LPGa et en tant que preneur d'assurance, d'avoir un intérêt au prononcé de la décision requise. Elle a ajouté que, de toute manière, il n'y avait pas de consorité nécessaire avec le Syndicat G\_\_\_\_\_, lequel avait cosigné le contrat uniquement pour valider la conformité de celui-ci avec les conditions-cadres de travail applicables et n'avait aucune prétention financière à l'encontre de Y\_\_\_\_\_ SA. Elle a précisé enfin que si, par impossible, il devait en aller autrement, ce syndicat lui

avait cédé toutes les éventuelles créances résultant du contrat, selon acte de cession du 28 octobre 2011 (pièces 43 et 44).

**D.** Par décision du 19 décembre 2011, Y\_\_\_\_\_ SA a refusé le versement des excédents résultant du contrat d'assurance perte de salaire de la LAMal no xxx à X\_\_\_\_\_ et a déclaré sans objet les requêtes tendant à connaître le montant des excédents résultant du contrat susmentionné au 31 décembre 2010 ainsi que les modalités de comptabilisation de ces excédents dans les livres de la société. La caisse-maladie a d'abord mentionné que les salariés payaient une partie des primes et que, dès lors, X\_\_\_\_\_ ne pouvait en aucun cas prétendre l'intégralité des excédents du contrat. Citant l'article 75 LAMal, le considérant 6 de l'ATF 116 V 345 et un passage du rapport du Conseil fédéral précité du 30 septembre 2009 (cf. pièce 112), Y\_\_\_\_\_ SA a argué que ni la loi ni le contrat ne prévoyaient de versement des excédents en faveur du X\_\_\_\_\_, que, conformément au système de la répartition des dépenses et au principe de la mutualité, ces excédents servaient à garantir la solvabilité de l'assureur à long terme ainsi qu'à couvrir d'éventuels déficits passagers dans d'autres contrats et qu'ils devaient donc être conservés par l'assureur.

Le 1<sup>er</sup> février 2012, X\_\_\_\_\_ a formé opposition contre cette décision, en concluant à son annulation. Il a précisé en premier lieu qu'il intervenait en qualité de preneur d'assurance pour le compte de E\_\_\_\_\_ et de quelques entreprises qui lui étaient directement affiliées et qu'en cette qualité, il avait le droit de recevoir le versement de la totalité des excédents du contrat collectif, à charge pour lui de les répartir ensuite en faveur de ses mandantes. Il a invoqué que selon l'article 78 alinéa 1 OAMal, en vigueur jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2012 et applicable à l'assurance facultative d'indemnités journalières par renvoi de l'article 107 OAMal, les assureurs devaient assurer l'équilibre des charges et des produits pour une période de financement de deux ans et disposer en tout temps d'une réserve de sécurité mais que lorsque ces conditions étaient remplies, l'OFAS admettait la rétrocession par les assureurs aux preneurs d'assurance des excédents d'un contrat d'assurance collective d'indemnités journalières, quand bien même la LAMal ne renfermait aucune disposition à ce sujet. Il a relevé que l'ATF 116 V 345 tranchait uniquement, par la négative, la question de savoir si, dans une situation déficitaire relative à un contrat collectif d'indemnités journalières selon la LAMal et dès lors que ce déficit était couvert de manière comptable par les réserves constituées dans d'autres contrats, une assurance pouvait prélever une prime extraordinaire auprès des assurés concernés mais que si ces réserves n'étaient pas suffisantes en vue d'une consolidation comptable, le déficit ne devait être épongé que par une hausse des primes prévues dans les contrats déficitaires et non par un prélèvement sur les réserves des autres contrats. Il en a déduit qu'en aucun cas, une assurance pouvait se servir dans les excédents résultant d'un contrat pour compenser d'éventuelles pertes liées à un autre contrat et que Y\_\_\_\_\_ SA était d'autant moins légitimée à procéder de la sorte qu'elle n'était, de manière consolidée, nullement déficitaire sur ses contrats collectifs d'indemnités journalières. Il a conclu à l'absence de fondement légal justifiant une appropriation par Y\_\_\_\_\_ SA de la fortune du contrat résultant des reports de soldes bénéficiaires après affectation aux réserves depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2002 jusqu'au 31 décembre 2011. X\_\_\_\_\_ a exposé ensuite que le contrat collectif ne prévoyait rien au sujet des excédents, que cette lacune

devait être comblée en interprétant les déclarations de volonté des parties selon le principe de la confiance, que H\_\_\_\_\_ avait proposé en fin d'année 2001 de reporter, volontairement et proportionnellement aux cotisations des preneurs d'assurance, la totalité de la fortune du contrat si un nouveau contrat d'assurance collective était conclu pour une durée de trois ans au minimum, que X\_\_\_\_\_ avait accepté cette proposition, que ladite caisse-maladie avait mis en œuvre ce report volontaire lors de l'entrée en vigueur du contrat collectif le 1<sup>er</sup> janvier 2002, qu'au cours des sept exercices suivants, cette caisse-maladie puis Y\_\_\_\_\_ SA avaient ajouté à ce solde de fortune reporté, après affectation aux réserves, les excédents résultant dudit contrat, que leurs représentants avaient confirmé le solde de fortune rattaché au contrat lors de chaque séance annuelle, que Y\_\_\_\_\_ SA s'était elle-même excusée du fait que ces confirmations successives eussent pu être interprétées de manière erronée, que, lors de la fixation des primes pour l'année 2008, le solde d'excédents avait été pris en compte pour baisser les primes alors qu'en 2009, le solde en question avait justifié le maintien des primes nonobstant le budget déficitaire envisagé, que, manifestement, il ressortait de ces considérations l'engagement de la caisse-maladie de constituer puis d'alimenter un fonds d'excédent, que toute autre interprétation n'avait aucun sens du point de vue du preneur d'assurance, que, faute de disposition expresse dans le contrat, la seule question demeurée ouverte au jour de la décision querellée était le moment auquel ce fonds devait être remboursé au preneur d'assurance, que le contrat avait pris fin le 31 décembre 2011 et que les excédents résultant du contrat étaient désormais exigibles. Invoquant l'article 47 alinéa 1 lettre b LPGA, il a réitéré ses précédentes requêtes portant désormais sur l'exercice 2011 également.

Dans sa décision sur opposition du 5 avril 2012, Y\_\_\_\_\_ SA a rejeté l'opposition de X\_\_\_\_\_ et a retiré l'effet suspensif d'un éventuel recours contre sa décision sur opposition. Cette société a précisé que ni le contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » ni les conditions générales y relatives ne prévoyaient le sort d'éventuels excédents découlant du contrat, que le transfert de la fortune de ce contrat sur les contrats cantonaux, proportionnellement au volume de la prime moyenne de 1999 à 2001, était intervenu de manière volontaire, dans le but de récompenser la fidélité des cocontractants et aux conditions cumulatives de la conclusion des contrats cantonaux pour trois ans au moins et de leur reconduction d'année en année par la suite, qu'il s'agissait de fonds revenant de plein droit à H\_\_\_\_\_ à l'échéance du contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » conformément au courrier de l'OFAS du 28 janvier 1985, qu'il n'avait jamais été proposé par cette caisse-maladie ni requis par les partenaires sociaux que la fortune du contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » leur fût versée en l'absence du renouvellement du contrat, respectivement à son échéance, qu'en d'autres termes, en l'absence de reconduction de ce contrat, l'assureur demeurait l'unique propriétaire de la fortune découlant de ce contrat, que le contrat cantonal n'était pas un nouveau contrat mais le prolongement, sous une autre forme, du contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ », que le transfert de fortune sur le contrat cantonal avait permis aux assurés de bénéficier d'une prime calculée sur la base des (bons) résultats des années précédentes ainsi que d'en garantir le montant pour les trois années suivantes et que, dès lors, l'intention des parties était que cette fortune

servît, dans le respect du cadre légal, à limiter une hausse des primes d'assurance pour les années à venir. Y\_\_\_\_\_ SA a relevé que dans un courrier du 13 décembre 2010, elle avait indiqué être disposée à faire un geste commercial en proposant un nouvel accord à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2011, que cet accord prévoyait une participation aux acquêts en faveur du preneur d'assurance, que ce dernier n'avait accepté aucune des propositions de la caisse-maladie et qu'il avait finalement résilié le contrat au 31 décembre 2011. Cette caisse-maladie a repris les arguments exposés dans sa précédente décision, en ajoutant que X\_\_\_\_\_ n'invoquait ni base légale ni jurisprudence pour appuyer sa requête de versement d'excédents en sa faveur, qu'il ne pouvait prétendre de bonne foi que H\_\_\_\_\_, respectivement Y\_\_\_\_\_ SA, s'étaient engagées à lui verser les excédents à l'échéance du contrat collectif, que les documents transmis le 3 octobre 2011 correspondaient à ceux prévus par l'article 85a alinéa 1 OAMal, que les réserves constituées appartenaient à la caisse-maladie, soit à H\_\_\_\_\_ puis à Y\_\_\_\_\_ SA, qu'elles figuraient dorénavant dans un compte global lié à l'ensemble des contrats collectifs de cette société et que la consultation des données demandées par le preneur d'assurance n'était d'aucune utilité pour trancher le principe du prétendu droit au versement d'excédents en sa faveur, si bien qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 47 alinéa 1 lettre b LPGA.

Il est mentionné ce qui suit dans un courrier adressé le 28 janvier 1985 par l'OFAS à H\_\_\_\_\_ au sujet de la mise en compte ou paiement d'intérêts pour les excédents de recettes des assurances collectives : « Les preneurs d'assurance versent des cotisations aux caisses en contrepartie des risques que celles-ci assument. Le droit aux prestations du preneur d'assurance et, le cas échéant, des personnes assurées se limite aux prestations convenues lors de la conclusion du contrat d'assurance. Les cotisations encaissées par les caisses deviennent leur propriété. Cependant, à ce propos, elles doivent se conformer aux prescriptions légales selon lesquelles elles ne peuvent disposer de ces fonds que pour des buts d'assurance. En considération de cette disposition légale, le droit au paiement ou à la mise en compte d'intérêts pour les excédents de recettes ne peut être invoqué ni par les assureurs ni par les preneurs d'assurance. Selon l'article 13a de l'ordonnance II du 26 novembre 1984, les cotisations d'une assurance collective doivent être fixées de façon à ce que cette collectivité se suffise à elle-même et que les réserves et les provisions pour frais non payés puissent être constituées. Si les excédents de recettes sont trop élevés, ce sont les partenaires conventionnels qui doivent rectifier la situation en modifiant le contrat d'assurance » (pièce 49).

**E.** Le 7 mai 2012, la Fédération X\_\_\_\_\_ a interjeté recours contre la décision sur opposition du 5 avril 2012 en concluant, sous suite de dépens, à titre préalable, à ce qu'il fût ordonné à Y\_\_\_\_\_ SA de produire les documents comptables audités indiquant de quelle manière les excédents liés au contrat d'assurance perte de gain selon la LAMal no xxx avaient été comptabilisés dans ses livres entre 2002 et 2009 ainsi que d'indiquer, pièces comptables auditées à l'appui, le montant des excédents liés au contrat d'assurance perte de gain selon la LAMal no xxx au 31 décembre 2009, au 31 décembre 2010 et au 31 décembre 2011 et, au fond, à l'annulation de la décision attaquée ainsi qu'à la condamnation de Y\_\_\_\_\_ SA à verser à la recourante le montant des excédents cumulés au 31 décembre 2011 découlant du

contrat d'assurance perte de gain selon la LAMal no xxx, avec suite d'intérêts à 5% l'an depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012. X\_\_\_\_\_ a fait valoir qu'effectivement, il n'existait pour l'instant aucune base légale imposant à une caisse-maladie de verser au preneur d'assurance la fortune liée à un contrat d'assurance collectif pour la perte de gain, qu'au contraire, le régime instauré par la LAMal en la matière prévoyait que les primes devenaient la propriété des assureurs, que le contrat no xxx dérogeait toutefois au régime légal, que ce contrat – conclu entre des entités différentes de celles parties au contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » et ne couvrant plus que le risque de perte de gain – fût nouveau ou constituât un simple prolongement du contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » n'était pas déterminant, dans la mesure où le contenu des relations juridiques précédentes avaient été modifiées, qu'en effet, H\_\_\_\_\_ avait proposé à la recourante une approche différente du contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » consistant à transférer volontairement les excédents au preneur d'assurance, que cette nouvelle approche permettait ainsi de corriger conventionnellement ces excédents, à l'instar de ce qui était mentionné dans la dernière partie de la lettre de l'OFAS du 28 janvier 1985, que la lettre du 22 octobre 2001 ne faisait aucune allusion à la prise en compte de la fortune du contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » pour calculer les primes, que les deux conditions posées à ce transfert volontaire avaient été respectées, que cette nouvelle approche avait été confirmée chaque année lors de la présentation des comptes du contrat, qu'elle était corroborée par le calcul et le report durant sept ans, sur un compte de fortune séparé relatif à ce contrat, des excédents de recettes après dotation aux provisions et aux réserves légales, qu'ainsi, l'intention de H\_\_\_\_\_ et de la Fédération était de constituer un fonds d'excédents et que si elle-même avait douté un seul instant que la fortune du contrat ne lui appartenait pas, jamais elle n'aurait toléré de payer des primes aussi élevées. X\_\_\_\_\_ a souligné en outre qu'une analogie avec les règles prévalant dans le domaine des contrats d'assurance perte de gain selon la loi sur le contrat d'assurance (LCA) voire avec l'article 400 CO relatif au contrat de mandat s'imposait en l'espèce, que dans ce domaine-là, il était usuel de verser des excédents aux assurés, que le terme de « transfert » signifiait le virement de fonds d'un compte à un autre au moyen d'une écriture et que ces considérations venaient étayer le fait qu'à l'époque, les parties avaient convenu de renouveler leurs relations en prévoyant une obligation de verser les excédents en faveur du preneur d'assurance. Il a relevé également que la constitution d'un fonds d'excédents en faveur de l'assuré, par le biais d'un contrat, ne contrevenait pas au principe de la mutualité mais respectait le principe d'équilibre entre produits et charges justement inhérent au principe de la mutualité, en rappelant que Y\_\_\_\_\_ SA était très largement bénéficiaire sur ses autres contrats d'assurance perte de gain selon la LAMal. Il a persisté enfin dans ses requêtes d'informations formulées dans son opposition du 1<sup>er</sup> février précédent, en invoquant l'obligation de reddition de compte prévue à l'article 400 CO.

Par ordonnance du 9 mai 2012, les parties ainsi que l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) ont été invités à se déterminer sur la recevabilité du recours, plus particulièrement sur la compétence rationae materiae de la Cour de céans ainsi que sur le bien-fondé de la procédure administrative selon les articles 49 LPGA appliquée par l'intimée pour trancher la question litigieuse.

En date du 18 mai suivant, la recourante a observé que le contrat no xxx faisant l'objet du présent litige était un contrat d'assurance collectif d'indemnités journalières selon l'article 67 alinéa 3 LAMal et non pas une assurance complémentaire d'indemnités journalières selon la LCA, que les litiges relatifs à un tel contrat selon la LAMal étaient soumis à la LPGA, que l'article 7 CPC ne visait que les assurances complémentaires selon la LCA, qu'il ne trouvait pas application en l'espèce et que dans ces conditions, la Cour de céans était compétente *ratione materiae* pour connaître du recours.

Dans son courrier du 8 juin 2012, l'OFSP est parvenu à la même conclusion. Il a constaté que le contrat en question était un contrat d'assurance collective d'indemnités journalières selon la LAMal et qu'en cas de litige, les articles 56 à 62 LPGA étaient applicables.

Le 11 juillet suivant, l'intimée a exprimé le même avis que la recourante et l'OFSP concernant la compétence *ratione materiae* de la Cour. Elle a ajouté que X\_\_\_\_\_ avait prétendu détenir une créance en restitution de tout éventuel excédent résultant du contrat LAMal en question et qu'elle était donc tenue de rendre une décision au sens de l'article 49 LPGA.

En date du 7 novembre 2012, Y\_\_\_\_\_ SA, représentée par Me B\_\_\_\_\_, a déposé sa réponse en concluant, sous suite de dépens, au rejet du recours et à la confirmation de la décision sur opposition du 5 avril 2012. Elle a requis l'audition de P\_\_\_\_\_ et de Me S\_\_\_\_\_ ainsi que la mise en œuvre d'une expertise sur les questions de la méthode de calcul des primes et de l'attribution du solde du contrat collectif no xxx dans les comptes du groupe J\_\_\_\_\_. Elle a allégué que H\_\_\_\_\_ n'avait jamais mentionné l'existence d'un quelconque droit de la recourante, des preneurs d'assurance ou des travailleurs sur la fortune allouée à chaque contrat cantonal, qu'il avait été expliqué aux partenaires sociaux que le solde du contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » faisait partie des actifs exclusivement détenus par cette caisse-maladie, que le procès-verbal de la séance du 23 août 2001 confirmait également qu'il n'avait jamais été question d'une participation aux excédents dans les discussions précontractuelles entre les parties, que par courrier du 22 octobre 2001, la caisse-maladie avait uniquement indiqué la méthode de répartition – soit proportionnellement au volume de la prime moyenne de 1999 à 2001 – de la fortune du contrat initial couvrant alors trois entités régionales (AA\_\_\_\_\_ et N\_\_\_\_\_ ensemble, O\_\_\_\_\_ et Valais) sur les trois contrats cantonaux distincts, que cette proposition avait simplement pour but de ne pas pénaliser, en raison de la conclusion de contrats cantonaux séparés et en vue de la détermination future des primes et du délai de carence, les partenaires sociaux précédemment impliqués dans le contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ », que, dans la continuité dudit contrat et la poursuite de la collaboration en découlant, c'était dans cet unique sens qu'il fallait comprendre l'expression « transmission de fortune volontaire », qu'à teneur de cette lettre du 22 octobre 2001, la prise en compte de la fortune du contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » était soumise à la condition que le contrat cantonal fût conclu pour une durée de trois ans au moins et reconduit d'année en année par la suite, qu'ainsi, en cas de résiliation dudit contrat, la recourante, les preneurs d'assurance et les travailleurs n'avaient aucun droit sur les excédents liés à ce contrat, que toutes les

parties aux négociations, la recourante y comprise, savaient et avaient accepté qu'en cas de résiliation du contrat, les éventuels excédents ou découverts relevaient de la seule propriété voire responsabilité de la caisse-maladie et que X\_\_\_\_\_ ne pouvait donc prétendre avoir un quelconque droit sur les excédents, ne serait-ce que parce qu'il avait résilié le contrat collectif par courrier du 10 juin 2011. L'intimée a ajouté qu'il était mentionné dans le courrier du 26 octobre 2001 la composition de la fortune du contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » (provisions pour perte de créances, fonds de sécurité, fonds de fluctuation et solde au 31 décembre 2001), qu'il s'agissait là d'informations financières au sujet de la rentabilité et du coût de ce contrat ainsi que des réserves légales imposées par la LAMal, que ni le contrat no xxx de novembre 2001 accepté et signé tel quel par la recourante, ni les versions ultérieures de ce contrat, ni les statuts de H\_\_\_\_\_, ni les dispositions générales de l'assurance ne prévoyaient un quelconque droit de la recourante, des preneurs d'assurance ou des travailleurs à une participation aux éventuels excédents durant la validité du contrat collectif ou à son terme et, enfin, que le solde de ce contrat avait toujours été comptabilisé dans les réserves globales de la caisse-maladie et non dans les dettes, ce qui reflétait le fait que le risque d'assurance relevait de la responsabilité exclusive de l'assureur. Y\_\_\_\_\_ SA a précisé également que la communication d'informations portant sur divers éléments financiers notamment relatifs à la rentabilité ou au déficit du contrat collectif ne créait pas pour autant et de toutes pièces un quelconque droit de la recourante, des preneurs d'assurance ou des travailleurs au versement d'éventuels excédents, que, tel qu'attesté par le courrier du 22 octobre 2001 et le procès-verbal de la séance du 16 octobre 2008, ces informations servaient de base de négociation aux parties, en particulier pour le calcul des primes et la fixation du délai de carence et que lors des séances d'information annuelles concernant notamment le montant de la fortune du contrat collectif, elle n'avait jamais indiqué ou laissé entendre que ce montant était directement et uniquement acquis à la recourante, aux preneurs d'assurance ou aux travailleurs. Cette société a relevé qu'en effet, le 13 décembre 2010, elle avait proposé à X\_\_\_\_\_ de prévoir à bien plaisir, par un nouveau contrat différent des contrats précédents, une clause de participation aux excédents, que cette proposition démontrait bien que, a contrario, tous les accords antérieurs ne contenaient justement aucune clause contractuelle de participation aux excédents et que la modification du contrat d'assurance en cas d'excédents de recettes trop élevés, telle que mentionnée dans le courrier de l'OFAS du 28 janvier 1985, ne se référait pas à la distribution d'éventuels excédents mais à l'adaptation du contrat, en particulier du montant des primes ou de la durée du délai de carence. Elle a expliqué au surplus que la communication d'informations financières relatives à chaque contrat collectif était auparavant imposée par l'article 1 alinéa 4 de l'ordonnance I du 22 décembre 1964 sur l'assurance-maladie concernant la comptabilité et le contrôle des caisses-maladie et des fédérations de réassurance reconnues par la Confédération, ainsi que le calcul des subsides fédéraux, que malgré l'abrogation de cette ordonnance, les partenaires sociaux avaient demandé à H\_\_\_\_\_ de continuer de communiquer à bien plaisir ces informations financières et qu'à la suite de l'intégration de cette caisse-maladie dans le groupe J\_\_\_\_\_, la présentation des éléments financiers des contrats collectifs avait été modifiée, en ce sens que ces informations portaient désormais sur la couverture d'assurance mais non plus sur la

rentabilité de chaque contrat collectif. L'intimée a finalement relevé que ni la LAMal ni les ordonnances d'application n'abordaient la question de la participation aux excédents en relation avec les contrats collectifs couvrant la perte de gain selon la LAMal, que les principes de mutualité ancré à l'article 13 alinéa 2 lettre a LAMal et de répartition des dépenses prévu par l'article 75 alinéa 1 LAMal imposaient aux institutions d'assurance de n'affecter qu'à des buts d'assurance-maladie sociale les ressources provenant de celle-ci et de prendre en compte de façon globale les excédents d'un contrat pour compenser les éventuels déficits d'autres contrats soumis à la LAMal, qu'il ressortait de ces principes que la LAMal n'autorisait pas les rétrocessions d'excédents ou les participations aux excédents, du moins pas en l'absence de dispositions statutaires, réglementaires ou contractuelles prévoyant expressément la possibilité et les conditions de participation aux excédents, que selon l'ancienne loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMA) et ses ordonnances d'application, les réserves constituées dans l'assurance collective faisaient partie intégrante de la fortune globale de la caisse et toute participation aux excédents était interdite, qu'en application du droit alors en vigueur, l'OFAS avait confirmé dans sa lettre du 28 janvier 1985 que le droit au paiement ou à la mise en compte d'intérêts pour les excédents de recettes ne pouvait être invoqué ni par les assureurs ni par les preneurs d'assurance, qu'il n'y en allait pas différemment dans les rapports contractuels faisant l'objet du litige, qu'il n'existait dans les contrats collectifs successifs aucune lacune à combler par la recherche de la réelle et commune intention des parties et que l'origine syndicale de H\_\_\_\_\_ visait à faire bénéficier directement les travailleurs des bons résultats d'un contrat collectif, notamment par le biais d'une baisse de primes, mais non de restituer les éventuels bénéfices d'un tel contrat aux preneurs d'assurance.

Dans ses déterminations du 12 décembre 2012, la recourante a précisé que le calcul effectif des primes annuelles dépendait également du niveau de la fortune affectée au contrat collectif, du moins jusqu'à ce que Y\_\_\_\_\_ SA en décidât autrement de manière unilatérale, que l'article 1 alinéa 4 de l'ordonnance I du 22 décembre 1964 n'était entré en vigueur qu'en 1995 (recte : 1994), qu'après l'abrogation de cette ordonnance en 1996, les mêmes principes avaient été repris aux articles 75 alinéa 2 LAMal et 81 alinéa 2 OAMal et que les divers éléments d'actifs et de passifs de chaque contrat collectif n'étaient donc pas établis à bien plaisir mais conformément aux dispositions légales en vigueur. La Fédération a mentionné en outre que selon le plan comptable et instructions pour l'établissement des comptes des assureurs LAMal et de leurs réassureurs, émanant de l'OFSP et valable à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2012 (cf. pièce 51), la participation pour excédents résultant d'un contrat collectif LAMal devait être comptabilisée comme provision technique et que les comptes de l'intimée publiés sur le site de cet office faisaient état d'une diminution des provisions relatives aux contrats collectifs ainsi que d'une augmentation des réserves concernant ces mêmes contrats. Elle a contesté le fait que les parties au contrat avaient accepté qu'en cas de résiliation du contrat, les éventuels excédents demeuraient acquis à la caisse-maladie, en soulignant que les partenaires sociaux n'avaient jamais entendu se lier contractuellement à vie avec celle-ci sauf à devoir abandonner la fortune transférée sur leur contrat respectif. Elle a constaté enfin que l'intimée n'avait pas produit les

règlements visés par l'article 6 alinéa 4 de ses statuts (cf. pièce 107), lesquels étaient censés régler le détail des assurances collectives selon la LAMal. Dans ses offres de preuve, la recourante a demandé l'audition de Q\_\_\_\_\_, de U\_\_\_\_\_, directrice du Bureau V\_\_\_\_\_ SA à AA\_\_\_\_\_ ainsi que de BB\_\_\_\_\_, de CC\_\_\_\_\_ et de DD\_\_\_\_\_ du X\_\_\_\_\_.

L'intimée a déposé une duplique le 20 mars 2013. Elle a renoncé à son offre de preuve par expertise. Elle a relevé que H\_\_\_\_\_ n'avait pas édicté de règlement interne concernant l'assurance collective mais uniquement des conditions générales (CGA) et des dispositions générales (DGA) (cf. pièce 16, 113 et 116), qu'en revanche, Y\_\_\_\_\_ SA avait édicté deux règlements, édition 2008 et 2010, concernant l'assurance perte de salaire collective LAMal (cf. pièce 114 et 115), que ni les statuts, ni les CGA, ni les DGA, ni les règlements ne contenaient de disposition susceptible d'accorder un quelconque droit des preneurs d'assurance ou des travailleurs sur les éventuels excédents du contrat collectif, que de surcroît, les questions de calcul, de répartition et de modalités de distribution des éventuels excédents, fondamentales en cas d'accord contractuel sur une clause de participation aux excédents, n'avaient jamais été abordées par les parties à quelque moment que ce soit et que la recourante n'avait pas établi avoir reporté dans ses comptes la créance contestée. Y\_\_\_\_\_ SA a ajouté que, conformément au plan comptable et instructions pour l'établissement des comptes des assureurs LAMal et de leurs réassureurs, émanant de l'OFAS et valable à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1999 (cf. pièce 117), le montant correspondant à une éventuelle clause de participation aux excédents aurait dû figurer dans la comptabilité de la caisse-maladie sous le poste « provision pour participation future aux excédents » soit, selon que la provision était de courte ou de longue durée, sous le groupe 26 « autres engagements et comptes passifs de régularisation » ou 27 « provisions pour cas d'assurance non liquidés, pour la compensation des risques, non actuarielles selon la LAMal et les fonds provenant de fusions », qu'il n'avait toutefois jamais existé, ni dans les comptes de H\_\_\_\_\_, ni dans ceux de Y\_\_\_\_\_ SA, ni dans les documents purement commerciaux destinés aux clients la moindre « provision pour participation future aux excédents », que le résultat annuel de l'ensemble des contrats collectifs perte de gain LAMal avait toujours été alloué, conformément à ce plan comptable, au compte de « réserves de l'assurance facultative d'indemnités journalières selon la LAMal » ou « Reserven Taggeld KVG » soit, à teneur de ces documents commerciaux, aux « réserves pour frais de l'année précédente » et à la « réserve légale minimale » et que, selon le principe de la mutualité, ces réserves servaient à couvrir les risques de déficit de l'ensemble des contrats collectifs selon la LAMal. L'intimée a mentionné au surplus que, sous la pression de la recourante, elle avait proposé un modèle contractuel différent incluant un fonds d'excédents, contrairement au contrat existant jusqu'alors, que ce fond d'excédents avait pour unique but de stabiliser les primes futures, qu'il ne s'agissait toutefois pas d'une participation aux excédents, que de toute manière, cette proposition avait été catégoriquement refusée par la Fédération, qu'en pratique et conformément au courrier de l'OFAS du 28 janvier 1985, les parties avaient bien renégocié le contrat collectif d'année en année, notamment les primes, afin de les adapter à la situation dudit contrat et que, au vu de l'évolution de ces primes (de 2001

à 2006 : 3.3%, en 2007 et 2008 : 3% et de 2009 à 2011 : 2.6%), les preneurs d'assurance et les employés avaient bénéficié directement des résultats du contrat collectif par le biais de baisses de primes. Elle a fait remarquer que la recourante, qui n'en avait pas précisé les modalités de calcul et de distribution, ne réclamait en définitive pas une participation aux éventuels excédents du contrat collectif en question, qu'elle prétendait plutôt une distribution pure et simple du bénéfice de la part de l'intimée, que la LAMal, en particulier l'article 13 alinéa 2 lettre a, interdisait toutefois aux caisses-maladie sans but lucratif pratiquant l'assurance-maladie sociale selon l'article 12 alinéa 1 LAMal, soit l'assurance obligatoire des soins et l'assurance facultative d'indemnités journalières, de distribuer des bénéfices, que les dispositions applicables à la tenue de la comptabilité en matière d'assurance d'indemnités journalières, soit les articles 75 LAMal et 81 OAMal, ne pouvaient déroger à cette interdiction, laquelle devait par conséquent s'étendre également à une participation aux excédents d'un contrat collectif soumis à la LAMal, qu'en conséquence, les prétentions de la recourante n'avaient aucun fondement juridique valable et que, même si ce fondement existait, tel n'était pas le cas d'un accord contractuel entre les parties sur le principe et les modalités d'un droit de la Fédération à une participation aux excédents du contrat collectif. Y\_\_\_\_\_ SA a précisé enfin qu'à teneur de l'article 75 alinéa 2 LAMal et du message sur la révision de l'assurance-maladie du 6 novembre 1991, elle n'avait pas l'obligation de tenir une comptabilité séparée pour l'assurance perte de gain collective et individuelle selon la LAMal, qu'il s'agissait seulement de disposer de documents comptables permettant d'expliquer les différences de primes entre l'assurance collective et individuelle, qu'elle avait strictement respecté ses obligations légales et qu'il convenait ainsi de rejeter les conclusions 2 et 3 du recours.

Dans ses observations finales du 15 avril 2013, X\_\_\_\_\_ a souligné que l'intimée n'avait pas produit les conditions générales ou règlements applicables aux contrats d'assurance collective LAMal avant l'année 2005, qu'aucun des règlements et conditions générales figurant au dossier n'excluait la possibilité de convenir d'une participation aux excédents, que les modalités de cette participation ressortaient des termes de la proposition d'assurance, lesquels conditionnaient le report initial de la fortune à la conclusion d'un nouveau contrat pour une période de trois ans au moins, ainsi que des comptes du contrat collectif remis chaque année pendant sept ans aux représentants de la Fédération, que de ce fait, ceux-ci n'avaient pas de raison de demander des informations relatives à l'évolution de la fortune reportée de ce contrat mais qu'au moment où Y\_\_\_\_\_ SA ne les avait plus communiquées, ils avaient immédiatement cherché à les obtenir, en vain jusqu'à présent. Elle a fait valoir qu'elle n'avait pas à comptabiliser dans ses livres la prétention contestée sur les excédents du contrat, dès lors qu'elle intervenait uniquement comme preneur d'assurance pour le compte de E\_\_\_\_\_ et d'autres entreprises directement affiliées et qu'elle ne réclamait rien d'autre que la fortune volontairement transférée sur le contrat collectif lors sa conclusion en 2001, soit 733 832 fr. 70, les excédents annuels du contrat reportés de manière comptable jusqu'en 2008, après attribution aux réserves, soit 1 236 759 fr. 60, ainsi que les éventuels excédents qui auraient dû être reportés de la même manière jusqu'à la fin du contrat en décembre 2011 mais dont elle ignorait le montant, étant donné que les comptes du contrat pour les exercices 2009, 2010 et

2011 ne lui avaient pas été transmis par l'intimée. Elle a ajouté que les comptes publiés sur le site internet de l'OFSP n'offraient pas le degré de détails suffisant pour établir si et dans quelle mesure Y\_\_\_\_\_ SA avait comptabilisé des provisions pour participation aux excédents, qu'aucun des comptes publiés des assureurs-maladie reconnus selon la LAMal pour les années 2010 et 2011 ne faisait état de provisions pour participation aux excédents (cf. pièce 52), que cependant, selon les statistiques de l'ensemble des activités des assureurs-maladie reconnus par l'OFSP pour l'année 2010, les produits du compte d'exploitation général de ces assureurs était diminué de 15 680 319 fr. au titre de participation aux excédents de l'assurance collective d'indemnités journalières selon la LAMal (cf. pièce 53, position 601) et les passifs du bilan de ces mêmes assureurs comportaient des provisions pour ladite assurance de 98 947 016 fr. (cf. pièce 53, position 271), que si le résultat annuel de l'ensemble des contrats collectifs d'indemnités journalières LAMal avait réellement été alloué aux réserves exclusivement, alors le report, durant sept ans et après attribution aux réserves, du solde annuel sur la fortune de l'ancien contrat n'aurait eu aucun sens, sauf à retenir que les parties avaient convenu d'une participation aux excédents en faveur de la Fédération et enfin que, nonobstant la légère baisse de prime depuis 2007, ni les assurés ni elle-même n'avaient bénéficié des importants excédents du contrat. Elle a rappelé que la proposition du 13 décembre 2010 portait bien, selon les termes du courrier correspondant, sur la mise en place avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 2002 d'un fonds d'excédents, soit d'une participation aux excédents non soldée chaque année, et qu'après le 31 décembre 2015, ce fonds lui serait revenu. Elle s'est étonnée de l'argumentation de l'intimée, selon laquelle la LAMal excluait toute possibilité de prévoir une participation aux excédents dans le cadre d'un contrat collectif soumis à la LAMal, alors que le plan comptable de l'OFSP valable à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2012 prévoyait une sous-rubrique 210 « provisions pour participation future des assurés aux excédents », que chaque année, l'ensemble des assureurs-maladie versaient ou provisionnaient des dizaines de millions de francs à titre d'excédents de l'assurance collective d'indemnités journalières selon la LAMal et en communiquaient les montants à l'OFSP, que les autorités judiciaires, notamment dans l'ATF 116 V 345 et le jugement cantonal ayant donné lieu à cet arrêt, avaient admis le versement d'excédents résultant d'un contrat bénéficiaire d'assurance collective d'indemnités journalières et que dans son rapport du 30 septembre 2009 déjà cité en pages 12 et 15, le Conseil fédéral avait mentionné que de tels excédents pouvaient être versés aux preneurs d'assurance, nonobstant l'absence de dispositions expresses dans la LAMal.

Malgré la clôture de l'échange d'écritures annoncée par ordonnance du 21 mars 2013, l'intimée a déposé le 24 juin 2013 des déterminations ainsi que des pièces complémentaires. Elle y a précisé qu'elle avait bien produit tous les règlements ainsi que les conditions et dispositions générales d'assurance en vigueur entre 2001 et 2011, qu'aucun de ces documents ne contenait une disposition relative à une clause de participation aux excédents dans un contrat collectif selon la LAMal et que la proposition du 13 décembre 2010 portait sur un modèle contractuel différent de celui qui liait les parties jusqu'alors, ce qui prouvait bien que les contrats conclus auparavant n'avaient jamais comporté de fonds d'excédents ni de clause de participation aux excédents. Elle a argué que le plan comptable de l'OFSP valable à partir du 1<sup>er</sup> janvier

2012 n'était pas applicable au contrat en question qui avait pris fin le 31 décembre 2011, que le poste no 210 « provisions pour participation future des assurés aux excédents » traitait uniquement du mode de comptabilisation mais non du sort de cette participation en cas de résiliation du contrat, que ce poste ne concernait que les assurés et non pas les preneurs d'assurance, que le libellé en français au bas de ce poste [« à l'exception des provisions pour sinistres et prestations (provisions pour prestations de l'exercice précédent), les positions mentionnées plus haut ne concernent pas les assurances LCA »] était différent du libellé en allemand [« mit Ausnahme der Schaden- und Leistungsrückstellungen (Rückstellungen für Vorjahresleistungen) betreffen die oben aufgeführten Positionen nicht die Versicherungen nach KVG », soit ne concernent pas les assurances selon la LAMal] (cf. pièce 120) et que s'il était fait référence à la version allemande, les provisions susmentionnées ne concernaient que les assurances soumises à la LCA, ce qui allait bien dans le sens de l'absence de possibilité de conclure une clause de participation aux excédents à l'aune de la LAMal. Se fondant sur les extraits caviardés du rapport de l'organe de révision (comptes et questionnaire) de H\_\_\_\_\_ puis de Y\_\_\_\_\_ SA pour les années 2001 à 2011 (cf. pièces 121 à 131) et demandant l'audition de EE\_\_\_\_\_, l'intimée a invoqué dans ce contexte qu'une éventuelle participation aux excédents aurait dû être comptabilisée comme passifs transitoires (compte no 26) ou provisions (compte no 27), que ces postes n'avaient jamais figuré dans la comptabilité de la caisse-maladie car ni H\_\_\_\_\_ ni Y\_\_\_\_\_ SA n'avaient jamais conclu de contrats collectifs avec clause de participation aux excédents, que jusqu'au 31 décembre 2009, le réviseur devait remplir un questionnaire complémentaire au sujet d'un éventuel excédent au bilan en lien avec les contrats collectifs d'indemnités journalières en répondant à la question « werden die Ueberschüsse in der Krankentaggeldversicherung aus der Kollektivversicherung bilanziert? », qu'il avait toujours répondu par « n/a », soit non applicable, à cette question (cf. pièces 122 à 128, questionnaire ad 5.17.3 et pièce 129, questionnaire ad 4.2.7.3) et que cette comptabilité montrait bien qu'il n'avait jamais existé de provision pour participations aux excédents. Elle a fait remarquer que si le poste 601 « participation aux excédents de l'assurance collective d'indemnités journalières selon la LAMal » du compte d'exploitation général des statistiques produites par la recourante pour l'année 2010 devait concerner une dépense pour la constitution d'une provision, alors une augmentation d'un montant équivalent devait apparaître aux passifs du bilan sous le poste 271 « assurance facultative d'indemnités journalière LAMal », qu'après comparaison de ce poste dans les statistiques pour les années 2010 et 2011 (cf. pièce 132), il n'en était rien puisque ce poste était passé de 98 947 216 fr. à 97 134 463 fr., que le poste 601 n'était ni repris ni explicité dans le plan comptable de l'OFAS valable à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1999, que dans celui valable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1994 (cf. pièce 133), le poste 601 « Ueberschussbeteiligung auf Kollektivversicherung (nur Krankengeldversicherung) » correspondait à l'imputation d'excédents de l'assurance collective d'indemnités journalières convenue contractuellement pour l'adaptation des cotisations, conformément à l'article 20 de l'ordonnance 5 du Département fédéral de l'intérieur sur l'assurance-maladie du 12 novembre 1965 fixant les cotisations minimales de l'assurance collective, abrogée depuis lors, et que le plan comptable de l'OFAS valable à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1999 ne

prévoyait pas la possibilité d'enregistrer, dans le groupe 27, des provisions pour les participations aux excédents. Elle a fait valoir enfin que l'ATF 116 V 345 et le jugement du Tribunal cantonal des assurances du canton de O\_\_\_\_\_ 76/1989 du 3 juillet 1989 qui y avait donné lieu (cf. pièce 134) ne traitaient pas de la licéité du versement d'excédents résultant de contrats collectifs LAMal, mais de la licéité de la perception de cotisations rétroactives extraordinaires destinées à couvrir un déficit éventuel et ponctuel de la caisse-maladie lorsqu'elle n'était pas en mesure de constituer des réserves légales minimales et que, si dans son rapport du 30 septembre 2009, le Conseil fédéral avait confirmé que la LAMal ne contenait aucune disposition relative aux participations aux excédents, le développement figurant sous le titre 2.2.2.5 du chapitre 2.2 « l'assurance d'indemnités journalières soumises à la LCA » ne concernait pas l'assurance collective d'indemnités journalières soumises à la LAMal.

Les comptes déposés pour les années 2002 (pièce 122 page 8), 2003 (pièce 123 page 1.8), 2004 (pièce 124 page 1.8), 2005 (pièce 125 page 1.8), 2006 (pièce 126 page 1.8), 2007 (pièce 127 page 1.8), 2008 (pièce 128 page 1.8), 2009 (pièce 129 page 1.8), 2010 (pièce 130 page 1.8) et 2011 (pièce 131 page 1.8) ne comportaient aucun montant sous la sous-position 601 « Ueberschussbeteiligung auf Kollektivversicherung Taggeld (-) » figurant sous le poste 60 « Versicherungsertrag – Freiwillige Taggeldversicherung KVG ».

Le 19 juillet 2013, la Fédération a déposé les conditions générales d'assurance (CGA) pour l'assurance d'indemnités journalières collective selon la LAMal de FF\_\_\_\_\_ Assurances et de GG\_\_\_\_\_. Elle a allégué que la thèse de Y\_\_\_\_\_ SA, selon laquelle la LAMal interdirait de prévoir une participation aux excédents dans les contrats collectifs d'indemnités journalières était grotesque, que la plupart des assureurs-maladie offraient une telle participation et qu'ils la prévoyaient même expressément dans leurs conditions générales en des termes très similaires à ceux utilisés lors de la conclusion du contrat litigieux. La recourante s'est étonnée que Y\_\_\_\_\_ SA invoquât à présent le caractère irrelevant des jugements cantonal et fédéral déjà cités pour apprécier l'admissibilité des participations aux excédents alors que, dans son courrier du 13 décembre 2010, la caisse-maladie s'était référée à ces mêmes jugements afin de justifier son refus de verser à X\_\_\_\_\_ les excédents reportés sur le contrat litigieux. Elle a noté enfin que les comptes que Y\_\_\_\_\_ SA avait produits à l'appui de sa dernière écriture faisaient état de provisions importantes (poste 271) et de réserves gigantesques (poste 291) relatives aux contrats collectifs de perte de gain selon la LAMal et que l'annotation « n/a » en réponse à la rubrique 5.17.3 du questionnaire annexé à ces comptes concernaient les excédents et non pas les participations aux excédents.

Selon l'article 26 chiffre 1 des conditions générales de l'assurance collective d'une indemnité journalière selon la LAMal de FF\_\_\_\_\_ Assurances, édition du 1<sup>er</sup> janvier 2011, le preneur d'assurance reçoit la part convenue de l'éventuel excédent selon les dispositions prévues dans le contrat, après la période de décompte fixée à trois ans au minimum avec échéance au 31 décembre. Quant aux conditions générales d'assurance (CGA) pour l'assurance indemnités journalières collective GG\_\_\_\_\_ Business Salary selon la LAMal de GG\_\_\_\_\_, édition du 1<sup>er</sup> janvier 2007, elles

prévoient au chiffre 34.1 que si l'assurance a été conclue avec une participation au bénéfice, le preneur d'assurance reçoit une part du bénéfice de son contrat, convenue contractuellement, ceci après écoulement de trois années d'assurance (période allant respectivement du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre).

Par ordonnance du 22 juillet 2013, l'échange d'écritures a été clos. Le 29 novembre suivant, la Cour a ordonné le dépôt d'une copie de la version du contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » valable en 2001, des DGA ou CGA de H\_\_\_\_\_ applicables à cette version du contrat précité ainsi que des comptes 2009, 2010 et 2011 du contrat collectif d'assurance d'indemnités journalières no xxx.

En date du 5 décembre 2013, la recourante a produit une copie du contrat collectif d'assurance indemnité journalière (contrat no xxx) conclu le 22 novembre 2000 entre H\_\_\_\_\_ et la Fondation d'assurances et des prestations sociales en faveur des métiers groupés par la L\_\_\_\_\_ et valable dès le 1<sup>er</sup> janvier 2001. Figuraient sur ce contrat, dans le cadre du contrat d'assurance collective L\_\_\_\_\_ et des dispositions générales K\_\_\_\_\_, les prestations d'assurance et les primes correspondantes, soit 4% pour un délai d'attente de deux jours et 2.1% pour un délai d'attente de trente jours.

Dans son courrier du 17 décembre 2013, Y\_\_\_\_\_ SA a confirmé que la version du contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » valable en 2001 était bien celle transmise par la recourante le 5 décembre précédent. Elle a précisé au surplus que les DGA applicables en 2001 avaient déjà été produites en pièce 16, que ni H\_\_\_\_\_ ni Y\_\_\_\_\_ SA n'avaient l'obligation d'établir des comptes séparés pour chaque contrat collectif d'indemnités journalières, qu'il n'existait donc pas de compte spécifique mais que les comptes relatifs à l'ensemble de l'assurance collective d'indemnités journalières avaient déjà été déposés sous pièces 118 et 129 à 131.

Le 18 décembre 2013, la Fédération a demandé à la Cour, à titre de mesure d'instruction, d'interpeller l'OFSP sur la question de l'obligation de tenir des comptes spécifiques pour chaque contrat collectif d'indemnités journalières.

Par ordonnance du même jour, la Cour a requis de l'intimée des précisions supplémentaires au sujet du « contrat d'assurance collective L\_\_\_\_\_ » et des « dispositions générales K\_\_\_\_\_ » dont il était question dans le contrat collectif d'assurance indemnité journalière no xxx du 22 novembre 2000.

En date du 13 janvier 2014, Y\_\_\_\_\_ SA a répondu que le « contrat d'assurance collective L\_\_\_\_\_ » mentionné dans le contrat du 22 novembre 2000 désignait bien le contrat no xxx, conclu à cette dernière date et valable jusqu'au 31 décembre 2001, que dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002, le contrat applicable était le contrat no xxx (pièce 15) et que les « dispositions générales K\_\_\_\_\_ » citée dans le contrat du 22 novembre 2000 correspondaient bien aux DGA produites en pièce 16.

Par ordonnance du 20 janvier 2014, un délai a encore été imparti à chacune des parties pour transmettre une éventuelle détermination sur les arguments soulevés et la

seule pièce déposée, à savoir le contrat collectif d'assurance indemnité journalière no xxx du 22 novembre 2000, depuis l'ordonnance du 29 novembre 2013.

Le 31 janvier 2014, l'intimée a réitéré ses explications du 13 janvier précédent relatives aux contrats et DGA applicables jusqu'au 31 décembre 2001 et dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002.

En date du 3 février 2014, la recourante a précisé ne pas avoir d'observations additionnelles à celles formulées spontanément par courrier du 18 décembre 2013.

### **Considérant en droit**

**1.1** Selon l'article 67 alinéa 3 lettre b LAMal, l'assurance d'indemnités journalières peut être conclue sous la forme d'une assurance collective. Les assurances collectives peuvent être conclues par des organisations d'employeurs ou des associations professionnelles, pour leurs membres et les travailleurs de leurs membres. L'article 68 alinéa 1 LAMal précise que les assureurs au sens de l'article 11 doivent admettre, dans les limites de leur rayon d'activité territorial, toute personne en droit de s'assurer.

L'article 1 alinéa 1 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) prévoit que les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) s'appliquent à l'assurance-maladie, à moins que la LAMal n'y déroge expressément. L'assureur doit rendre par écrit les décisions qui portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes ou avec lesquelles l'intéressé n'est pas d'accord (art. 49 al. 1 LPGA). Les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues, à l'exception des décisions d'ordonnancement de la procédure (art. 52 al. 1 LPGA). Les décisions sur opposition doivent être rendues dans un délai approprié. Elles sont motivées et indiquent les voies de recours (art. 52 al. 2 LPGA). Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA).

Chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales (art. 57 LPGA). Le Tribunal cantonal connaît, en instance unique, des recours dans le domaine des assurances sociales (art. 81bis al. 1 LPJA ou loi cantonale du 6 octobre 1976 sur la procédure et la juridiction administratives, RS/VS 172.6). Le Tribunal cantonal des assurances constitue une cour du Tribunal cantonal : la Cour des assurances sociales (art. 65 al. 2 LPJA). Sous réserve de l'article 1 alinéa 3 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, la procédure devant le tribunal cantonal des assurances est réglée par le droit cantonal (art. 61, 1<sup>ère</sup> phrase LPGA). A qualité pour recourir quiconque est atteint par la décision et a un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée (art. 44 al. 1 let. a LPJA).

**1.2** En l'occurrence, le présent litige porte, dans le cadre d'un contrat d'assurance collective d'indemnités journalières au sens de l'article 67 alinéa 3 lettre b LAMal, sur la

rétrocession d'excédents de primes versées par une association professionnelle à un assureur au sens des articles 68 alinéa 1 et 11 LAMal. Même si la question litigieuse ne touche pas à proprement parler le droit aux prestations selon l'article 72 LAMal, respectivement le montant de celles-ci, ni la fixation des primes conformément à l'article 76 LAMal, elle relève d'un contrat d'assurance collective d'indemnités journalières auquel les seules dispositions correspondantes de la LAMal et de l'OAMal sont applicables, à l'exclusion de celles de la LCA.

Par conséquent, comme l'ont d'ailleurs exposé les parties ainsi que l'OFSP dans leurs observations respectives des 18 mai, 8 juin et 11 juillet 2012 et en application de l'article 1 alinéa 1 LAMal, les litiges relatifs à un contrat collectif de perte de gain selon la LAMal sont soumis aux règles de compétence et de procédure prévues dans la LPGA et les lois cantonales topiques, rappelées ci-dessus. La Cour de céans est ainsi compétente à raison de la matière pour connaître du présent recours et c'est à juste titre que l'intimée a précédemment rendu une décision puis une décision sur opposition au sens des articles 49 alinéa 1 et 52 alinéa 2 LPGA.

En ce qui concerne l'intérêt de la Fédération à obtenir les décisions prévues par la LPGA en procédure administrative, la Cour ne peut que suivre les arguments développés par X\_\_\_\_\_ dans son opposition du 31 octobre 2011 à l'appui de cet intérêt digne de protection (pièce 44). Bien que, de manière surprenante, elle n'ait pas rendu une décision sur cette opposition à la décision d'irrecevabilité du 3 octobre 2011 (pièce 40), en y admettant finalement la recevabilité de la requête formulée le 5 septembre précédent par la Fédération (pièce 39), Y\_\_\_\_\_ SA a néanmoins considéré cette requête comme recevable. Elle l'a en effet rejetée au fond par décisions des 19 décembre 2011 et 5 avril 2012, lesquelles ont donné lieu à la présente procédure. Les mêmes arguments peuvent s'appliquer mutatis mutandis à la qualité pour recourir céans de la Fédération, conformément aux articles 61, première phrase LPGA en lien avec l'article 44 alinéa 1 lettre a LPJA. Il ne fait aucun doute que X\_\_\_\_\_ est atteint, en tant que preneur d'assurance du contrat collectif en question, par ces décisions et a un intérêt digne de protection à leur annulation ou modification.

Au surplus, posté le 7 mai 2012, le présent recours à l'encontre de la décision sur opposition du 5 avril précédent a été interjeté dans le délai légal de trente jours, prolongé par les fêtes de Pâques du 1<sup>er</sup> au 15 avril 2012 (art. 38 al. 4 let. 1 et 60 LPGA). Il répond par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA), de sorte que la Cour doit entrer en matière.

**2.1** La présente loi régit l'assurance-maladie sociale. Celle-ci comprend l'assurance obligatoire des soins et une assurance facultative d'indemnités journalières (art. 1a al. 1 LAMal). Les caisses-maladies sont des personnes juridiques de droit privé ou public sans but lucratif qui gèrent principalement l'assurance-maladie sociale et qui sont reconnues par le Département fédéral de l'intérieur (art. 12 al. 1 LAMal). Le département autorise les institutions d'assurance qui satisfont aux exigences de la présente loi (assureurs) à pratiquer l'assurance-maladie sociale. L'office publie la liste des assureurs (art. 13 al. 1 LAMal). Les assureurs doivent remplir en particulier les

conditions suivantes : pratiquer l'assurance-maladie sociale selon le principe de la mutualité, garantir l'égalité de traitement des assurés et n'affecter qu'à des buts d'assurance-maladie sociale les ressources provenant de celle-ci (art. 13 al. 2 let. a LAMal).

L'assurance facultative d'indemnités journalières est réglée par les articles 67 à 77 LAMal et 107 à 109 OAMal. L'article 107 OAMal relatif aux réserves dans l'assurance facultative d'indemnités journalières, dans sa teneur jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2012 (RO 2011 3449), prévoit que les articles 78 et 79 OAMal – traitant du système financier – s'appliquent par analogie.

L'assureur fixe le montant des primes à payer par ses assurés. Il perçoit des primes égales s'il s'agit de prestations assurées égales (art. 76 al. 1 LAMal). L'assurance d'indemnités journalières est financée d'après le système de la répartition des dépenses. Les assureurs constituent des réserves suffisantes afin de supporter les coûts afférents aux maladies déjà survenues et de garantir leur solvabilité à long terme. Au surplus, les alinéas 2 à 4 de l'article 60 sont applicables par analogie (art. 75 al. 1 LAMal). Le financement doit être autonome. Les assureurs présentent séparément au bilan les provisions et les réserves destinées à l'assurance obligatoire des soins (art. 60 al. 2 LAMal). Les assureurs établissent pour chaque exercice un rapport de gestion qui se compose du rapport annuel et des comptes annuels. Le Conseil fédéral détermine les cas dans lesquels un compte de groupe doit également être établi (art. 60 al. 4 LAMal). Si l'assureur applique dans l'assurance collective un tarif des primes qui diffère de celui de l'assurance individuelle, il doit tenir des comptes distincts pour l'assurance individuelle et l'assurance collective (art. 75 al. 2 LAMal). Dans l'assurance collective, les assureurs peuvent prévoir des primes qui diffèrent de celles de l'assurance individuelle. Leurs montants doivent être fixés de manière à ce que l'assurance collective soit au moins autonome (art. 77 LAMal). Lorsque l'assureur tient une comptabilité distincte pour l'assurance collective d'indemnités journalières (art. 75 al. 2 LAMal), il doit l'aménager de façon à ce que les résultats annuels de chaque contrat collectif puissent être produits (art. 81 al. 2 OAMal). L'OFSP peut donner des instructions sur la tenue des comptes. En l'absence d'instructions, les articles 662a et 957 à 963 CO sont applicables (art. 81 al. 3 OAMal).

L'activité centrale de la caisse-maladie doit porter sur l'exécution de l'assurance-maladie sociale. Les caisses-maladie ainsi que les institutions d'assurance privées qui gèrent l'assurance obligatoire des soins ne peuvent pas déployer une activité économique dont le bénéfice se retrouve dans des parts attribuées à l'un ou l'autre associé ou membre. Le principe de la mutualité ou principe de l'équivalence correspondait à l'origine à l'obligation de créer un équilibre entre les primes et les prestations d'assurance et de garantir à tous les assurés les mêmes avantages aux mêmes conditions. Dans l'assurance obligatoire des soins, le principe de l'équivalence n'est pas superflu mais revêt une importance moindre. Il est notamment toujours valable en tant que principe d'équilibre entre recettes et dépenses du point de vue de la technique d'assurance. Dans l'assurance d'indemnités journalières, il conserve sa définition originelle. Les autres aspects du principe de la mutualité relèvent des principes de l'égalité (art. 8 Cst.) ou de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) et n'ont

pratiquement pas de portée propre en regard de ces normes. La pratique de l'assurance selon le principe de la mutualité signifie en outre que l'activité asséculo-logique ne doit pas poursuivre un but lucratif (art. 12 al. 1 LAMal). Les bénéfices ne doivent pas être distribués sous forme de participations mais doivent être utilisés dans l'intérêt de tous les assurés. Le principe de la mutualité se concrétise ainsi dans l'interdiction de détourner la pratique de l'assurance-maladie sociale de ses buts. Les assureurs-maladie ne peuvent et ne doivent pas disposer de moyens susceptibles d'être libérés à d'autres fins que l'exécution de l'assurance-maladie sociale (Murer/Stauffer/Eugster, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), 2010, ad Art. 12 § 1 p. 87 et ad Art. 13 § 1 et 2 p. 94 et les références, en particulier RAMA 2005 265 consid. 3.6 et ATF 124 V 393 consid. 2c).

La LAMal prévoit un financement de l'assurance obligatoire des soins d'après le système de la répartition des dépenses (principe de mutualité), avec obligation pour les assureurs de constituer des réserves suffisantes en vue de garantir leur solvabilité à long terme (art. 60 al. 1 LAMal et 78 OAMal). Le financement doit être autonome (art. 60 al. 2 LAMal); les assureurs doivent tenir un compte d'exploitation distinct pour l'assurance obligatoire des soins (art. 60 al. 3 LAMal ; voir également art. 81 OAMal) et présenter de manière séparée au bilan les réserves et les provisions qui lui sont destinées (art. 60 al. 2 LAMal). Cela signifie que l'assurance obligatoire ne peut être financée que par les ressources provenant de cette assurance et qu'à l'inverse, les ressources de l'assurance obligatoire ne doivent pas être utilisées pour le financement des assurances complémentaires (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_71/2009 du 10 juin 2009 consid. 5.1 et les références citées).

La question tranchée, par la négative, dans le jugement du Tribunal cantonal O\_\_\_\_\_ 76/1989 du 3 juillet 1989 était celle du droit d'une caisse-maladie de percevoir une cotisation extraordinaire, en raison d'un important déficit annuel, dans le cadre d'un contrat d'assurance-maladie collective comportant une assurance d'indemnités journalières. La licéité du versement des excédents de primes générés par un contrat collectif ou d'une participation à ces excédents ne constituait pas l'objet du litige. Il ressort cependant de l'état de fait de ce jugement que, sous réserve d'un cas d'assurance encore litigieux, le relevé du compte du preneur d'assurance établi par la caisse-maladie se soldait par un montant en faveur de celui-ci (« bien trouvé ») à une date postérieure au terme de résiliation du contrat, que le preneur d'assurance avait demandé à la caisse de lui rembourser ce montant, que celle-ci avait semble-t-il reconnu lui devoir ce montant mais qu'elle en avait refusé le remboursement compte tenu du fait que, en raison de ce cas non encore réglé, elle n'était pas encore en mesure de chiffrer le déficit final qui justifierait le prélèvement d'une cotisation extraordinaire.

Ce jugement cantonal a donné lieu à l'arrêt paru aux ATF 116 V 345. Pour un autre motif, il a également été répondu par la négative à la question litigieuse susmentionnée. La licéité du versement des excédents de primes générés par un contrat collectif ou d'une participation à ces excédents n'y a pas non plus été abordée. Il a uniquement été précisé qu'une caisse ne pouvait pas, en règle générale, exiger du preneur d'assurance qu'il assumât, une fois connu le résultat déficitaire d'un

exercice, la part excédentaire des dépenses prises en charge par la caisse en exécution des obligations découlant du contrat en question, qu'une telle pratique réduirait dans une mesure excessive la portée du principe de l'assurance et qu'en cas de déficits passagers, ceux-ci étaient tolérés, à condition toutefois qu'ils fussent compensés par les excédents correspondants dans d'autres contrats collectifs et que l'assurance collective dans son ensemble continuât de se suffire à elle-même (cf. également RAMA 1995 47 consid. 2b).

Quant au considérant 6b.dd de l'ATF 125 V 80 cité par l'intimée dans sa réponse du 7 novembre 2012 en page 22, il ne traite pas de la licéité du versement des excédents de primes générés par un contrat collectif d'indemnités journalières selon la LAMal ou d'une participation à ces excédents mais de l'absence de base légale prévoyant le versement par une caisse-maladie, dont l'autorisation de pratiquer l'assurance-maladie sociale dans certains cantons a été retirée, d'une part de ses réserves légales à l'institution commune LAMal pour tous les assurés concernés par le retrait de l'autorisation.

**2.2** Comme les parties l'ont souligné dans leurs écritures, en citant d'ailleurs le rapport du Conseil fédéral du 30 septembre 2009 sur l'évaluation du système d'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie et propositions de réforme (pièce 112 page 12, titre 2.1.4), ni la LAMal ni l'OAMal ne contiennent de dispositions relatives à la rétrocession par les assureurs aux preneurs d'assurance des excédents de primes d'un contrat d'assurance collective d'indemnités journalières. La jurisprudence, notamment les arrêts cités plus haut, n'aborde pas non plus cette question. Dans le rapport susmentionné, le Conseil fédéral a précisé que, dans le cadre de l'assurance d'indemnités journalières selon la LCA uniquement, les contrats collectifs pouvaient prévoir une participation aux excédents de primes (pièce 12 page 13, titres 2.2 et 2.2.2.5).

La Cour doute toutefois du bien-fondé de la thèse développée par l'intimée, selon laquelle la téléologie même de la LAMal interdirait de procéder à une telle rétrocession. Certes, le financement de l'assurance d'indemnités journalières selon la LAMal doit être autonome (art. 75 al. 1 LAMal qui renvoie à l'art. 60 al. 2 LAMal ; voir également art. 77 i.f. LAMal). Les assureurs doivent constituer des réserves suffisantes et il leur incombe également d'appliquer le système de la répartition des dépenses, lequel découle du principe de la mutualité ou de l'équivalence (art. 13 al. 2 let. a et art. 75 al. 1 LAMal), en tolérant les déficits passagers d'un contrat d'assurance collective d'indemnités journalières selon la LAMal, mais en veillant à ce que ceux-ci soient compensés par les excédents d'autres contrats collectifs du même domaine d'assurance (ATF 116 V 345 consid. 6, RAMA 1995 47 consid. 2b et arrêt précité 2C\_71/2009 consid. 5.1). Il est vrai également que les caisses-maladie selon l'article 12 alinéa 1 LAMal ne peuvent pas déployer d'activité à visée lucrative et que les assureurs autorisés en vertu de l'article 13 alinéa 1 LAMal sont tenus, conformément à l'article 13 alinéa 2 lettre a LAMal, de n'affecter qu'à des buts d'assurance-maladie sociale les ressources provenant de celle-ci. Ces dispositions interdisent effectivement que les bénéfices tirés de cette assurance profitent aux associés ou membres des institutions d'assurance concernées. Il en va différemment des assurés sociaux, pour

autant que l'égalité de traitement soit garantie entre eux. De plus, bien que les articles 107 à 109 OAMal spécifiquement relatifs à l'assurance facultative d'indemnités journalières ne renvoient pas expressément à l'article 81 alinéa 3 OAMal, l'OFAS (pièces 117 et 133) puis l'OFSP (pièce 51) ont toutefois fait usage de cette dernière disposition pour donner des instructions aux assureurs LAMal sur la tenue des comptes dans cette assurance facultative également. La version du plan comptable correspondant valable à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1994 comporte un poste 263 « participation aux excédents à compenser (indemnité en cas de maladie) » sous la rubrique 2 « passifs – capital étranger » (pièce 133 page 17). La version en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 1999 – donc applicable au contrat litigieux – fait état d'un groupe 26 « autres engagements et comptes passifs de régularisation », lequel englobe notamment un poste « participation aux excédents à décompter, par exemple dans l'assurance d'indemnités journalières ». Il n'est pas mentionné que ce poste ne concernerait pas l'assurance d'indemnités journalières selon la LAMal (pièce 117 page 4.5). Si cette mention figure sous le poste 210 « provisions techniques pour propre compte » (« Versicherungstechnische Rückstellungen für eigene Rechnung »), qui comporte entre autres provisions celles « pour participation future des assurés aux excédents » (« Rückstellungen für künftige Überschussbeteiligung der Versicherten »), de la seule version en allemand du plan comptable de l'OFSP valable à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2012 (pièce 51 page 6 et pièce 120), il convient de relever, à l'instar de l'intimée dans ses déterminations du 24 juin 2013, que cette version n'est pas applicable au contrat en question, lequel a pris fin le 31 décembre 2011 (pièce 38).

Comme pertinemment relevé par la recourante dans ses observations des 15 avril et 19 juillet 2013, la caisse-maladie partie à la procédure ayant donné lieu au jugement cantonal exposé ci-dessus (pièce 134) ne contestait pas, sur le principe, devoir le « bien trouvé » au preneur d'une assurance-maladie collective d'indemnités journalières. De même, certaines assurances-maladie prévoient expressément une clause de participation aux excédents dans leurs conditions générales de l'assurance collective d'indemnités journalières selon la LAMal. Dans les comptes de H\_\_\_\_\_ pour les années 2002 à 2006 (pièces 122 page 8, 123 page 1.8, 124 page 1.8, 125 page 1.8 et 126 page 1.8) puis dans ceux de Y\_\_\_\_\_ SA pour les années 2007 à 2011 (pièces 127 page 1.8, 128 page 1.8, 129 page 1.8, 130 page 1.8 et 131 page 1.8) figure en outre, sous le poste 60 « Versicherungsertrag – Freiwillige Taggeldversicherung KVG » et sans indication de montant, une position 601 négative (-) libellée « Überschussbeteiligung auf Kollektivversicherung Taggeld ». Enfin, bien que Y\_\_\_\_\_ SA ait ensuite nuancé cette affirmation, elle a bien, tel qu'allégué dans la décision entreprise et dans sa réponse du 7 novembre 2012, proposé à X\_\_\_\_\_, par courrier du 13 décembre 2010, un contrat collectif comportant une clause de participation aux excédents, avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 2002 (pièce 35 ; cf. également la formulation à la fin de la lettre du 29 octobre 2010 en pièce 33).

En conséquence, non seulement la LAMal et l'OAMal n'interdisent pas expressément la rétrocession d'excédents de primes dans le cadre d'un contrat d'assurance collective d'indemnités journalières selon les articles 67 et suivants LAMal, mais de telles rétrocessions sont pratiquées par certains institutions d'assurance et connues de l'autorité fédérale de surveillance (pièce 53, position 601).

**2.3** Il ressort de l'article 76 alinéa 1 in initio LAMal que les primes payées à l'assureur par ses assurés en contrepartie des prestations convenues dans le contrat collectif d'indemnités journalières sont acquises à celui-ci. A l'instar de l'OFAS dans son courrier du 28 janvier 1985 (pièce 49), la Fédération elle-même a précisé dans son recours du 7 mai 2012 que les primes devenaient propriété de l'assureur. Elles font donc partie des actifs de l'institution d'assurance, laquelle doit ensuite en affecter une part aux réserves légales, en application des articles 75 alinéa 1 LAMal, 78 et 79 OAMal jusqu'au 31 décembre 2011 puis 78 à 78c OAMal depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012 (RO 2011 3449), selon le renvoi prévu à l'article 107 OAMal. Après affectation aux réserves légales, l'excédent de primes de chaque contrat collectif appartient toujours à l'assureur. Ainsi, contrairement à ce que X\_\_\_\_\_ a semblé prétendre dans son opposition du 1<sup>er</sup> février 2012, l'institution d'assurance n'a nul besoin de s'approprier la fortune d'un tel contrat, puisqu'elle détient déjà cette fortune. Afin que le financement de l'assurance d'indemnités journalières dans son ensemble soit autonome, l'assureur est toutefois tenu de respecter le système de répartition des dépenses évoqué plus haut et de contrôler ainsi que les déficits de certains contrats soient compensés, de manière comptable, par les bénéfices des autres contrats de ce domaine d'assurance. La rétrocession aux preneurs d'assurance de ces bénéfices appartenant à l'assureur ne peut donc intervenir qu'en exécution de dispositions contractuelles claires sur cette question qui, contrairement à l'octroi des prestations (art. 72 LAMal) et au paiement des primes (art. 76 LAMal), ne constitue pas une obligation principale dans le cadre d'un contrat collectif d'indemnités journalières. L'absence d'un accord précis entre les parties à ce contrat sur le principe et les modalités d'une telle obligation signifie que l'assureur ne s'est tout simplement pas engagé à rétrocéder au preneur d'assurance tout ou partie excédents de primes. L'absence d'accord sur ce point ne saurait donc être assimilée à une lacune relative aux obligations principales d'un contrat, qu'il conviendrait de combler en recherchant la réelle et commune intention des parties.

En l'occurrence, les statuts de H\_\_\_\_\_ (pièce 107) prévoient que cette caisse offre des prestations d'assurance-maladie au sens de la LAMal (art. 6 al. 1), qu'elle peut conclure des contrats collectifs portant sur l'assurance de groupes de personnes pour des assurances d'indemnités journalières (art. 6 al. 3) et que la direction de la caisse règle les détails concernant les différentes sortes d'assurances dans des règlements (art. 6 al. 4). Aucun des règlements, CGA ou DGA de H\_\_\_\_\_, respectivement de Y\_\_\_\_\_ SA portant sur l'assurance-maladie collective d'indemnités journalières (ou de perte de salaire) et valables entre 2001 et 2011 ne prévoit de participation aux excédents ou au bénéfice du contrat collectif. L'édition 1998 des DGA de H\_\_\_\_\_ comporte un article 25 intitulé « lacunes du contrat », selon lequel les statuts de H\_\_\_\_\_ en vigueur ainsi que le contrat collectif sont applicables pour toutes les questions qui ne sont pas visées par une disposition expresse des présentes DGA (pièce 16). La teneur de l'article 35 « ergänzende Bestimmungen » de l'édition 2005 des CGA de H\_\_\_\_\_ est identique (pièce 113), de même que celle de l'article 31 « dispositions complémentaires » de l'édition 2008 du règlement de Y\_\_\_\_\_ SA (pièce 114). Un tel article ne figure plus dans l'édition 2010 de ce même règlement (pièce 115).

Le contrat collectif d'assurance indemnité journalière no xxx dit « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ », conclu le 22 novembre 2000 entre H\_\_\_\_\_ et la Fondation d'assurances et des prestations sociales en faveur des métiers groupés par la L\_\_\_\_\_, valable dès le 1<sup>er</sup> janvier 2001 et produit le 5 décembre 2013 sur ordonnance de la Cour ne comporte aucune clause de rétrocession à la fondation précitée, par H\_\_\_\_\_, de tout ou partie des excédents de primes générés par le contrat. Cette fortune demeurait donc propriété de la caisse-maladie, que ce soit durant la validité du contrat ou à son échéance. Comme la recourante l'a souligné dans son mémoire du 7 mai 2012, il est vrai qu'en rapport avec le contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » no xxx, le contrat cantonal no xxx devenu xxx était un nouveau contrat, en ce sens que le preneur d'assurance n'était plus la fondation susmentionnée mais la Fédération X\_\_\_\_\_ et que le seul risque assuré était désormais la perte de gain, à l'exclusion des frais médicaux (pièce 17). Il ressort néanmoins des différentes communications de H\_\_\_\_\_ ayant précédé la conclusion de ce nouveau contrat qu'hormis ce changement de cocontractant et de couverture, cette caisse entendait poursuivre le partenariat avec les associations professionnelles, aux mêmes conditions que celles applicables sous l'égide du contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » et par le biais de plusieurs contrats cantonaux (cf. procès-verbal de la séance du 23 août 2001 en pièce 17 : « le contrat K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ aux conditions actuelles pourra être prolongé... » ; courrier de H\_\_\_\_\_ du 22 octobre 2001 en pièce 13, intitulé « prorogation du contrat K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ sous forme de contrat cantonal » : « division du contrat actuel en trois contrats cantonaux », « reconduction du contrat K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ en tant que contrat cantonal », « la poursuite de notre collaboration dans un esprit de partenariat nous paraît essentielle », « nous ne parlons pas d'un nouveau contrat mais d'une approche différente du contrat en vigueur » ; courrier de H\_\_\_\_\_ du 26 octobre 2001 en pièce 14, intitulé « reconduction du contrat K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ sous forme de contrat cantonal » : « notre caisse-maladie est disposée à continuer d'assurer par des contrats cantonaux, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002, tous les membres du contrat conclu avec la fondation susmentionnée »). Etant donné que ces trois communications n'abordaient pas du tout les modalités des deux obligations principales (prestations et primes) et qu'elles n'émanaient pas du preneur d'assurance mais de l'assureur, il paraît hasardeux de les qualifier de pourparlers contractuels, voire de proposition d'assurance par analogie avec l'article 1 LCA. Quoi qu'il en soit, dans ces trois communications, H\_\_\_\_\_ n'a jamais indiqué vouloir nouvellement inclure, dans les différents contrats cantonaux, une obligation secondaire de rétrocession aux preneurs d'assurance de tout ou partie des excédents de primes lui appartenant, obligation qui n'avait pas été convenue par les parties au contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » no xxx du 20 novembre 2000. A l'instar de ce que l'intimée a fait valoir à plusieurs reprises, notamment dans sa duplique du 20 mars 2013, si H\_\_\_\_\_ avait voulu introduire une telle obligation dans les contrats cantonaux, elle aurait alors soumis à chaque preneur d'assurance une offre détaillée similaire à celle figurant dans le courrier du 13 décembre 2010 (pièce 35), en y indiquant les modalités de calcul des excédents de primes et de la part à rétrocéder, ainsi que l'échéance et le destinataire final de cette obligation. Il convient de souligner à cet égard qu'en procédure administrative puis judiciaire, la recourante a conclu à la rétrocession non seulement du montant de 733 832 fr. issu de la fortune du

contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » no xxx (pièce 18), mais également de la totalité des bénéfices générés par contrat cantonal no xxx puis xxx de 2002 à 2011. Dans la mesure où la rétrocession à X\_\_\_\_\_ de l'entier des excédents de primes aurait pu mettre à mal le système de la répartition des dépenses que la caisse-maladie est tenue d'observer avec diligence, l'offre correspondante aurait dû être d'autant plus claire et précise sur ce point.

La rétrocession à la Fédération des excédents de primes durant la validité du contrat ou à son échéance n'est toutefois stipulée ni dans le contrat collectif no xxx, conclu en novembre 2001 entre H\_\_\_\_\_ et la Fédération et valable dès le 1<sup>er</sup> janvier 2002 (pièce 15), ni dans les modifications successives de ce contrat ensuite numéroté xxx, avec effet aux 1<sup>er</sup> janvier 2007 (pièce 21), 1<sup>er</sup> janvier 2009 (pièce 27) et 1<sup>er</sup> janvier 2011 (pièce 37). La première modification était motivée par une baisse des primes due à l'inclusion des gratifications dans le salaire AVS déterminant (pièces 21 et 22), la deuxième par une baisse des primes en raison des bons résultats et des réserves confortables du contrat (pièces 26 et 27) et la troisième au motif que les risques de maladie et d'accident étaient désormais assurés par deux sociétés différentes du groupe J\_\_\_\_\_ (pièces 30 et 37). Dès lors, il n'existait et il n'existe en l'espèce aucune disposition contractuelle claire, par laquelle H\_\_\_\_\_, respectivement Y\_\_\_\_\_ SA s'est obligée à rétrocéder à ses preneurs d'assurance successifs tout ou partie des excédents de primes générés par le contrat collectif « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » no xxx, puis par le contrat no xxx devenu xxx. En ce qui concerne l'état de fait ayant donné lieu au jugement du Tribunal cantonal O\_\_\_\_\_ 76/1989 du 3 juillet 1989 (pièce 134), il est à supposer que si la caisse-maladie avait reconnu devoir ce solde excédentaire ou « bien trouvé » au preneur d'assurance, c'est que cette obligation avait été stipulée dans le contrat collectif ou, à tout le moins, dans les conditions générales d'assurance intégrées à ce contrat.

**2.4** La Fédération ne peut ainsi déduire une telle obligation en sa faveur ni des trois communications précitées, lesquelles n'abordent d'ailleurs même pas la question des futurs bénéfices générés par le contrat no xxx puis xxx, ni de la présentation de ces bénéfices lors des séances annuelles en ses locaux. Les passages « nous récompensons la poursuite de notre collaboration par le transfert de la fortune du contrat K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ proportionnellement au volume de la prime moyenne de 1999 à 2001 sur le contrat cantonal » et « nous sommes disposés à transférer sur les nouveaux contrats cantonaux la fortune découlant du contrat susmentionné » figurant dans les courriers des 22 et 26 octobre 2001 (pièces 13 et 14) sont à comprendre non comme l'exécution d'une obligation de paiement envers la Fédération, mais comme le simple report comptable d'une part de la fortune du contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » no xxx sur le contrat cantonal no xxx. Comme cela a été souligné lors des réunions des 18 octobre 2007 (pièce 24), 16 octobre 2008 (pièce 26), 15 octobre 2009 (pièce 29), 14 octobre 2010 (pièce 30) et 2 décembre 2010 (pièce 34) auprès du X\_\_\_\_\_ puis à maintes reprises dans les écritures des deux parties, et même s'il n'en était pas expressément fait mention dans les contrats collectifs correspondants, les bénéfices résultant de ces contrats entraînent en ligne de compte dans la fixation des primes futures. C'est donc afin de faire bénéficier les personnes assurées de primes attractives que la caisse-maladie a attribué à chaque

contrat cantonal, de manière comptable, une part de la fortune du contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » puis y a ajouté année après année, toujours de manière comptable, les bénéfiques issus du contrat cantonal en question. Il sied de constater à ce sujet que les taux de primes convenus dans le contrat « K\_\_\_\_\_ – L\_\_\_\_\_ » no xxx valable en 2001, soit 4% pour un délai d'attente de deux jours et 2.1% pour un délai d'attente de trente jours, ont diminué à 3.3%, respectivement à 1.7% à l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2002, du contrat cantonal no xxx (pièce 15). Après une première baisse des primes en 2007 pour un autre motif (pièces 21 et 22) et compte tenu des bons résultats ainsi que du niveau confortable des réserves, les cocontractants ont, lors de la séance du 16 octobre 2008, arrêté les primes pour l'année 2009 à 2.6% pour un délai d'attente de deux jours et à 1.3% pour un délai d'attente de trente jours (pièces 26 et 27). Ainsi que l'OFAS l'avait préconisé dans son courrier du 28 janvier 1985 à H\_\_\_\_\_ (pièce 49), les parties au contrat ont donc rectifié l'excédent de recettes en diminuant les primes précédemment convenues. Au cours de cette réunion du 16 octobre 2008, ces primes ont été qualifiées de très concurrentielles et une extension du cercle des assurés dans le Haut-Valais a été envisagée (pièce 26). Il est vrai qu'une diminution des primes de 4% à 2.6%, respectivement de 2.1% à 1.3% en huit ans constitue une baisse significative. Il est dès lors étonnant que la Fédération ait allégué, dans son mémoire du 7 mai 2012, que si elle s'était doutée un seul instant ne pas détenir la fortune du contrat, elle n'aurait jamais toléré de payer des primes aussi élevées. Est également peu crédible l'assertion de la recourante dans ses observations finales du 15 avril 2013, à teneur de laquelle, nonobstant la légère baisse de prime depuis 2007, ni elle-même ni les personnes assurées n'avaient jamais bénéficié des importants excédents du contrat collectif.

Lors de la séance du 14 octobre 2010 (pièce 30) puis dans ses courriers des 29 octobre (pièce 33) et 13 décembre 2010 (pièce 35), Y\_\_\_\_\_ SA a immédiatement communiqué à X\_\_\_\_\_ que celui-ci avait supposé à tort détenir une créance d'excédents de primes envers elle. Celui-ci ne saurait donc prétendre de bonne foi que l'intention des parties au contrat no xxx puis xxx était de constituer un fonds d'excédent en sa faveur. A cet égard, l'intimée a allégué à juste titre dans sa duplique du 20 mars 2013 que la Fédération n'avait pas établi avoir reporté ce fonds dans sa comptabilité. Celle-ci a objecté le 15 avril suivant qu'elle n'avait pas à comptabiliser dans ses livres la prétention contestée sur les excédents dudit contrat, dès lors qu'elle intervenait uniquement comme preneur d'assurance pour le compte de E\_\_\_\_\_ et d'autres entreprises directement affiliées. Comme X\_\_\_\_\_ l'a d'ailleurs lui-même fait valoir dans son opposition du 1<sup>er</sup> février 2012, il semble toutefois qu'en sa qualité de preneur d'assurance pour le compte desdites association et entreprises, celui-ci était en droit de recevoir le versement de la créance litigieuse, à charge pour lui de la répartir ensuite en faveur de ses mandantes.

Dans ses écritures des 7 novembre 2012 et 20 mars 2013, la caisse-maladie a relevé que le solde du contrat no xxx puis xxx ainsi que de l'ensemble des contrats collectifs perte de gain LAMal avait toujours été comptabilisé dans les réserves globales de l'assurance facultative d'indemnités journalières selon la LAMal – réserves que la recourante a du reste qualifiées, dans son courrier du 19 juillet 2013, de gigantesques

– et non dans les dettes ou provisions. Il est vrai qu'aux passifs des comptes de H\_\_\_\_\_ puis de Y\_\_\_\_\_ SA de 2002 à 2011 (pièces 122 à 131), il ne figure aucune provision pour participation aux excédents dans le cadre de cette assurance. De plus et surtout, la réponse négative du réviseur de ces comptes à la question de savoir si des excédents de l'assurance collective d'indemnités journalières avaient été portés au bilan (pièces 122 à 128, questionnaire ad 5.17.3 et pièce 129, questionnaire ad 4.2.7.3) ainsi que l'absence de montant en regard de la position 601 négative (-) libellée « Überschussbeteiligung auf Kollektivversicherung Taggeld » sous le poste 60 « Versicherungsertrag – Freiwillige Taggeldversicherung KVG » (pièces 122 page 8, 123 page 1.8, 124 page 1.8, 125 page 1.8, 126 page 1.8, 127 page 1.8, 128 page 1.8, 129 page 1.8, 130 page 1.8 et 131 page 1.8) tendent à accréditer la thèse qu'en tout cas durant ces années-là, ni l'une ni l'autre caisse-maladie n'a inclus une clause de rétrocession, aux preneurs d'assurance, de tout ou partie des excédents de primes générés par les contrats collectifs d'indemnités journalières selon la LAMal.

**3.** Au vu de ce qui précède, la Fédération ne dispose d'aucune créance en rétrocession d'excédents de primes envers Y\_\_\_\_\_ SA. Partant, le recours est rejeté et les décisions des 19 décembre 2011 et 5 avril 2012 sont confirmées.

Les nombreuses pièces produites en procédure ont suffi à la Cour pour se convaincre du degré de vraisemblance prépondérante des faits en ressortant puis trancher la question litigieuse, si bien que l'audition des différentes personnes citées par les parties (BB\_\_\_\_\_, CC\_\_\_\_\_, DD\_\_\_\_\_, Q\_\_\_\_\_, U\_\_\_\_\_, P\_\_\_\_\_, S\_\_\_\_\_ et EE\_\_\_\_\_) est inutile. Au vu de l'issue du litige, il en va de même de la mesure d'instruction requise par la recourante dans son courrier du 18 décembre 2013. Quant à son offre de preuve par expertise, l'intimée y a finalement renoncé. Dans le cadre de l'appréciation anticipée des preuves (cf. notamment les arrêts du Tribunal fédéral 9C\_966/2010 du 29 avril 2011 consid. 2.2 et 9C\_651/2008 du 9 octobre 2009 consid. 3.2, ATF 122 V 157 consid. 1d et 119 V 335 consid. 3c), la Cour estime ainsi que lesdites offres de preuve ne sont pas susceptibles de modifier son appréciation. Elles sont donc écartées sans être administrées. Il sied de relever dans ce contexte que si la Fédération souhaitait faire éclaircir par l'OFSP la question de l'obligation incombant à H\_\_\_\_\_ puis à Y\_\_\_\_\_ SA de tenir des comptes spécifiques pour chaque contrat collectif d'indemnités journalières, il lui aurait été loisible d'interpeller elle-même cet office déjà au cours de la procédure administrative.

**4.** Il n'est pas perçu de frais (art. 61 let. a i.i. LPGA) ni alloué de dépens à la recourante qui succombe (art. 61 let. g a contrario LPGA).

Le présent litige porte sur un contrat d'assurance facultative d'indemnités journalières selon les articles 67 et suivants LAMal. Selon l'article 68 alinéa 1 LAMal, les assureurs au sens de l'article 11 doivent admettre, dans les limites de leur rayon d'activité territorial, toute personne en droit de s'assurer. Dans le cadre de cette assurance facultative également, Y\_\_\_\_\_ SA doit donc être considérée comme un organisme chargé de tâches de droit public, intervenant dans l'exercice de ses attributions officielles. En vertu de l'article 91 alinéa 3 LPJA applicable par renvoi de

l'article 61, 1<sup>ère</sup> phrase LPGA (voir également l'art. 68 al. 3 LTF), l'intimée, bien qu'obtenant gain de cause, n'a pas non plus droit à des dépens.

### **Prononce**

1. Le recours est rejeté.
2. Il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens.

Sion, le 18 février 2014