

Document	<b>PJA 2015 p. 1012</b>
Auteur(s)	<b>Grégoire Geissbühler</b>
Titre	<b>Tiers garant, tiers payant (42 LAMal)</b>
Publication	<b>Pratique juridique actuelle</b>
Editeur	<b>Ivo Schwander</b>
Anciens Editeurs	
ISSN	<b>1660-3362</b>
Maison d'édition	<b>Dike Verlag AG</b>

---

PJA 2015 p. 1012

## **Tiers garant, tiers payant (42 LAMal)**

### **Un point de vue de droit des obligations**



Grégoire Geissbühler

*L'application des régimes de tiers garant et tiers payant a fait couler beaucoup d'encre dans les milieux les plus divers: politique, économique, juridique, médical, etc. Dans la relation entre assureurs, assurés et fournisseurs, chacun exploite le peu de liberté contractuelle qui lui est consenti pour sauvegarder ses intérêts. C'est donc tout naturellement que les parties se tournent vers le droit des obligations. Celui-ci peut avoir deux usages: moduler les rapports entre parties – avec ou sans le consentement de tous – ou aider à l'interprétation des normes légales, à l'appui de*

---

\* **Grégoire Geissbühler**, Titulaire d'une maîtrise universitaire en droit économique, Assistant-doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

*l'une ou l'autre position. Mais, au-delà d'un simple outil, il peut offrir des pistes d'évolution pour le droit des assurances sociales.*

*Die Unterscheidung in Art. 42 Abs. 1 und 2 des Krankenversicherungsgesetzes von 1994 (SR 832.10) zwischen System des «Tiers garant» (Versicherter zahlt und hat Anspruch auf Rückerstattung durch den Versicherer) und System des «Tiers payant» (Versicherer zahlt Leistungserbringer) hat viel Anlass zu Diskussionen gegeben, und dies in der Politik, in der Wirtschaft, bei Fachleuten des Rechts und des Gesundheitswesens. Im Verhältnis zwischen Versicherer, Versichertem und Leistungserbringer versucht jeder den minimalen Raum an Vertragsfreiheit zu nutzen, um seine Interessen zu wahren. Insofern bedienen sich die Parteien des Obligationenrechts. Dieses kann in zweierlei Weise eingesetzt werden: Abänderung des Verhältnisses unter den Parteien – mit oder ohne Zustimmung aller drei Parteien – oder Hilfe zur Interpretation der Gesetzesbestimmungen zur Stützung der einen oder anderen Position. Darüber hinaus kann das Obligationenrecht aber auch, wie dieser Aufsatz darlegt, Wege zu einer Weiterentwicklung des Sozialversicherungsrechts aufzeigen.*

## I. Introduction

Le système de santé suisse met en scène trois groupes d'acteurs: les assurés, les assureurs et les fournisseurs<sup>1</sup>. Une des fonctions de la Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)<sup>2</sup> est de régir les rapports entre ces parties. Le but, simple, est que le fournisseur soit payé pour ses prestations couvertes par la loi et que l'assureur en ait versé la part couverte, le reste étant à la charge de l'assuré<sup>3</sup>.

La mise en œuvre est toutefois plus complexe, comme l'illustre le texte de l'art. 42 al. 1 et 2 LAMal:

«<sup>1</sup> Sauf convention contraire entre les assureurs et les fournisseurs de prestations, l'assuré est le débiteur de la rémunération envers le fournisseur de prestations. L'assuré a, dans ce cas, le droit d'être remboursé par son assureur (système du tiers garant). En dérogation à l'art. 22, al. 1, LPGA, ce droit peut être cédé au fournisseur de prestations.

<sup>2</sup> Assureurs et fournisseurs de prestations peuvent convenir que l'assureur est le débiteur de la rémunération (système du tiers payant). En cas de traitement hospitalier, l'assureur, en dérogation à l'al. 1, est le débiteur de sa part de rémunération. »

À la lecture de cet article, on observe aisément que deux systèmes cohabitent, nommés par la loi elle-même « tiers garant » et « tiers payant ». Le but de notre contribution n'est pas de revenir en détail sur les différents aspects de ces deux régimes, qui ont déjà été abondamment commentés dans la littérature<sup>4</sup>. Nous tâcherons d'examiner les

<sup>1</sup> Pierre-Yves Greber/Bettina Kahil-Wolff, Introduction au droit suisse de la sécurité sociale, 4<sup>e</sup> éd., in : CGSS 43, N 342.

<sup>2</sup> RS 832.10.

<sup>3</sup> Greber/Kahil-Wolff (n. 1), N 343.

<sup>4</sup> Sans prétendre à l'exhaustivité : Jean-Louis Duc, Plaidoyer pour le régime du tiers payant dans l'assurance-maladie obligatoire régie par la LAMal, in : RSAS 2015, 35 ss ; Gebhard Eugster, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), Zurich 2010, LAMal 42 N 1 ss ; Ghislaine Frésard-Fellay/Bettina Kahil-Wolff/Stéphanie Perrenoud, Droit suisse de la sécurité sociale, vol. 2, Berne 2015, N 397 ss ; Ernst Gähler/Irène Marty/Kerstin Schutz, La FMH en faveur du tiers garant, in : Bulletin des médecins suisses, 2014 ; 95 : 5, 147 ss ; Ernst Gähler/Kerstin Schutz, Tiers garant ou tiers payant ? in : Bulletin des médecins suisses, 2014 ; 95 : 24, 903 ss ; Greber/Kahil-Wolff (n. 1), N 342 ss ; Guy Longchamp, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale en cas de séjour à l'hôpital, en établissement médico-social et/ou en cas de soins à domicile, Berne 2004, 256 ss ; Gabriela Riemer-Kafka, Auszahlung von Sozialversicherungsleistungen an bevorschussende Dritte, in : René Schaffhauser/Franz Schläuri (édit.), Aktuelle Rechtsfragen der Sozialversicherungspraxis, St. Gall 2001, 109 ss ; La même, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2014, N 5.17 ss ; Pierre Tercier/Pascal G. Favre, Les contrats spéciaux, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, N 5424 ; Georg Andreas Wilhelm, KV-Leistungen : OKP, in : Sabine Stieger-Sackmann/Hans-Jakob Mosimann (édit.),

PJA 2015 p. 1012, 1013

points de convergence et de passage entre ces systèmes, à l'aide notamment du droit des obligations, en traitant uniquement de l'assurance-maladie obligatoire.

Notre plan sera divisé en trois parties. Les deux premières examineront chacune un alinéa de l'art. 42 LAMal. Dans le système du tiers garant (I.), l'assuré peut céder sa créance au fournisseur et les règles pertinentes du Code des obligations trouveront application<sup>5</sup>. Dans le système du tiers payant (II.), l'assureur est directement débiteur de la rémunération du fournisseur. Ce mécanisme est assimilé par le Tribunal fédéral à une reprise de dette<sup>6</sup>. Dans les deux cas, une participation aux frais est demandée à l'assuré, dans les limites de l'art. 64 LAMal<sup>7</sup>. Dans notre troisième partie, nous réfléchissons sur la possibilité et l'utilité de passer de l'un à l'autre régime par le biais du droit des obligations (III.).

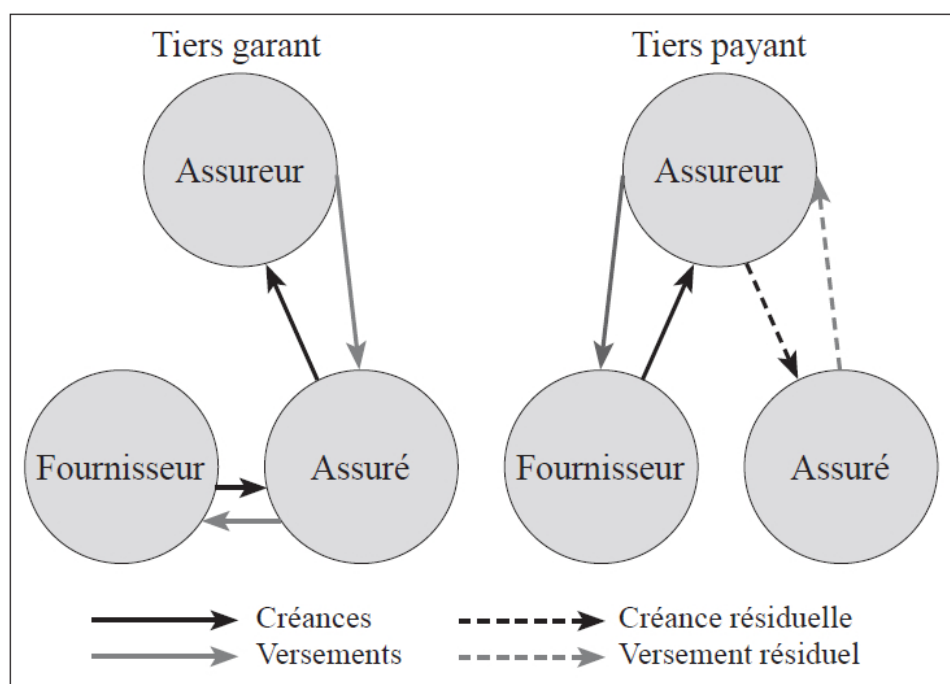


Fig. 1 – Régimes du tiers garant et du tiers payant

## II. Tiers garant et cession de créances

Le fournisseur conclut en principe un contrat avec l'assuré. Il s'agira généralement d'un mandat – typiquement pour les médecins ou les sages-femmes –, mais d'autres contrats peuvent entrer en ligne de compte, tel que la vente pour les pharmaciens ou l'entreprise pour les laboratoires. Il peut également s'agir d'une combinaison de plusieurs contrats nommés ou *sui generis*<sup>8</sup>.

Recht der Sozialen Sicherheit. Bâle 2014, 471 ss.

<sup>5</sup> Duc (n. 4), n. 13 ; Eugster (n. 4), LAMal 42 N 3 ; ATF 135 V 2, consid. 6.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral, 9C\_320/2010, SJ 2011 I 197, consid. 4.2.

<sup>6</sup> ATF 132 V 18, consid. 5.2.

<sup>7</sup> Eugster (n. 4), LAMal 64 N 1 ; Greber/Kahil-Wolff (n. 1), N 343.

<sup>8</sup> Tercier/Favre (n. 4), N 5389 ss. Plus spécifiquement sur le mandat : Franz Werro, *in* : Luc Thévenoz/Franz Werro (édit.), Commentaire romand, CO I (Code des obligations, art. 1–529 CO), 2<sup>e</sup> éd., Bâle, 2012 (cité : CR CO I-Auteur), CO 394 N 24 ; ATF 133 III 121, c. 3.1.

L'acte du fournisseur de soins, s'il satisfait aux exigences légales, donne naissance à une seconde créance dans le système du tiers garant. L'assuré est débiteur de la rémunération du fournisseur, mais il est simultanément créancier de l'assureur<sup>9</sup>. À ces deux créances correspondent deux flux financiers, le premier de l'assuré au fournisseur en paiement de la prestation, le second de l'assureur à l'assuré, en remboursement de la prestation<sup>10</sup>.

En cas de cession de créance au fournisseur, un seul paiement permet d'éteindre simultanément les deux dettes, sous réserve de la quote-part et de la franchise qui resteraient à la charge de l'assuré<sup>11</sup>. Le fournisseur de prestations est également certain de pouvoir obtenir sa rémunération, notamment si l'assuré est insolvable. Le risque que ce dernier dilapide la prestation d'assurance reçue disparaît.

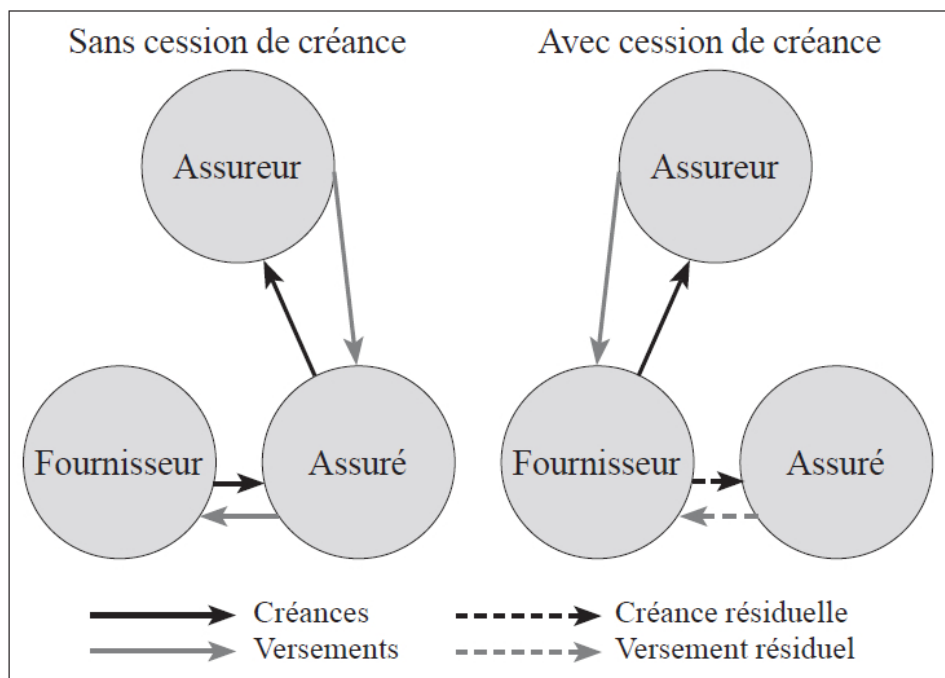


Fig. 2 – Cession de créance dans le cadre du tiers garant

PJA 2015 p. 1012, 1014

Reste à savoir si cette cession est possible. L'art. 22 al. 1 LPGa dispose que: « Le droit aux prestations est incessible; il ne peut être donné en gage. Toute cession ou mise en gage est nulle. ». L'incessibilité légale fait en principe obstacle à toute cession conventionnelle, comme rappelé par l'art. 164 al. 1 CO<sup>12</sup>. Cependant, l'art. 42 al. 1 3<sup>e</sup> phrase LAMal déroge explicitement à cette règle générale et autorise la cession au

<sup>9</sup> Frésard-Fellay/Kahil-Wolff/Perrenoud (n. 4), N 399 ; Longchamp (n. 4), 256 ; Riemer-Kafka (n. 4), Sozialversicherungsrecht, N 5.25 ; Wilhelm (n. 4), N 14.150.

<sup>10</sup> Frésard-Fellay/Kahil-Wolff/Perrenoud (n. 4), N 399 ; Longchamp (n. 4), 256 ; Wilhelm (n. 4), N 14.150.

<sup>11</sup> Caroline Fillietaz Curtet, Les soins de santé dans l'assurance-maladie sociale suisse (LAMal) : Présentation et analyse critique des sources de financement, in : CGSS 2005, 90 s. ; Greber/Kahil-Wolff (n. 4), N 343. On trouve dans la littérature le terme de tiers « soldant » pour qualifier ce cas de figure : Gähler/Marty/Schutz (n. 4), n. 1. Longchamp (n. 4), 258, semble toutefois réserver ce terme à un régime mixte, mêlant tiers payant et garant, convenu entre fournisseur et assureur.

<sup>12</sup> Daniel Girsberger in : Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolf gang Wiegand (édit.), Basler Kommentar, OR I (Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR), 5<sup>e</sup> éd., Bâle 2011 (cité : BSK OR I-Auteur), CO 164 N 27 ss ; CR CO I-Thomas Probst (n. 8), CO 164 N 27, 29 ; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz, Le droit des obligations, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2012, N 1685.

<sup>13</sup> Longchamp (n. 4), 257 ; Riemer-Kafka (n. 4), Sozialversicherungsrecht, N 5.27 ; Arrêt du



fournisseur<sup>13</sup>. Il va sans dire que la cession à un tiers autre que celui-ci et la mise en gage du droit aux prestations restent interdites et nulles de plein droit.

Cette cession peut se réaliser de deux manières. Soit l'assuré cède de cas en cas sa ou ses créances (A.), soit il ne fait qu'un seul acte de cession, global, qui couvrira toutes les prétentions existantes ou à naître contre l'assureur du fait de la fourniture de soins, sous certaines réserves que nous examinerons (B.).

## A. Cession de créance simple

Les conditions de la cession de créance sont bien connues. Il s'agit d'un contrat, ce qui présuppose un accord valable de la volonté des parties<sup>14</sup> – soit ici le fournisseur et l'assuré, mais pas l'assureur – sur une créance déterminée ou déterminable<sup>15</sup>. L'art. 165 CO impose la forme écrite, essentiellement pour des raisons de preuve et de sécurité juridique<sup>16</sup>. Le cessionnaire doit notifier la cession au débiteur (art. 167 CO). En l'absence de notification, le débiteur ignorant de bonne foi la cession peut toujours se libérer en payant le créancier cédant<sup>17</sup>. Enfin, la créance ne doit pas être incessible<sup>18</sup>, mais nous avons vu que cette condition est remplie dès lors que l'art. 42 al. 1 LAMal l'autorise explicitement.

La preuve de la cession incombe au cessionnaire, en l'occurrence le fournisseur de soins<sup>19</sup>. L'art. 170 al. 2 CO impose au cédant – l'assuré – « de remettre au cessionnaire le titre de créance et de lui fournir les moyens de preuve existants, ainsi que les renseignements nécessaires pour faire valoir ses droits. ». Le fournisseur ne sera donc pas démuné face à l'assureur qui contesterait devoir tout ou partie de la somme en jeu.

La présomption posée par l'art. 172 CO en faveur de la dation en vue du paiement<sup>20</sup> n'a pas à être renversée. La créance du fournisseur ne sera éteinte qu'à concurrence du montant effectivement payé par l'assureur<sup>21</sup>. En effet, on conçoit mal que le fournisseur prenne le risque que la créance qui lui a été cédée ne couvre pas l'intégralité de sa rémunération, surtout qu'une quote-part ou une franchise restera généralement à la charge de l'assuré. À l'inverse, le fournisseur cessionnaire n'a aucune chance de faire un bénéfice sur l'opération de cession, vu que l'assureur ne surindemniserait jamais son assuré (art. 78 LAMal).

Cela signifie également que le fournisseur n'a pas à se préoccuper de la solvabilité de l'assureur, dès lors qu'il pourra toujours demander le solde de sa créance à l'assuré<sup>22</sup>. Cependant, vu le contrôle exercé sur les assureurs-maladie, la possibilité de retrait de l'autorisation de pratiquer (art. 13 LAMal) et l'existence d'une fondation couvrant les cas d'insolvabilité (art. 18 LAMal)<sup>23</sup>, il paraît douteux que l'assuré – respectivement le fournisseur cessionnaire – n'obtienne pas les prestations auxquelles il a droit.

---

Tribunal fédéral, 9C\_320/2010, SJ 2011 I 197, consid. 4.2.

14 BSK OR I-Girsberger (n. 12), Intro CO 164–174 N 1, CO 164 N 15 ; CR CO I-Probst (n. 8), CO 164 N 47 ss ; Tercier/Pichonnaz (n. 12), N 1678.

15 Eugster (n. 4), LAMal 42 N 3 ; BSK OR I-Girsberger (n. 12), CO 164 N 19 ; CR CO I-Probst (n. 8), CO 164 N 16 ss, 48 ; Tercier/Pichonnaz (n. 12), N 1681 ; ATF 135 V 2, consid. 6.1.2.

16 Eugster (n. 4), LAMal 42 N 3 ; BSK OR I-Girsberger (n. 12), CO 165 N 1 s. ; CR CO I-Probst (n. 8), CO 164 N 48, 59, CO 165 N 1 ; Riemer-Kafka, Auszahlung (n. 4), 132 ; Tercier/Pichonnaz (n. 12), N 1693.

17 CR CO I-Probst (n. 8), CO 167 N 2 ss ; Tercier/Pichonnaz (n. 12), N 1699 ss.

18 BSK OR I-Girsberger (n. 12), CO 164 N 27 ss ; CR CO I-Probst (n. 8), CO 164 N 48 ; Tercier/Pichonnaz (n. 12), N 1682.

19 CR CO I-Probst (n. 8), CO 167 N 22.

20 BSK OR I-Girsberger (n. 12), CO 172 N 3 ; CR CO I-Probst (n. 8), CO 172 N 1 ss ; Riemer-Kafka, Auszahlung (n. 4), 129 ; ATF 135 V 2, consid. 6.1.

21 Riemer-Kafka, Auszahlung (n. 4), 129 ; Arrêt du Tribunal fédéral, 9C\_320/2010, SJ 2011 I 197, consid. 4.2.

22 BSK OR I-Girsberger (n. 12), CO 172 N 1 ss ; CR CO I-Probst (n. 8), CO 172 N 1, 4 ; Arrêt du Tribunal fédéral, 9C\_320/2010, SJ 2011 I 197, consid. 4.2.

23 Eugster (n. 4), LAMal 18 N 2.

En application de l'art. 172 *in fine* CO, si le fournisseur n'agit pas avec diligence dans l'encaissement de la créance cédée, et qu'il laisse – par exemple – la créance se périmier (art. 24 LPGA), il ne pourra pas se retourner contre l'assuré pour obtenir le paiement de sa rémunération<sup>24</sup>. L'assuré ne prend donc pas de risques en cédant sa créance.

---

PJA 2015 p. 1012, 1015

La possibilité pour l'assuré de céder une créance en paiement à son fournisseur de soins n'a donc pas à être remise en cause. Elle n'est cependant pas pratique<sup>25</sup>, car elle requiert pour chaque acte un document écrit et signé ainsi qu'une notification à l'assureur. De cas en cas, la cession pourra être effectuée ou non, ce qui complique le travail administratif de toutes les parties en présence. Une piste peut être de céder, par un seul acte, toutes les créances présentes futures qui découleront du rapport de soin, par le mécanisme de la cession globale de créance. Nous allons maintenant l'examiner.

## B. Cession globale de créances

L'assuré peut céder au fournisseur plusieurs créances, présentes ou futures, par le mécanisme de la cession globale de créances. Grâce à celle-ci, le cédant transfère toutes les créances répondant à un critère déterminé. Les conditions sont les mêmes qu'en cas de cession simple, mais le caractère global de la cession implique des restrictions quant à sa validité, notamment sous l'angle de la protection contre les engagements excessifs de l'art. 27 CC<sup>26</sup>, et nécessite que les créances soient déterminées ou déterminables lors de la conclusion<sup>27</sup>. La cession globale est admise par le Tribunal fédéral en matière d'assurance-maladie<sup>28</sup>, mais nous y voyons deux types de limites.

D'une part, la cession de l'intégralité des créances présentes et futures de l'assuré ne serait pas admise, car elle restreindrait considérablement ses perspectives économiques<sup>29</sup>. Une limitation à toutes les prestations d'assurance sociale que recevrait l'assuré – peu importe leur origine – serait nulle, car elle contreviendrait à l'art. 22 al. 1 LPGA. Seule reste donc possible la cession des créances d'assurance découlant directement des rapports entre le fournisseur et l'assuré. Les diverses restrictions à la cessibilité dessinent donc « en négatif » les contours de la cession globale de créances au fournisseur.

D'autre part, la cession globale de créances doit être limitée dans le temps. En matière commerciale, la marge de manœuvre est élevée, sans qu'une limite ne soit clairement posée en doctrine ou en jurisprudence, les circonstances du cas d'espèce étant déterminantes<sup>30</sup>. Vu les restrictions en matière de cessibilité des créances d'assurance-maladie, on pourrait à première vue songer à un délai maximal relativement court.

Dans la pratique, le changement des tarifs d'assurance-maladie intervient au début de chaque année civile, et les assurés peuvent alors changer de caisse maladie en conformité avec l'art. 7 al. 2 LAMal<sup>31</sup>. Une durée de validité limitée à l'année civile en

---

<sup>24</sup> BSK OR I-Girsberger (n. 12), CO 172 N 2 ; CR CO I-Probst (n. 8), CO 172 N 4 ; Arrêt du Tribunal fédéral, 9C\_320/2010, SJ 2011 I 197, consid. 4.2.

<sup>25</sup> Dans le même sens : Duc (n. 4), n. 3.

<sup>26</sup> BSK OR I-Girsberger (n. 12), CO 164 N 43 ; CR CO I-Probst (n. 8), CO 164 N 41 ; Tercier/Pichonnaz (n. 12), N 1720 ; ATF 113 II 163, consid. 2a ; ATF 135 V 2, consid. 6.1.2.

<sup>27</sup> BSK OR I-Girsberger (n. 12), CO 164 N 41 ; Tercier/Pichonnaz (n. 12), N 1719 ; ATF 113 II 163, consid. 2a, 2b ; ATF 135 V 2, consid. 6.1.2 ; ATF 136 V 381, consid. 5.1.1.

<sup>28</sup> ATF 135 V 2, consid. 6.1 ; ATF 136 V 381, consid. 5.1.1.

<sup>29</sup> BSK OR I-Girsberger (n. 12), CO 164 N 43 ; CR CO I-Probst (n. 8), CO 164 N 42 ; ATF 113 II 163, consid. 2a.

<sup>30</sup> CR CO I-Probst (n. 8), CO 164 N 42.

<sup>31</sup> Voir la FAQ concernant le changement d'assurance-maladie de l'OFSP (consultée le 13 mai 2015) : <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/04114/04125/index.html?lang=fr>





cours peut apparaître *a priori* comme une solution logique. Cependant, quel que soit l'assureur, l'assuré – et par extension le fournisseur auquel la créance aura été cédée – sera indemnisé de la même manière. Le catalogue des prestations est en effet fixé par la loi et n'est pas modifiable par l'accord des parties<sup>32</sup>. Il n'y a donc aucune raison de protéger l'une ou l'autre des parties à la cession. Le fournisseur devra uniquement notifier le nouvel assureur si l'assuré décidait d'en changer. Quant à l'assureur débiteur, son consentement n'est pas requis, et sa situation n'est pas aggravée du fait de la cession globale. Il n'y a donc aucune raison de fixer un délai maximum à cette cession. Si la durée convenue était par hypothèse excessive, la cession ne serait pas nulle dans son entier, mais sa durée serait réduite pour rester dans les limites de l'art. 27 CC<sup>33</sup>.

Dans le champ de cette étude, nous pouvons définir la liste des créances visées par la cession globale comme étant: Toutes les créances ayant pris ou prenant naissance contre un assureur du fait de prestations obtenues chez le fournisseur qui bénéficie de la cession. Cette définition satisfait à la fois aux restrictions posées par les art. 27 CC, 22 al. 1 LPGA et 42 al. 1 LAMal, et respecte le critère de déterminabilité de la cession de créances.

La cession globale doit logiquement prendre fin dès que le rapport avec le fournisseur de prestations se termine. Il ne serait pas souhaitable que ce dernier puisse continuer de se prévaloir de la cession alors que l'assuré n'a plus de lien avec lui. Or, ces rapports de durée sont fragiles. Dans le cas des médecins, par exemple, le mandat peut être résilié en tout temps, en application de l'art. 404 al. 1 CO, pour des raisons tenant à la confiance comme base de toute relation de service de ce type<sup>34</sup>. La définition que nous avons proposée pour la cession globale de créances évite cet écueil. En posant comme principe que

---

PJA 2015 p. 1012, 1016

seules les créances provenant d'un rapport avec un fournisseur de soins déterminé sont cédées, le problème se résout de lui-même.

Nous pouvons donc conclure que la cession à un fournisseur de soins de toutes les créances futures provenant de l'assurance maladie et découlant de la facturation de soins prodigués par ce fournisseur est valable, y compris si elle porte sur plusieurs années.

### III. Tiers payant et reprise de dette

Le tiers payant est la règle en matière hospitalière, et peut être convenue entre fournisseur et assureur pour les autres cas (art. 42 al. 2 LAMal)<sup>35</sup>. Dans ce système, l'assureur paie le fournisseur, puis réclame à l'assuré le remboursement de la part qui lui incombe de payer<sup>36</sup>. Le Tribunal fédéral qualifie le système du tiers payant de reprise de dette<sup>37</sup>. Si cette conception est juste dans son résultat – en ce sens que l'assureur paiera directement le fournisseur, et que l'assuré sera libéré – la qualification du mécanisme à l'œuvre ne nous convainc pas.

La reprise de dette est régie par les art. 175 ss CO. Elle se déroule en deux temps, la reprise interne, puis la reprise externe. Rappelons ici que la dette en question est celle qui découle du rapport de soins entre le fournisseur et l'assuré. Le but est donc que l'assuré soit libéré, et que l'assureur se charge de la dette à sa place, sous réserve de la franchise et de la quote-part.

---

<sup>32</sup> ATF 139 V 509, consid. 4.1.

<sup>33</sup> CR CO I-Probst (n. 8), CO 164 N 67.

<sup>34</sup> Tercier/Favre (n. 4), N 4960, 5429 ; ATF 133 III 360, SJ 2007 I 482, consid. 8.3.

<sup>35</sup> Eugster (n. 4), LAMal 42 N 4 ss ; Frésard-Fellay/Kahil-Wolff/Perrenoud (n. 4), N 399 ; Riemer-Kafka (n. 4), Sozialversicherungsrecht, N 5.23, 5.26 ; Wilhelm (n. 4), N 14.151.

<sup>36</sup> Frésard-Fellay/Kahil-Wolff/Perrenoud (n. 4), N 399 ; Riemer-Kafka (n. 4), Sozialversicherungsrecht, N 5.23 ; Wilhelm (n. 4), N 14.150.

<sup>37</sup> ATF 132 V 18, consid. 5.2.

La reprise de dette interne est réglée à l'art. 175 CO, ce contrat est passé entre le débiteur et le reprenant – dans notre cas l'assuré et le l'assureur. Le reprenant accepte de payer le créancier directement ou de se charger de la dette du débiteur<sup>38</sup>.

Or, cette étape n'a pas lieu dans le cadre de l'assurance-maladie obligatoire, l'assuré n'ayant pas son mot à dire dans l'adoption du tiers payant, hormis lors de la conclusion du contrat avec un assureur proposant cette solution. Ce n'est toutefois qu'un facteur parmi d'autres dans le choix d'un assureur, le premier restant à notre avis le prix. De plus, il n'est pas possible pour l'assuré de choisir quelles dettes il souhaite faire reprendre et lesquelles il paiera lui-même.

L'art. 175 al. 2 CO prévoit que « Le reprenant ne peut être actionné en exécution de cet engagement par le débiteur, aussi longtemps que ce dernier n'a pas accompli envers lui ses obligations dérivant du contrat de reprise de dette. ». Cela illustre le fait que la reprise de dette n'est pas nécessairement un contrat gratuit<sup>39</sup>. Cette disposition, dont l'art. 64a al. 2 aLAMal reprenait le principe, ne peut cependant plus s'appliquer dans le cadre de l'assurance-maladie depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, avec la disparition de la possibilité de suspendre la participation aux coûts de l'assureur en cas de non-paiement des primes<sup>40</sup>.

Dans la seconde phase, la reprise de dette externe, le rapport d'obligations entre le créancier et le débiteur disparaît, tandis que le reprenant devient débiteur (art. 176 CO)<sup>41</sup>. Cette opération nécessite le consentement du créancier, afin d'éviter que ce dernier se retrouve lié à un partenaire inconnu et par hypothèse moins solvable que le débiteur initial<sup>42</sup>. À nouveau, si le consentement du fournisseur créancier est bien requis, il intervient en amont et de manière généralisée, sans distinction possible entre les créances.

On ne peut pas considérer qu'il s'agisse d'une reprise « globale » de dettes, qui serait le pendant de la cession globale examinée plus haut. Les deux ensembles de créances visées par les manifestations de volonté à l'œuvre ne sont ici pas identiques. En général, un fournisseur s'occupera de plusieurs assurés, tandis que ceux-ci obtiendront des soins auprès de plusieurs fournisseurs.

En réalité, dans le système du tiers payant, l'assureur devient directement débiteur du fournisseur, si les conditions d'indemnisation sont remplies. L'assuré n'est pas créancier de l'assureur<sup>43</sup>. Il n'est logiquement pas non plus débiteur du fournisseur. Il n'y a donc pas de place pour un accord entre les parties quant à une reprise de dette.

À l'inverse, si les conditions nécessaires à l'indemnisation ne sont pas remplies, par exemple si l'acte effectué ne rentre pas dans le catalogue des soins, l'assureur ne peut ni ne doit la prendre à sa charge, et la créance de l'assuré n'est simplement jamais née (art. 24 LAMal *a contrario*). Seule existe une créance résultant du contrat

---

PJA 2015 p. 1012, 1017

de soins. Il n'est pas ici question d'une renaissance de l'ancienne créance au sens de l'art. 180 CO.

Ainsi, l'analogie avec la reprise de dette est plus que douteuse. Pour paraphraser la terminologie légale, on se trouve bien dans un système de tiers véritablement « payant » et non de tiers « reprenant », comme semble l'affirmer le Tribunal fédéral. Certes, les parties concluent des contrats entre elles: l'affiliation à l'assurance, le contrat à la base de l'acte de soins ou la convention relative à l'application du tiers payant. Mais la

---

<sup>38</sup> CR CO I-Probst (n. 8), CO 175 N 1 ; Tercier/Pichonnaz (n. 12), N 1780 ss ; BSK OR I-Tschäni (n. 12), CO 175 N 1.

<sup>39</sup> Il peut l'être, mais requiert alors la forme écrite (promesse de donner) : CR CO I-Probst (n. 8), CO 175 N 3, 9 ; BSK OR I-Tschäni (n. 12), CO 175 N 5.

<sup>40</sup> FF 2009 5973. Voir également Eugster (n. 4), LAMal 64a N 5.

<sup>41</sup> CR CO I-Probst (n. 8), CO 176 N 1, 10 ss ; Tercier/Pichonnaz (n. 12), N 1786 ss ; BSK OR I-Tschäni (n. 12), CO 176 N 1.

<sup>42</sup> CR CO I-Probst (n. 8), CO 176 N 3 ; Tercier/Pichonnaz (n. 12), N 1787 ; BSK OR I-Tschäni (n. 12), CO 176 N 5.

<sup>43</sup> Longchamp (n. 4), n. 702.



prétendue reprise de dette n'est véritablement présente dans aucune des manifestations de volonté à l'œuvre.

Nous doutons qu'il soit possible, une fois le tiers payant instauré, de revenir au tiers garant par la voie d'une cession de créances – simple ou globale. La cessibilité de la créance ne serait pas un problème, l'art. 22 al. 1 LPGA ne s'appliquant pas ici, le fournisseur n'étant pas le bénéficiaire de la couverture d'assurance<sup>44</sup>. Mais les parties n'y auraient guère intérêt. Sous réserve de la participation aux coûts restant à la charge de l'assuré, un seul flux financier suffit à éteindre les prétentions en présence. Un dédoublement de ces flux, par exemple en cédant la prétention à l'assuré pour que celui-ci en rétrocède par la suite le montant, n'aurait aucun sens.

## IV. Rapprochement des deux régimes

La distinction entre tiers garant et tiers payant peut-elle être gommée par le recours au droit des obligations? Nous ne le pensons pas, même en recourant systématiquement à la cession globale. Tout au plus, les systèmes seront plus proches. Les résultats « intermédiaires », une fois les opérations de transfert effectuées, mais avant le paiement, ne sont pas véritablement équivalents. En supposant que 10% de la créance reste à la charge de l'assuré:

L'assuré doit dans les deux cas 10%, mais dans le cas d'une cession de créances son créancier est le fournisseur, dans le tiers payant, l'assureur.

Le fournisseur a deux créances dans le premier cas (90% envers l'assureur, 10% envers l'assuré), tandis qu'il n'en a qu'une (pour 100% du montant) envers l'assureur dans le second cas.

L'assureur est débiteur de 90% du montant dans le premier cas, alors qu'il est débiteur de 100% du montant dans le second, mais créancier pour 10% envers l'assuré.

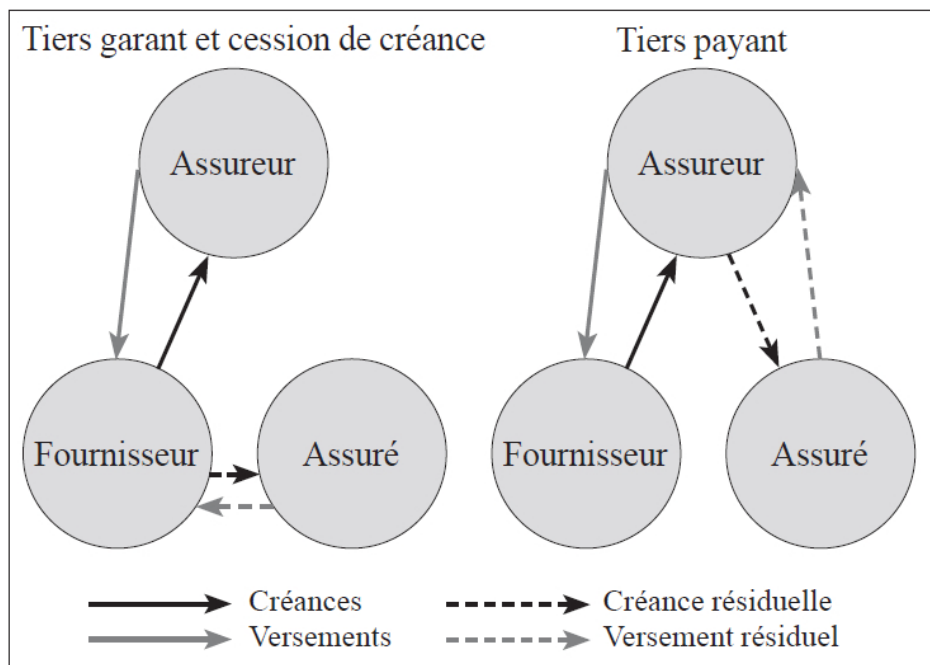


Fig. 3 – Comparaison des deux régimes

Une fois tous les montants payés, le résultat est le même, comme le veut la loi. En revanche, un défaut de paiement de l'une ou l'autre partie (selon toute vraisemblance, de l'assuré), impacte différemment la situation financière des uns et des autres. On voit donc que ces systèmes ne règlent pas seulement des modalités de paiement, mais

<sup>44</sup> Longchamp (n. 4), n. 702.



consistent également en une allocation du risque d'insolvabilité<sup>45</sup>. L'art. 64a al. 4 LAMal tempère toutefois ce risque en prévoyant que le canton prend en charge 85% du montant en souffrance, mais seuls les assureurs peuvent bénéficier de cette disposition.

Une équivalence n'est envisageable que dans la mesure où aucune participation aux coûts n'est requise de l'assuré, car il aurait par hypothèse déjà épuisé le montant de la franchise et la quote-part. Dans les deux cas, le fournisseur pourrait faire valoir l'intégralité de sa créance vis-à-vis de l'assureur.

Un passage du tiers garant au tiers payant par une reprise de dette est possible, mais nécessite l'accord des trois parties, là où la cession ne requiert que celui du fournisseur et de l'assuré. Quant au passage du tiers payant au tiers garant par une cession de créance, nous avons vu qu'il ne se justifie pas. Mais que le passage du tiers garant à un quasi tiers payant soit possible, voire souhaité par les parties – alors que l'opération inverse n'a guère de sens – ne signifie pas que le tiers payant soit systématiquement préférable.

Les deux créances en présence ont des fondements et des conditions de validité différents. Un acte de soins qui ne rentrerait par hypothèse pas dans le catalogue des art. 24 ss LAMal donnerait naissance à une créance

---

PJA 2015 p. 1012, 1018

valable au plan contractuel, mais l'assuré n'aurait aucun droit à en obtenir le remboursement. Cette situation met en lumière les différences entre les deux régimes.

Dans le système du tiers garant, l'assuré paie pour l'acte effectué par le fournisseur, mais ne peut être remboursé. S'il y a conflit à ce sujet, il est localisé entre l'assuré et l'assureur. Le rapport contractuel n'est pas litigieux et le paiement au fournisseur n'a pas à être remis en cause.

Si le tiers payant était généralisé, le patient refuserait de payer en se réfugiant derrière la qualification de tiers payant, tandis que l'assureur ferait valoir qu'il n'a pas à rembourser la prestation en cause. Le fournisseur se trouve alors piégé. Il devrait déterminer lequel est effectivement son débiteur, alors que cette question dépend du rapport entre assureur et assuré, auquel il n'est pas partie et dont l'issue n'affecte pas la réalité de son droit à une rémunération.

Il est certes louable de vouloir favoriser l'assuré en le déchargeant du paiement direct des prestations. Il ne faut toutefois pas perdre de vue que l'assuré choisit ses deux partenaires, ce qui n'est le cas ni du fournisseur ni de l'assureur. Ceux-ci ont des intérêts qui sont généralement opposés, mais doivent travailler ensemble (notamment via l'obligation de contracter<sup>46</sup>) pour garantir le bon fonctionnement du système de soins en Suisse. L'assuré mécontent de l'un de ses partenaires peut en changer, mais le nombre plus limité de fournisseurs et d'assureurs font que ceux-ci se rencontreront nécessairement.

## V. Conclusion

Tiers garant et tiers payant coexistent au sein du même article de la Loi sur l'assurance-maladie, voulant responsabiliser l'assuré<sup>47</sup>, tout en s'assurant que les frais trop importants pour être assumés directement soient directement mis à la charge de l'assureur<sup>48</sup>. La question est moins de savoir qui paiera – car l'assureur et l'assuré finissent toujours par payer leur dû – que le *moment* du paiement de chacun.

Le droit des obligations peut aider les parties à moduler leurs rapports, mais sans parvenir à unifier les deux régimes. Il offre toutefois des pistes de réflexion afin de tenter de fusionner les deux régimes, plutôt que de les placer en opposition.

---

<sup>45</sup> Wilhelm (n. 4), N 14.151.

<sup>46</sup> À ce sujet, voir Duc (n. 4), 44 ss.

<sup>47</sup> FF 1992 I 77, 152. Critique : Duc (n. 4), 37.

<sup>48</sup> Greber/Kahil-Wolff (n. 4), N 343 ; Longchamp (n. 4), 257.



Pour les prestations qui peuvent à l'heure actuelle faire l'objet d'un choix entre tiers garant et tiers payant – fourniture de soins autre qu'un traitement hospitalier – il est à notre avis possible de recourir à la solidarité au sens des art. 143 ss CO, où assuré et assureur seraient codébiteurs du fournisseur, et régleraient par la suite les questions relatives au montant dû par chacun, dans le cadre des rapports internes<sup>49</sup>.

Cette solution offre quatre avantages. Premièrement, elle conserve la responsabilité de l'assuré, qui reste débiteur de son fournisseur, comme dans le tiers garant. Deuxièmement, elle laisse une marge de manœuvre et de négociation à l'assuré qui ne peut pas payer dans l'immédiat le fournisseur, comme par le biais d'une cession globale. Troisièmement, le risque pour le fournisseur de n'être pas rémunéré – alors même que l'assureur aurait indemnisé l'assuré – disparaît, comme en matière de tiers payant. Quatrièmement, le risque lié à un litige est assumé par les parties au rapport d'assurance, dans le cadre des rapports internes.

Enfin, le pont est fait entre droit des assurances sociales et droit des obligations par ce seul mot: solidarité.

---

<sup>49</sup> Tercier/Pichonnaz (n. 12), N 1615 ss.