

Migration et dépendances - une approche multidimensionnelle
Journée nationale, Bienne, 4 juin 2009

L'accès aux prestations de soin : questions juridiques

Attiya Sheikh, avocate, advokatur kanonengasse, Zürich

Chères participantes, chers participants,

Selon l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale, l'*égalité de traitement* entre ressortissant-e-s suisses et étranger/ère-s s'applique également aux assurances sociales. Une exception n'est possible en la matière que lorsque la nationalité représente un critère objectif de différenciation.

Et pourtant: Loi sur l'asile – Loi sur les étrangers – Accord sur la libre circulation des personnes – Loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse: il ne fait aucun doute que vous avez déjà entendu parler de toutes ces bases légales. Pour l'essentiel, ces textes de loi mettent simultanément en évidence la complexité des multiples dispositions juridiques s'appliquant, en Suisse, aux migrants et aux migrantes.

De fait, c'est une tâche presque insurmontable que d'établir, en se basant uniquement sur le statut de séjour, une corrélation directe entre les diverses branches des assurances sociales – au nombre de 9 – et les statuts de séjour les plus courants: N pour requérants d'asile, F pour admis à titre provisoire, B pour les personnes au bénéfice d'une autorisation de séjour et C pour celles bénéficiant d'un permis d'établissement. La constellation des cas est en effet par trop multiple et variée.

Aussi vaut-il beaucoup mieux commencer par un simple schéma d'examen, le statut de séjour n'étant au fond pas décisif en soi.

DROIT APPLICABLE

- **La personne étrangère est-elle ressortissante d'un Etat avec lequel la Suisse a signé une convention ?**
- **La personne étrangère est-elle ressortissante d'un Etat signataire de l'ALC P ou de l'AELE?**
- **La personne étrangère est-elle un-e réfugié-e?**
- **La personne étrangère est-elle sans papiers ?**
- **La personne étrangère est-elle apatride ?**

Aussi banal que cela puisse paraître, voilà lors de l'examen d'un cas de droit des assurances sociales lié au droit migratoire la question centrale qui se pose:

- La personne possède-t-elle une nationalité ou non ?
- Et si oui, laquelle ?

Ne disposent, selon les cas, d'aucune nationalité les personnes dites sans-papiers ainsi que les apatrides.

Pourquoi est-ce important ? C'est qu'en présence de ressortissants étrangers il faut toujours d'abord vérifier s'il existe un accord – ou "convention" – sur la sécurité sociale avec leur pays d'origine. Entre en suite en ligne de compte, successivement, les lois fédérales et ordonnances y relatives, les circulaires, les directives ainsi que les sources cantonales voire communales du droit.

Comme indiqué dans le Manuel d'Infodrog, le statut de séjour (p.ex. autorisation de séjour B ou permis d'établissement C) ne permet pas de régler la question du droit à des prestations ou de lui apporter des réponses générales.

C'est ainsi qu'en matière de sécurité sociale, les dispositions applicables à une ressortissante italienne, bosniaque ou indienne au bénéfice du même type d'autorisation de séjour pourront ne pas être les mêmes selon les conventions passées avec leur pays. Peuvent par ailleurs également servir de fondement juridique le lieu de domicile ou l'exercice d'une activité lucrative.

La *nationalité* et une éventuelle *convention* constituent toutefois les critères de base utilisés au moment d'établir un droit à des prestations de sécurité sociale.

ALCP

SR 0.142.112.681

Accord entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes.

Conclu le 21 juin 1999.

Approuvé par l'Assemblée fédérale le 8 octobre 1999.¹

Instrument de ratification suisse déposé le 16 octobre 2000

Entré en vigueur le 1er juin 2002.

(Etat le 1er juin 2009)

La Confédération suisse,

d'une part,

et

la Communauté européenne, le Royaume de Belgique, la République de Bulgarie, la République tchèque, le Royaume de Danemark, la République fédérale d'Allemagne, la République d'Estonie, la République hellénique, le Royaume d'Espagne, la République française, l'Irlande, la République italienne, la République de Chypre, la République de Lettonie, la République de Lituanie, le Grand-Duché de Luxembourg, la République de Hongrie, la République de Malte, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République de Pologne, la République portugaise, la Roumanie, la République de Slovénie, la République slovaque, la République de Finlande, le Royaume de Suède et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord,

d'autre part,

ci-après dénommés les parties contractantes,

convaincus que la liberté des personnes de circuler sur les territoires des parties contractantes

constitue un élément important pour le développement harmonieux de leurs relations,

décidés à réaliser la libre circulation des personnes entre eux en s'appuyant sur les dispositions en

application dans la Communauté européenne,

sont convenus de conclure l'accord suivant.

Je vais maintenant m'intéresser à l'Accord sur la libre circulation des personnes, ou ALCP, la plus importante des conventions actuellement en vigueur dans ce domaine.

Les citoyens et citoyennes de l'espace UE (Union européenne) vont certainement non seulement marquer d'une empreinte décisive le paysage de la migration, mais aussi le profil de cette clientèle, que ce soit dans le domaine thérapeutique, du conseil ou du barreau. En effet, plus de la moitié de la population résidente non suisse bénéficie, aujourd'hui déjà, de l'ALCP. Les ressortissants ne faisant pas partie de l'espace UE sont appelés, quant à eux, ressortissants d'Etats tiers. C'est notamment à eux que s'applique la Loi sur les étrangers, qui ne leur accorde aucun des privilèges prévus par l'ALCP. En vigueur depuis le 1^{er} juin 2002 et constituant un *droit directement applicable*, l'ALCP règle – du point de vue suisse – le statut juridique des ressortissants des Etats membres de l'UE, en particulier l'entrée et le séjour en Suisse de personnes ayant ou non une activité lucrative.

L'objectif de cet accord est de garantir que seront réciproquement accordées aux ressortissants des Etats membres de l'UE et de la Suisse *les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles accordées aux nationaux* (art. 1, lit. d ALCP).

L'un des principes essentiels en est la *non-discrimination* des ressortissants d'une partie contractante (art. 2). Le *devoir de coordination* des systèmes nationaux de sécurité sociale permet ainsi de garantir la libre circulation dans l'espace européen.

L'art 8 ALCP stipule que cette coordination doit notamment régler l'égalité de traitement, la détermination de la législation applicable et le paiement des prestations. Ce devoir de coordination n'équivaut toutefois pas à un devoir d'harmonisation. Dans la mesure où l'ALCP ne parvient pas à modifier cet état de fait, ce sont les accords bilatéraux sur la sécurité sociale déjà existants qui entrent en ligne de compte. Il faut donc toujours vérifier si un tel accord peut être appliqué, que ce soit du point de vue de la personne, de l'objet ou du temps.

L'accord sur la libre circulation des personnes (ALCP) montre bien à quel point une convention internationale peut influencer, voire privilégier le statut juridique de ressortissants étrangers en matière de sécurité sociale.

Comme indiqué plus haut, le principe fixé par l'ALCP est l'interdiction de toute discrimination, soit l'égalité de traitement avec les ressortissants nationaux.

DEPENDANCE ET MIGRATION

Lors des World-Cafés de cet après-midi, je ne m'intéresserai toutefois pas à un cas bénéficiant d'une soi-disant situation privilégiée en matière de droit de la migration et de la sécurité sociale, mais à celui d'un des plus faibles maillons de la chaîne.

L'affaire en question concerne un exemple concret vécu dans notre chancellerie: il s'agit d'une requérante d'asile iranienne qui fut contrainte dans son pays d'origine à la prostitution par son époux, devint toxicomane et que menaçait une expulsion de Suisse.

Cette expulsion fit qu'on examina la question du caractère raisonnable d'un renvoi en Iran et qu'on se demanda en particulier si on y disposait d'un programme adéquat de thérapie, soit en l'occurrence un traitement de substitution à la méthadone.

Il va de soi que je ferai bien volontiers parvenir l'arrêt en question aux personnes présentes qui ne prendront pas part aux World-Cafés et qui trouveront mes coordonnées sur la Homepage suivante : <http://www.kanonengasse.ch/>.

Dans toutes les branches du droit des assurances sociales – assurance-vieillesse et survivants (AVS), assurance-invalidité (AI), prestations complémentaires (PC), assurance-maladie (LAMal), assurance-chômage (LACI), assurance-accidents (LAA), prévoyance professionnelle (LPC), allocations familiales et pour enfants ainsi qu'allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité – il faut examiner leur applicabilité respective à raison de la personne, de la matière et du temps à l'aide des critères de rattachements suivants :

QUESTIONS RELATIVES AUX COTISATIONS

- **Y a-t-il véritablement sinistre ?**
- **La personne concernée a-t-elle qualité d'assuré ?**
- **Y a-t-il une convention internationale à respecter ?**
- **Toutes les assurances sociales ont-elles été prises recensées ?**

Dans le cadre de l'assujettissement à une assurance, il faut toujours se demander quel est le droit applicable;

puis si une personne est soumise à une branche du droit des assurances sociales en vertu de son domicile ou d'une activité lucrative;

et si des cotisations doivent être versées au titre de personnes exerçant ou non une activité lucrative. Il convient également d'examiner s'il y a obligation de cotiser ou choix de la cotisation et si la cotisation a été versée durant la période minimale exigée;

puis, si s'applique le principe dit de la soumission à la législation du lieu de travail ou celui du pays dans lequel le travail s'effectue.

Il faut de plus déterminer l'objet de la cotisation et si une rétrocession des cotisations pourrait être réclamée en cas de départ de la Suisse.

Enfin, il faut toujours vérifier s'il y a tout simplement sinistre et qualité d'assuré, s'il existe une convention internationale et si toutes les assurances sociales concernées y sont incluses.

ASSURANCE-MALADIE ET DEPENDANCE

L'adhésion à l'assurance des soins étant obligatoire, *toutes les personnes domiciliées en Suisse* en sont en principe bénéficiaires. Il y a donc *obligation de s'assurer*.

L'obligation de s'assurer doit garantir la *solidarité* dans l'assurance sociale. L'adhésion doit intervenir dans les 3 mois qui suivent la prise de domicile ou la naissance en Suisse.

S'affilier à une assurance-maladie est la condition première pour bénéficier de l'obligation faite à l'assureur de fournir des prestations dépend de l'affiliation, le remboursement des prestations n'intervenant qu'une fois l'affiliation effective. Il va de soi que cela pose régulièrement des problèmes aux sans-papiers qui, du fait de leur situation irrégulière, n'osent pas s'affilier bien qu'ils en aient aussi le droit.

Les prestations peuvent de surcroît être refusées à tous les assurés qui ne s'acquittent pas de leurs obligations en termes de cotisations ou de primes, ce qui entraîne de fait une suspension de la couverture au sens du droit assurances.

Il est par ailleurs déterminant, pour que des prestations soient versées, que les fournisseurs de prestations (médecins, pharmaciens, chiropraticiens, sages-femmes, laboratoires, établissements médico-sociaux ou de cure balnéaire, etc.) soient admis.

Encore faut-il, pour que des prestations soient remboursées, qu'elles soient de surcroît *efficaces, appropriées et économiques*. En cas de doute, la prudence s'impose et la prise en charge des coûts doit être préalablement confirmée par écrit par la caisse-maladie.

Sous réserve de dispositions dérogatoires de la législation sur l'asile, la Loi fédérale sur l'assurance-maladie notamment s'applique aussi aux *requérants d'asile*. Peuvent cependant être limités en vertu de l'art. 82a de la Loi sur l'asile tant le choix de l'assureur-maladie que celui du fournisseur de prestations.

L'„Arrêté fédéral concernant le statut des *réfugiés* et des *apatrides* dans l'assurance-vieillesse et survivants et dans l'assurance-invalidité“ règle l'assimilation de principe des réfugiés et apatrides aux ressortissants suisse dans le domaine de l'aide sociale et des prestations relevant du droit des assurances sociales. A noter que par réfugiés – contrairement aux requérants d'asile – il faut entendre les personnes reconnues comme telles et ayant obtenu l'asile en Suisse.

Le critère de rattachement à telle ou telle assurance reste toutefois l'affiliation et le paiement des primes – fondés sur la simple domiciliation en Suisse – et non la nationalité.

Il convient toutefois d'observer qu'avec l'entrée en vigueur de l'ALCP c'est le *pays où l'activité salariée est exercée* et non le domicile qui est déterminant pour les ressortissants des Etats concernés. Il en va de même du système d'assurance des familles: autrement dit, les membres de la famille n'ayant pas d'activité lucrative sont assurés là où est assuré le membre ayant une telle activité. A noter que les frontaliers des pays limitrophes de la Suisse disposent du *droit de choisir* leur assureur.

Je maintiens donc que toutes les personnes domiciliées en Suisse ont fondamentalement droit, en vertu de l'obligation de s'assurer, au remboursement des prestations de soins maladie.

Voyons maintenant ce qu'il en est du remboursement, en vertu du droit de l'assurance-maladie, de prestations en cas de dépendance, et en particulier de toxicomanie.

Une dépendance ne représente une maladie, au sens du droit des assurances sociales, que si les causes et conséquences des dépendances sont imputables à une maladie, ou en causent une, et qu'un traitement médical est nécessaire. La difficulté est à cet égard d'établir si l'on se trouve en présence d'une dépendance nécessitant traitement et à quelles conditions en résulte un devoir de prestations de la part de l'assureur-maladie.

En outre, le droit des assurances sociales permet de procéder à des réductions voire à des refus de prestations si un assuré ne se conforme pas à l'obligation qui lui faite de par la loi de réduire les dommages.

Nonobstant, la mise à contribution de l'assurance-maladie ne peut être refusée, en cas de toxicomanie, en se référant au devoir de réduction des dommages de l'assuré. Et ce même si l'on peut dire que celui-ci a, sinon intentionnellement, du moins éventuellement intentionnellement provoqué une dépendance ou une maladie.

"Eventuellement intentionnellement" signifie que l'on ne souhaite pas forcément la survenue d'un événement mais que l'on accepte, cas échéant, l'éventualité de le provoquer.

Le chiffre 8 de l'annexe 1 de l'Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins OPAS fixe l'étendue des prestations à charge de l'assurance obligatoire des soins en cas de toxicomanie ayant caractère de maladie.

La jurisprudence fédérale (ATF 116 V 107 E. 7b – Question de la prise en charge d'un traitement à long terme à la méthadone chez des héroïnomanes) a pour effet qu'un refus de prestations pour cause de faute de l'assuré est pratiquement exclu en cas de toxicomanie.

L'hypothèse à la base de cet arrêté et de cette pratique est que l'échec d'un sevrage ne saurait être imputé, chez les toxicomanes, à l'absence de bonne volonté, mais à la dépendance elle-même.

L'assurance-maladie constitue un exemple adéquat pour montrer que les migrants et les migrantes ne doivent pas nécessairement se voir plus mal loti-e-s que les Suisses et les Suissesses en ce qui concerne le recours aux prestations relevant du droit des assurances sociales.

Ce qui pose plutôt problème – et ce à l'ensemble des assurés – c'est l'interprétation des concepts d'efficacité, d'adéquation et d'économicité d'une prestation ainsi que, de manière générale, le sens à donner au devoir de réduction des dommages, ainsi que le recours effectif à des prestations de la part de sans-papiers ou encore de requérants d'asile déboutés ou de NEM¹ qui ne se sont pas encore annoncés auprès d'une assurance-maladie et qui, conséquemment, ne bénéficient dans le pire des cas que des prestations de l'aide d'urgence.

J'ose cependant espérer que des progrès pourront être réalisés, à l'avenir, dans ces domaines.

Je vous remercie de votre attention.

¹ NEM: personnes faisant l'objet d'une décision de non entrée en matière sur leur demande d'asile