

Date de dépôt: 29 mai 2002

Messagerie

Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur la validité et la prise en considération de l'initiative populaire 119 "pour une caisse d'assurance maladie publique à but social et la défense du service public"

- | | |
|---|--------------------------|
| 1. Arrêté du Conseil d'Etat constatant l'aboutissement de l'initiative, publié dans la Feuille d'avis officielle le | 13 mars 2002 |
| 2. Débat de préconsultation sur la base du rapport du Conseil d'Etat au sujet de la validité et de la prise en considération de l'initiative, au plus tard le | 13 juin 2002 |
| 3. Décision du Grand Conseil au sujet de la validité de l'initiative sur la base du rapport de la commission législative, au plus tard le | 13 décembre 2002 |
| 4. Sur la base du rapport de la commission désignée à cette fin, décision du Grand Conseil sur la prise en considération de l'initiative et sur l'opposition éventuelle d'un contreprojet, au plus tard le | 13 septembre 2003 |
| 5. En cas d'opposition d'un contreprojet, adoption par le Grand Conseil du contreprojet, au plus tard le | 13 septembre 2004 |

Mesdames et
Messieurs les députés,

Le Conseil d'Etat a constaté l'aboutissement de cette initiative par un arrêté du 6 mars 2002, publié dans la Feuille d'avis officielle du 13 mars 2002. De cette date courent une série de délais successifs qui définissent les étapes de la procédure en vue d'assurer le bon exercice des droits populaires.

Le premier de ces délais a trait au débat de préconsultation, qui doit intervenir dans un délai de trois mois suivant la constatation de l'aboutissement de l'initiative, conformément à l'article 119A de la loi portant règlement du Grand Conseil (B 1 01). En l'espèce, ce délai arrive à échéance le 13 juin 2002. Le Grand Conseil devra donc traiter cet objet lors de sa session des 13 et 14 juin 2002. C'est en vue de ce débat que le Conseil d'Etat vous soumet le présent rapport.

I. Examen de la recevabilité formelle de l'initiative

1.1. Unité de la matière

Le principe de l'unité de la matière, garanti par le droit constitutionnel fédéral, implique que des objets différents, qui ne sont pas réunis entre eux par un lien réel et objectif, ne doivent pas faire l'objet d'une question unique à soumettre au peuple. Ce principe a trouvé une concrétisation explicite dans la Constitution genevoise (article 66).

Lorsqu'une initiative populaire tend à la révision de la constitution cantonale et qu'elle est formulée, comme en l'espèce, le principe de l'unité de la matière revêt le sens le plus contraignant¹. Ce principe exige, dans sa formulation générale, que la loi en question règle une matière déterminée et que les différentes propositions établies dans ce but aient un certain lien matériel entre elles², un rapport de connexité.

Le respect de ce principe postule en substance que l'on présente au suffrage du corps électoral une question unique à laquelle il peut être répondu par un seul "oui" ou par "non".

L'initiative 119 propose d'une part la création d'une caisse-maladie, sous la forme d'un établissement cantonal de droit public, ayant notamment pour objectif d'offrir aux habitants du canton et aux personnes qui y travaillent

¹ ATF 123 I 63, p. 71.

² ATF 113 Ia 53.

une couverture d'assurance-maladie et accidents à des prix inférieurs à ceux pratiqués par les autres caisses-maladie admises dans le canton de Genève, ainsi que de garantir le remboursement des prestations directement par la caisse aux fournisseurs de prestations (principe du tiers payant).

D'autre part, l'initiative propose d'introduire dans la Constitution cantonale une nouvelle disposition destinée à assurer la sauvegarde des services publics, disposition qui a pour objectif de soumettre à l'approbation du Grand Conseil d'abord et au référendum obligatoire ensuite toute privatisation, transfert ou sous-traitance d'une activité relevant de l'Etat ou d'une institution de droit public à une entreprise ou institution de droit privé. Si le but affiché de ce second volet est de garantir que la caisse cantonale d'assurance-maladie ne puisse pas être privatisée sans qu'une loi, soumise au référendum obligatoire, n'ait été adoptée par le Grand Conseil, l'article 170D de l'initiative concerne en réalité l'ensemble des activités de l'Etat.

L'initiative 119 vise ainsi deux buts distincts. Son intitulé ne permet d'ailleurs pas d'en douter. Or les deux volets de l'initiative n'ont à l'évidence pas un rapport de connexité étroit entre eux. Il apparaît donc impossible de demander aux électeurs de répondre, par un seul "oui" ou par "non", aux deux modifications proposées de la Constitution. On peut en effet très bien concevoir qu'un citoyen puisse raisonnablement appuyer l'une des propositions, sans toutefois accepter l'autre, et vice versa.

Il est vrai que, dans les explications figurant sur la feuille de signatures, les initiants font valoir que le deuxième volet, à savoir l'institution du référendum obligatoire pour toute privatisation des activités relevant de l'Etat, viserait à assurer la pérennité de la caisse cantonale qui fait l'objet du premier volet, ce qui prouverait l'existence du lien de connexité entre les deux. Cet argument n'est toutefois pas relevant. Dans la mesure où le principe d'une caisse cantonale d'assurance-maladie serait consacré dans la Constitution cantonale, l'abandon de ce principe exigerait de toute façon une révision constitutionnelle, conformément à l'article 179 de la Constitution cantonale, soit un référendum obligatoire. Le second volet ne fait donc que confirmer ce que garantit, pour la caisse cantonale, le premier.

Il est au demeurant significatif que l'exposé des motifs qui figure sur la feuille de signatures ne contient aucune explication de son second volet, alors même que celui-ci pose une règle qui, d'un point de vue à la fois matériel et formel, est bien plus importante que celle figurant dans le premier volet.

Le principe de l'unité de la matière n'est pas seulement violé du fait que l'initiative réunit en une seule question posée au peuple deux propositions qui n'ont pas entre elles de rapport de connexité matérielle. Il l'est également sous son aspect négatif, dans la mesure où il faut admettre que la réunion de ses deux volets en un seul texte a facilité la récolte des signatures en captant les voix de tous ceux – et ils sont nombreux – qui souffrent de l'augmentation constante des primes d'assurance-maladie et de tous ceux qui sont opposés à toute privatisation de tâches publiques.

L'initiative 119 ne satisfait dès lors pas au principe de l'unité de la matière.

1.2. Unité de la forme

Les articles 65, 65A et 65B de la Constitution genevoise distinguent, d'une part, l'initiative non formulée, et, d'autre part, l'initiative constitutionnelle ou législative rédigée de toutes pièces. En vertu de l'article 66, alinéa 1, de la Constitution, le Grand Conseil déclare nulle l'initiative qui ne respecte pas l'unité de la forme ou du genre. Les initiants doivent choisir la voie de l'initiative non formulée ou de l'initiative rédigée de toutes pièces, mais ne peuvent mélanger ces deux types d'initiatives.

En l'espèce, chacun des deux volets de l'initiative, tels que dégagés précédemment, se présente comme une initiative constitutionnelle formulée et rédigée comme telle. L'IN 119 respecte ainsi le principe de l'unité de la forme.

1.3. Unité du genre

Le principe de l'unité du genre (article 66, alinéa 1, de la Constitution genevoise) exige que l'initiative soit de rang législatif ou de rang constitutionnel, sans mélanger ces deux niveaux.

Dans le présent cas, l'unité du genre est respectée, puisque chacun des deux volets de l'initiative est conçu exclusivement comme une modification constitutionnelle.

II. Nécessité de scinder l'initiative

Lorsqu'une initiative ne respecte pas l'unité de la matière, le Grand Conseil doit, chaque fois que cela est possible, scinder l'initiative ou la déclarer partiellement nulle, selon que ces différentes parties sont elles-mêmes valides ou non (article 66, alinéa 2, de la Constitution genevoise).

En application de cette disposition constitutionnelle, le Grand Conseil doit scinder l'initiative 119 en deux volets. Il va de soi que, dans une situation de scission, chacune des parties doit être valide pour pouvoir être soumise au peuple, et, en outre, chacune doit avoir suffisamment de substance pour que l'on doive considérer qu'elle aurait été signée pour elle-même par les partisans de l'initiative, sans quoi on peut également considérer que le principe de l'unité de la matière ainsi que celui de la bonne foi sont violés.

Dans la suite de ce rapport, les deux volets de l'initiative, l'un traitant de la création d'une caisse cantonale d'assurance-maladie et l'autre de la sauvegarde des services publics, seront examinés de façon séparée.

III. Le volet de l'initiative relatif à la création d'une caisse d'assurance-maladie publique (article 170C nouveau)

III.1. Recevabilité matérielle

Selon l'exigence dite de recevabilité matérielle, une initiative cantonale doit avoir un contenu conforme au droit supérieur. Elle doit donc concerner un domaine dans lequel le canton jouit d'une compétence, soit propre soit déléguée, pour légiférer et qu'aucune de ses dispositions ne soit contraire au droit fédéral supérieur, tant au niveau des objectifs que des moyens.

Si les cantons sont compétents en matière de santé publique, il appartient en revanche à la Confédération de légiférer sur l'assurance-maladie (article 117, alinéa 1, Cst. féd.). La Confédération est d'ailleurs habilitée à déclarer l'assurance-maladie obligatoire, de manière générale ou pour certaines catégories de personnes (article 117, alinéa 2, Cst. féd.). Il s'agit d'une compétence non limitée aux principes qui permet au législateur fédéral d'épuiser la matière et d'adopter une réglementation exhaustive et complète dans le but d'unifier certaines branches du droit³.

La Confédération a fait usage de sa compétence et a adopté la loi fédérale sur l'assurance-maladie, du 18 mars 1994 (LAMal), qui institue l'assurance obligatoire des soins.

La création d'une caisse-maladie publique intervient ainsi dans un domaine qui est du ressort de la Confédération. En tant qu'organe d'exécution de la LAMal, la caisse-maladie cantonale devra obtenir la reconnaissance des autorités fédérales, qui est une condition de l'existence même d'une caisse-maladie au sens de la LAMal (articles 11 et 12 LAMal).

³ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Vol. I, Berne 2000, No 969.

Les dispositions la concernant doivent donc s'inscrire dans le cadre de cette loi fédérale et être en parfaite conformité avec celle-ci, sous peine de violer le principe de la primauté du droit fédéral.

Or, le texte de l'initiative 119 pose justement plusieurs problèmes de conformité à la LAMal :

a) article 170C, alinéa 1 et alinéa 3

Les alinéas 1 et 3 de l'article 170C proposé étendent le champ d'activité territorial de la caisse-maladie publique cantonale non seulement aux personnes qui sont domiciliées à Genève, mais également à celles qui ont leur domicile dans un autre canton, tout en exerçant dans le premier une activité lucrative ou y payant leurs impôts⁴.

L'article 3, alinéa 1, LAMal détermine de façon exhaustive le cercle des personnes qui sont tenues de s'assurer pour les soins en cas de maladie. Cette disposition prévoit comme principal critère de rattachement le lieu de domicile au sens des articles 23 et suivants du code civil suisse. Le droit cantonal ne peut pas y déroger en prévoyant d'autres critères de rattachement⁵.

Certes, à la suite de l'entrée en vigueur des accords bilatéraux, les personnes qui résideront dans un Etat membre de la Communauté européenne seront tenues de s'assurer en Suisse lorsqu'elles y exerceront une activité lucrative. Le critère du lieu du travail sera donc applicable de par le droit international et fédéral (article 6a LAMal), mais il ne concernera que les personnes visées par les accords et ne s'appliquera pas aux personnes domiciliées en Suisse. Ainsi, une personne domiciliée dans le canton de Vaud ou de Neuchâtel et qui travaille à Genève ne pourra pas s'affilier auprès de la caisse-maladie cantonale pratiquant dans le canton de Genève, faute de domicile dans le rayon d'activité territoriale de cette caisse-maladie (article 4, alinéa 2, LAMal).

⁴ Pour les questions de territorialité, voir également la position de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) (conformité au droit supérieur) (cf. annexe 1).

⁵ L'article 3 alinéa 3 LAMal autorise néanmoins le Conseil fédéral à étendre l'obligation de s'assurer à des personnes qui n'ont pas de domicile en Suisse ou y séjournent de façon prolongée, ou qui sont occupées à l'étranger par une entreprise ayant un siège en Suisse. Le Conseil fédéral a fait usage de cette compétence en permettant aux travailleurs frontaliers et aux membres de leur famille qui n'exercent pas d'activité lucrative, à se soumettre, sur requête, à l'assurance suisse (article 3 OAMal). Il a également prévu des dispositions pour les travailleurs détachés d'un employeur dont le domicile ou le siège se trouve en Suisse (article 4 OAMal). Ces dispositions s'appliqueront d'office à la caisse cantonale.

En conclusion, la disposition de l'initiative qui prévoit que la caisse cantonale est également ouverte aux personnes domiciliées hors canton, mais qui y exercent une activité lucrative ou y paient leurs impôts déroge aux articles 3 et 4 LAMal et à leurs dispositions d'application et doit donc être déclarée nulle⁶.

b) article 170C, alinéa 2

L'initiative 119 dispose que la caisse cantonale d'assurance-maladie offre « l'assurance-maladie et accidents de base et l'assurance individuelle d'indemnités perte de gain, conformément aux dispositions du droit fédéral, sous forme d'assurance individuelle ou collective ».

La formulation de cet alinéa n'est pas heureuse dans la mesure où la terminologie employée par les initiants ne correspond pas à celle utilisée par le législateur fédéral. L'article 1 LAMal emploie les termes « assurance obligatoire des soins » et « assurance facultative d'indemnités journalières » en lieu et place d'assurance-maladie et accidents de base et d'assurance individuelle d'indemnités perte de gain⁷.

En matière d'assurance obligatoire des soins, la LAMal impose le système de la prime unique, qui exige que tous les assurés d'un même assureur paient la même prime (article 61, alinéa 1, LAMal). L'introduction de ce système a conduit à la suppression de l'assurance-maladie collective. En effet, dans l'assurance de base, le contrat collectif n'a plus de sens puisqu'il n'y a plus de marge de manœuvre dans la définition des prestations et dans le calcul des primes en fonction des groupes de risques⁸.

En définitive, dans la LAMal, les contrats collectifs permettant des variations au niveau du calcul des primes ne sont admis que pour l'assurance facultative d'indemnités journalières (article 77 LAMal).

Ainsi, l'article 170C, alinéa 2, de l'initiative ne peut être conforme à la LAMal que pour les dispositions qui concernent l'assurance individuelle d'indemnités perte de gain. Le cas échéant, il devra être interprété ainsi.

⁶ Le terme «aux personnes qui y travaillent» de l'article 170C, alinéa 1, de l'IN 119 doit être supprimé et l'alinéa 3 entièrement annulé.

⁷ Pour ces questions de terminologies, voir également la position de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) (conformité au droit supérieur) (cf. annexe 1).

⁸ Alfred MAURER, *Das neue Krankenversicherungsrecht*, Bâle 1996, page 109, note 263.

c) article 170C, alinéa 4

L'initiative 119 prévoit que la caisse cantonale d'assurance-maladie pratique des primes qui sont au moins 10 % inférieures à la moyenne cantonale des primes. Toute augmentation des primes doit en outre être soumise à l'approbation du Conseil d'Etat.

Cet article est contraire à la LAMal et doit être déclaré nul, car celle-ci exige que le montant des primes soit fixé en fonction des coûts. En effet, chaque assureur fixe les primes pour couvrir ses dépenses (prestations aux assurés et frais administratifs), étant souligné que la LAMal exige que les assureurs soient en tout temps en mesure de remplir leurs obligations financières (article 13, alinéa 2, lettre c, LAMal). Ils sont responsables de leur équilibre financier et soumis à la surveillance de l'OFAS. Par ailleurs, la LAMal prévoit que l'assurance obligatoire de soins est financée d'après le système de la répartition des dépenses, ce qui signifie que les assureurs doivent constituer des réserves suffisantes afin de supporter les coûts afférents aux maladies déjà survenues et de garantir leur solvabilité à long terme (article 60, alinéa 1, LAMal).

Les tarifs des primes ainsi fixés par les assureurs doivent être soumis à l'approbation de l'OFAS (article 61, alinéa 4, LAMal)

Au plan pratique, cet article posera un autre problème. L'OFAS n'approuve que des primes correspondant à la moyenne cantonale des primes pendant les premières années d'une nouvelle caisse-maladie. Or le Département fédéral de l'Intérieur ne délivre l'autorisation de pratiquer qu'aux caisses ayant obtenu l'approbation de l'OFAS (article 12, alinéa 4, OAMAL). On peut donc légitimement douter que la caisse cantonale recevra cette autorisation.

d) article 170C, alinéa 5

Cette disposition oblige la caisse cantonale d'assurance-maladie à pratiquer le système du tiers payant. Elle est également contraire au droit fédéral et doit être déclarée nulle⁹.

Aux termes de l'article 42, alinéa 1, LAMal, l'assuré est le débiteur de la rémunération due au fournisseur de prestations et a le droit de se faire rembourser par son assureur (tiers garant). Le fournisseur de prestations peut cependant prévoir que c'est l'assureur qui est le débiteur direct de la

⁹ Voir également la position de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) (conformité au droit supérieur) (cf. annexe 1).

rémunération qui lui est due (principe du tiers payant - article 42, alinéa 2, LAMal). Ce système ne peut cependant résulter que d'un accord entre les fournisseurs de prestations et les assureurs-maladie et ne peut pas leur être imposé contre leur gré. Une disposition de droit cantonal qui instaure le système du tiers payant est ainsi incompatible avec le droit fédéral et porte atteinte à la liberté contractuelle des fournisseurs de prestations.

e) article 170C, alinéa 7

L'IN 119 précise que la caisse cantonale d'assurance-maladie est soumise au contrôle financier et de gestion de l'Etat et elle soumet ses comptes, qui sont rendus publics, à un organe de contrôle indépendant et désigné par le Conseil d'Etat.

La LAMal et son ordonnance d'application posent un certain nombre d'exigences en matière de financement, de présentation des comptes et de révision (article 60, alinéa 4, LAMal et articles 78 et suivants OAMal). En sa qualité d'autorité de surveillance, l'OFAS est chargé de veiller au respect de ces dispositions. Les assureurs-maladie sont d'ailleurs tenus de remettre chaque année à l'OFAS le bilan, les comptes d'exploitation et le rapport de gestion portant sur l'exercice écoulé (article 85 OAMal).

La caisse cantonale d'assurance-maladie est dès lors tenue de respecter les exigences posées par le droit fédéral en matière de financement, de présentation des comptes et de révision. Le contrôle exercé par l'Etat de Genève ne pourra en aucun cas se substituer à celui de l'OFAS.

Cet alinéa n'est cependant pas contraire au droit supérieur et ne saurait donc être considéré comme invalide.

f) article 170C, alinéa 8

L'initiative 119 propose que la caisse cantonale d'assurance-maladie bénéficie d'un fonds de réserve constitué par l'Etat, d'une garantie financière de celui-ci et de subventions destinées à diminuer progressivement les primes des assurés correspondant aux critères indiqués.

Aux termes de l'article 60 LAMal, l'assurance obligatoire des soins 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 la solvabilité à long terme. Le financement doit être autonome.

Le système de la répartition des dépenses signifie que les dépenses courantes doivent en principe être couvertes par des recettes courantes. Les assureurs doivent donc fixer leurs primes de manière à couvrir les prestations dues pour la même période. Le bilan annuel permettra de constater si tel est effectivement le cas. Cependant les assureurs doivent également constituer des réserves à partir de leurs recettes et ce afin de supporter les coûts en relation avec les maladies déjà survenues et les réserves destinées à garantir la solvabilité des assureurs à long terme (article 60, alinéa 1, LAMal).

Si l'assureur obtient une garantie de déficit de la part des pouvoirs publics, sa réserve peut être diminuée dans une proportion déterminée par l'OFAS, dans la mesure où le garant s'est engagé à verser immédiatement la garantie en cas de déficit (articles 79 OAMal et 78, alinéa 5, OAMal).

En application de ces dispositions, la caisse-maladie cantonale sera tenue de se gérer de façon autonome et de se doter de ses propres réserves qui figureront au passif de son bilan. Elle devra tenir sa propre comptabilité, distincte de celle de l'Etat, et son financement ne pourra pas être assuré par les pouvoirs publics, à savoir, en définitive, par les contribuables, car cela contreviendrait au principe de financement autonome des assureurs-maladie. Enfin, l'Etat de Genève ne pourra intervenir que dans les limites posées par le législateur fédéral, à savoir en tant que garant des déficits conformément à l'article 79 OAMal. Le fonds de réserve de l'Etat mentionné par l'initiative devra se limiter à ce cadre, sous peine d'être contraire au droit fédéral.

S'agissant des subventions destinées à la réduction des primes, le système mis en place par la LAMal engage tous les cantons à verser des subsides à l'assurance-maladie en tant que contributions pour des réductions individuelles de primes. Les bénéficiaires des subventions sont donc les assurés de condition économique modeste et non les assureurs-maladie. Ces subventions se composent des montants fédéraux, qui doivent être complétés par des subventions cantonales. Il est loisible aux cantons de contribuer davantage à la réduction des primes, donc au-delà de ce minimum prescrit par la LAMal¹⁰.

La LAMal (article 65) prévoit que, conformément au principe de l'égalité de traitement découlant de l'article 8 de la Constitution fédérale, les subventions destinées à diminuer les primes doivent bénéficier à tous les assurés qui, selon la législation cantonale, sont considérés comme étant de condition économique modeste, quel que soit leur assureur-maladie.

¹⁰ Message du Conseil fédéral du 6 novembre 1991, FF 1992 I 77, page 206.

L'article 170C, alinéa 8, vise à faire bénéficier uniquement la caisse cantonale de subventions destinées à diminuer progressivement les primes. Cette disposition est sur ce point contraire au système de réduction des primes mis en place par le législateur fédéral car elle institue des subventions « spéciales » pour la caisse cantonale publique dont bénéficieraient uniquement les assurés de celle-ci, à l'exclusion des assurés de condition économique modeste des autres caisses.

Cette disposition est aussi contraire au droit fédéral en ce sens qu'elle fait figurer la caisse-maladie cantonale comme bénéficiaire des subsides et non les assurés. Or, selon les articles 65 et suivants LAMal, les bénéficiaires des subsides sont les assurés individuellement et non les caisses-maladie.

Enfin, cet article considère notamment comme étant de condition économique modeste toute personne ayant plus d'un enfant mineur à charge, quel que soit son revenu. En cela, cette disposition viole elle aussi l'article 65 LAMal dont le but est de faire bénéficier des subsides les personnes qui en ont besoin¹¹.

Partant, cette disposition n'est pas susceptible d'être interprétée de façon conforme à la LAMal et à l'article 8 de la Constitution fédérale et doit dès lors être déclarée nulle.

g) article 170C, alinéa 9

Dans le canton de Genève, les bénéficiaires de prestations d'aide sociale versées par l'Hospice général ainsi que les bénéficiaires des prestations complémentaires ont droit au subside dont le montant correspond à l'intégralité de leur prime d'assurance-maladie, quel que soit leur assureur maladie (article 22, alinéa 6, de la loi d'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie).

Aux termes de l'initiative, ces personnes qui sont au bénéfice du subside intégral devront s'affilier à la caisse cantonale d'assurance-maladie pour pouvoir bénéficier de ce subside.

Or, une telle contrainte est contraire à l'article 4 LAMal qui prévoit le libre choix de l'assureur, c'est-à-dire que les personnes tenues de s'assurer choisissent librement leur assureur parmi les assureurs agréés au sens de la loi.

Partant, cette disposition doit également être déclarée nulle.

¹¹ Alfred MAURER, *op. cit.*, page 152.

h) éléments valides ou partiellement valides de l'art.170C

Sous l'angle de sa recevabilité matérielle, le premier volet de l'initiative comporte certes quelques éléments qui, pris isolément, sont valides totalement ou partiellement.

Il en va ainsi, surtout, du principe de la création d'une caisse cantonale d'assurance-maladie, et de quelques éléments épars (dont par exemple la règle de gestion prévue à l'alinéa 6).

III.2. Recevabilité formelle des éléments conformes au droit du volet relatif à la création d'une caisse d'assurance-maladie publique

Les éléments conformes au droit d'une initiative doivent toutefois avoir suffisamment de substance pour que l'on doive considérer qu'ils auraient été signés pour eux-même par les partisans de l'initiative. A défaut, on peut considérer que le principe de l'unité de la matière est violé, de même que celui de la bonne foi dans la collecte des signatures.

En l'occurrence, compte tenu des nombreux points évoqués ci-dessus du premier volet de l'initiative qui ne sont pas conformes au droit supérieur, la question se pose de savoir si ce premier volet lui-même, une fois amputé de ces points, peut encore être considéré comme valide sous l'angle de sa recevabilité formelle.

De l'avis du Conseil d'Etat, il n'apparaît pas exclu qu'en application du principe de la proportionnalité, de la règle fixée à l'article 66 Cst/GE et de l'adage *in dubio pro populo*, ce qui reste de ce premier volet de l'initiative puisse être déclaré valide et qu'ainsi ce premier volet de l'initiative soit finalement déclaré partiellement valide et soumis au peuple amputé de ses dispositions contraires au droit fédéral.

III.3. La prise en considération du volet relatif à la création d'une caisse d'assurance-maladie publique

A. Le principe d'une caisse cantonale d'assurance-maladie

Depuis l'introduction de la LAMal, les critiques à l'égard des assureurs n'ont cessé de gonfler: manque de transparence au niveau des comptes et des réserves, mauvaise gestion, prise de pouvoir, et ainsi de suite.

Il est vrai que les outils de maîtrise des coûts de la santé que s'est donnés la LAMal (catalogue exhaustif des prestations prises en charges, planification

hospitalière, compensation des risques, concurrence entre les caisses) n'ont pas été efficaces et que les primes n'ont cessé d'augmenter.

Les remèdes à ces problèmes ne se situent cependant pas au niveau cantonal, étant donné que la LAMal pose un cadre légal contraignant, auquel le canton ne peut déroger et qui lui laisse très peu de marge de manœuvre.

Pour le principe, le droit fédéral ne s'oppose pas à la création d'une caisse maladie cantonale. Celle-ci peut revêtir la forme d'un établissement public de droit cantonal ayant la personnalité juridique (article 12 LAMal et article 12, alinéa 1, lettre b, OAMal). Quelle que soit sa forme, la caisse devra être sans but lucratif, pratiquer l'assurance-maladie sociale selon le principe de la mutualité (article 12, alinéa 1, et article 13, alinéa 2, lettre a), et être compatible avec le droit fédéral.

Un projet de loi créant une caisse cantonale d'assurance-maladie a également déjà été soumis au Grand Conseil. Il s'agit du PL 8300 instituant une Caisse cantonale genevoise d'assurance-maladie, issu des travaux de la commission de la santé. Ce projet a été rejeté par le Grand Conseil lors de sa session du 2 mai 2002.

Une caisse cantonale publique serait soumise aux mêmes contraintes légales et économiques que toutes les autres 40 caisses pratiquant à Genève et elle ne pourrait pas pratiquer des primes inférieures à celles de ses concurrents. L'exemple des cantons où une caisse publique existe montre qu'un tel système ne permet malheureusement pas de faire bénéficier les assurés de primes plus basses. De plus, comme déjà souligné (voir ci-dessus), si le canton est associé au contrôle des primes, il n'a aucune compétence contraignante dans ce domaine, qui relève de l'OFAS.

Aussi, le Conseil d'Etat estime que le facteur le plus important se répercutant au niveau des primes est le coût de la santé, c'est-à-dire les prestations auxquelles les assurés font appel et qui sont remboursables par les caisses. Or, aucune caisse ne peut maîtriser ces coûts, étant donné qu'elle est obligée d'affilier toute personne qui fait la demande, quels que soient son âge et son état de santé. Par conséquent, aucune caisse, aussi bien gérée soit-elle, ne pourra maîtriser à elle seule ces coûts.

En ce qui concerne la caisse cantonale proposée par l'initiative, elle sera exposée à des conditions particulièrement difficiles. En effet, les initiants souhaitent que cette caisse regroupe toutes les personnes bénéficiaires de l'aide sociale ou des prestations complémentaires (rentiers de l'assurance vieillesse ou invalidité). Or, l'expérience des assureurs montre que la concentration de personnes âgées ou à hauts risques au sein d'une même

caisse entraîne des coûts élevés, que la conception actuelle de la compensation des risques ne parvient pas à équilibrer. La caisse sera donc obligée d'augmenter ses primes en fonction des coûts engendrés par les prestations qu'elle aura à payer, et le but de l'initiative (des primes inférieures à la moyenne cantonale) ne sera pas atteint.

Le Conseil d'Etat craint donc que la création d'une caisse cantonale ne fasse qu'engendrer des frais pour les finances publiques, sans aucune efficacité pour les assurés, raison pour laquelle il n'est pas favorable à cette initiative.

B. Interventions du canton de Genève au niveau fédéral dans le domaine de l'assurance-maladie

Le Conseil d'Etat tient toutefois à souligner qu'il est très préoccupé par l'augmentation constante des primes d'assurance lesquelles pèsent lourdement sur le budget des assurés. Dès l'entrée en vigueur de la LAMal et les premières augmentations massives des primes, le canton de Genève a fait des interventions au niveau fédéral pour remédier à cette situation :

a. Sur proposition du Conseil d'Etat, le Grand Conseil a exercé, le 11 octobre 1996, son droit d'initiative cantonale, demandant la modification de la LAMal afin de permettre aux cantons d'être associés au contrôle des assureurs-maladie. L'Assemblée fédérale y a donné, pour l'essentiel, une suite favorable et a voté, le 18 décembre 1998, une modification de la LAMal, permettant au canton de se prononcer sur le montant des primes et d'avoir accès aux documents officiels sur lesquels se fonde l'autorité fédérale pour en fixer le prix (articles 21a et 60, alinéa 4, LAMal). Depuis l'introduction de ces dispositions, les autorités genevoises suivent de près et de façon très active la fixation des primes par les assureurs.

b. A cette occasion, elles ont cependant dû constater que les documents fournis par les assureurs-maladie à l'OFAS ne permettaient pas un contrôle efficace. Pour cette raison, le Grand Conseil, sur proposition du Conseil d'Etat, a fait une nouvelle fois usage de son droit d'initiative cantonale et a approuvé, en date du 29 octobre 1999, une résolution (R 410). Cette initiative cantonale demandait la modification de la LAMal par l'introduction de nouvelles dispositions obligeant les assureurs à tenir une comptabilité analytique et de présenter, selon une méthode uniforme, une statistique de leurs coûts annuels, par canton et par prestataires de soins ainsi qu'une statistique des réserves constituées, par canton et par assuré. Elle a été

déposée le 19 novembre 1999 à l'Assemblée fédérale. Le Conseil des Etats a cependant refusé d'y donner suite en date du 11 décembre 2000.

c. Le Grand Conseil a voté, le 16 février 2001, une nouvelle initiative cantonale, la résolution R 436, demandant un audit externe annuel et complet des comptes de chaque assureur-maladie et leur publication, ainsi que la publication de l'état des réserves et provisions. Cette initiative cantonale 01.302 "Assurance-maladie. Transparence et publication des comptes" est actuellement pendante auprès de la Commission de la sécurité sociale et de la santé du Conseil national, de même que le postulat du Conseil des Etats 01.3432 "Réserves des caisses maladie. Assurer la transparence" qui en résulte.

d. Le Conseil d'Etat estime qu'un des problèmes fondamentaux du système LAMal réside au niveau des réserves que les assureurs doivent constituer pour garantir les prestations relatives aux maladies déjà survenues et leur solvabilité à long terme. Le montant de ces réserves est fixé moyennant un pourcentage sur les primes à recevoir et dépend donc du nombre d'assurés d'une caisse. Pour chaque nouvel assuré, la caisse doit augmenter le montant de sa réserve. Or, lors du départ d'un assuré, il n'y a ni transparence ni contrôle quant au montant de la réserve libérée, alors que le nouvel assureur doit augmenter sa réserve pour tenir compte du nouvel assuré. Or, les montants affectés à la réserve se répercutent sur le niveau des primes.

Il résulte de ce système un cumul de capital dont personne ne connaît l'ampleur et dont on peut penser que sa libération permettrait une diminution substantielle des primes d'assurance.

Afin de remédier à cette situation, le Conseil d'Etat est en train de travailler sur un projet d'une nouvelle initiative cantonale visant à modifier la LAMal dans le sens que toutes les réserves des assureurs-maladie seraient versées dans un fonds commun et ne se situeraient plus au niveau des différents assureurs-maladie.

IV. Le volet de l'initiative relatif à la sauvegarde des services publics (article 170D nouveau)

IV.1. Examen de la recevabilité matérielle

Les différentes propositions contenues dans le second volet de l'initiative, consacré quant à lui à la sauvegarde des services publics, n'apparaissent pas contraires au droit supérieur, et devraient donc sans doute être tenues pour recevables d'un point de vue matériel.

IV.2. Effets de la scission sur la recevabilité formelle

Sous l'angle de la recevabilité formelle, ce volet satisfait par ailleurs, en tant que tel, aux exigences de l'unité de la matière, de la forme et du genre.

Tout au plus peut-on se demander, au regard du principe de la bonne foi, si les signatures appuyant le lancement de l'IN 119 auraient été apposées sciemment pour le seul second volet de l'initiative en nombre suffisant, d'autant plus que les explications figurant sur la feuille de signature ne portent pas sur ce sujet.

IV.3. La prise en considération

A. Présentation

Le volet portant sur la sauvegarde des services publics de l'IN 119 (article 170D, nouveau) vise à mettre en place une procédure exigeant le vote d'une loi par le Grand Conseil soumise au référendum obligatoire lorsqu'il s'agit de modifier la taille de la sphère publique, la nature des prestations publiques et le mode de production. C'est ce que l'on retrouve sous l'appellation « la défense du service public ».

Cet article comporte 7 éléments bien distincts qui sont les suivants:

1. Toute privatisation doit faire l'objet d'une loi votée par le Grand Conseil soumise au référendum obligatoire;
2. Tout transfert ou sous-traitance d'une activité relevant de l'Etat à une entreprise ou d'une institution de droit privé doit faire l'objet d'une loi votée par le Grand Conseil soumise au référendum obligatoire;
3. Tout transfert ou sous-traitance d'un service public à une entreprise ou une institution de droit privé doit faire l'objet d'une loi votée par le Grand Conseil soumise au référendum obligatoire;
4. Tout transfert ou sous-traitance d'une activité relevant d'un établissement de droit public à une entreprise ou une institution de droit privé doit faire l'objet d'une loi votée par le Grand Conseil soumise au référendum obligatoire;
5. Tout transfert ou sous-traitance d'une activité relevant d'une fondation ou d'une institution de droit public à une entreprise ou une institution de droit privé doit faire l'objet d'une loi votée par le Grand Conseil soumise au référendum obligatoire;

6. Tout cessation d'activité doit faire l'objet d'une loi votée par le Grand Conseil soumise au référendum obligatoire;
7. Tout transfert d'actifs à un établissement public autonome ou à une entreprise ou à une institution de droit privé doit faire l'objet d'une loi votée par le Grand Conseil soumise au référendum obligatoire.

B. Analyse

Une analyse du volet portant sur la sauvegarde des services publics de l'initiative 119 suggère ces quelques remarques générales suivantes. Premièrement, l'article 170D (titre XIII B) engendre un traitement asymétrique pour les modifications de la taille de la sphère publique et/ou de l'offre de prestations publiques. En effet, lorsqu'il s'agit d'acquérir de nouveaux actifs nécessaires à l'exécution d'une tâche publique, ou lorsqu'il s'agit d'accroître la palette de prestations publiques offertes à la population, la procédure en vigueur est le vote d'une loi spécifique par le Grand Conseil soumis au référendum facultatif, et/ou l'inscription d'une autorisation de dépense dans le cadre du budget qui n'est qu'indirectement soumis au référendum facultatif. En revanche, lorsqu'il s'agit de vendre ou de réduire la palette de prestations publiques offertes à la population, l'IN 119 propose le vote d'une loi ad hoc par le Grand Conseil soumis au référendum obligatoire.

Deuxièmement, dans une organisation politique fondée sur la délégation de pouvoir du peuple à un parlement représentatif, exiger que chaque acte législatif soit soumis au référendum obligatoire lorsqu'il concerne la réduction de la taille de la sphère publique, la nature des prestations publiques et leur mode de production, représente une remise en question fondamentale de la délégation de pouvoir législatif au parlement cantonal.

Troisièmement, en proposant de régler par voie légale soumise au référendum obligatoire le choix opérationnel du mode de production des prestations publiques, l'IN 119 étend les compétences du Grand Conseil et du Conseil général dans des domaines du ressort actuellement de l'exécutif, voire de l'administration cantonale.

Quatrièmement, le texte de l'IN 119 ne définit pas de manière suffisamment explicite ce qu'est une activité relevant de l'Etat, d'un service public, d'un établissement et d'une fondation ou d'une institution de droit public. Faute d'une définition précise, les interprétations possibles sont trop importantes et les dangers se multiplient. Par exemple, faut-il inclure dans la liste des prestations publiques soumises à l'article 170D de l'IN 119 les seules prestations de puissance publique (ou d'autorité) ou faut-il avoir une

vision plus large et étendre le champ d'application à l'ensemble des prestations offertes par la collectivité publique ?

Enfin, cinquièmement, l'article 170D de l'IN 119 pourrait entraîner une perte de flexibilité dans la conduite de la politique financière de l'Etat. Il rendrait en effet plus difficile par exemple la poursuite d'une politique financière utilisant des solutions de type « délégation à un tiers de l'exécution d'une tâche publique » lorsqu'elles sont plus économes en ressources, plus efficaces et qu'elles permettent d'être plus proche des bénéficiaires (subventions cantonales, nature 365). Pour les mêmes raisons, il rendrait également plus complexes les réorganisations des structures administratives de l'Etat au sens large.

Outre ces remarques générales, le Conseil d'Etat distingue la privatisation des moyens de production de la privatisation de la production d'une prestation publique.

Dans le premier cas, il s'agit d'un transfert partiel ou total de la propriété des moyens de production de l'Etat vers un tiers privé par une vente des actifs ou par une augmentation de capital (ouverture du capital à des tiers). Pour cela, le Grand Conseil doit approuver une loi d'aliénation soumise à référendum facultatif. Dans le deuxième cas, il s'agit d'un choix opérationnel du Conseil d'Etat quant à la manière d'exécuter une tâche publique conférée par une loi cantonale, notamment le recours au mode de production le plus efficace possible.

Ainsi, notwithstanding les difficultés à définir ce qu'est une activité relevant de l'Etat, les auteurs de l'IN 119 prévoient de légiférer sur le mode de production des prestations publiques. En d'autres termes, le Grand Conseil ne se limiterait plus à définir la palette des prestations publiques mais fixerait également leur mode de production. De la sorte, il s'arrogerait des compétences qui sont du ressort du pouvoir exécutif.

Ensuite, le Conseil d'Etat s'interroge sur ce que signifie la notion de toute cessation d'activité. Le Conseil d'Etat tient à rappeler que toutes les prestations publiques ont une base légale propre laquelle est soumise au référendum facultatif. Par ailleurs, toutes les prestations publiques sont incluses dans la loi budgétaire annuelle qui est également mais indirectement soumise au référendum facultatif.

Supprimer une prestation publique exige par conséquent une modification légale, ce qui entraîne son adoption par le Grand Conseil (décision soumise à référendum facultatif) ou une modification constitutionnelle, ce qui entraîne son adoption par le Grand Conseil et le Conseil général (référendum

obligatoire). Dans ces conditions, l'innovation de l'IN 119 est d'étendre l'exercice des droits populaires avec une consultation obligatoire du Conseil général dans tous les cas de figure.

C. Conclusions et proposition de contre-projet

Pour toutes ces raisons, le Conseil d'Etat est de l'avis que l'article 170D doit être rejeté. Ce dernier heurte la répartition des pouvoirs entre les autorités législatives et exécutives. Il vide en partie de sa substance la délégation de pouvoir du peuple au Grand Conseil, pierre angulaire de notre organisation politique. Par une terminologie floue et ambiguë, il fait courir le risque de figer ou de ralentir les processus de réforme administrative de l'Etat. Enfin, il tend à rendre plus difficile la recherche des solutions les plus économes en ressources.

Au cas où le Grand Conseil déclare l'IN 119 partiellement recevable, le Conseil d'Etat suggère qu'un contre-projet soit opposé au volet sur la sauvegarde des services publics de l'initiative 119. En effet, constatant la grande sensibilité de la population aux questions liées à la privatisation des activités publiques, le Conseil d'Etat pourrait proposer un texte épuré des amalgames et ambiguïtés de l'IN 119 voulue par les initiants, en exigeant plus systématiquement la voie législative et, de ce fait, en reprenant l'idée d'une extension des droits populaires dans les cas de privatisation des moyens de production et de transfert d'actifs de l'Etat à des entités tierces, qu'elles soient privée ou parapublique. Les lois que le Grand Conseil voterait plus systématiquement en la matière seraient exposées au référendum. En revanche, cette extension des droits populaires ne devrait pas s'appliquer aux choix opérationnels des modes de production des prestations publiques.

V. Conclusions

Partant de ce qui précède, le Conseil d'Etat propose au Grand Conseil de scinder l'initiative 119 en deux initiatives distinctes et de déclarer:

- partiellement nul le volet relatif à l'introduction d'une caisse cantonale d'assurance-maladie, en attirant toutefois son attention sur le fait qu'avec la nullité des alinéas 3, 4, 5, 8 et 9, l'initiative a perdu l'essentiel de sa substance ; nonobstant ces considérations, il pourrait être souhaitable que le principe même d'une caisse publique soit soumis au peuple ;
- en principe recevable le second volet portant sur la sauvegarde des services publics.

S'agissant de la prise en considération du volet de l'initiative relatif à l'introduction d'une caisse cantonale d'assurance-maladie, tout en reconnaissant la légitimité des préoccupations des assurés à l'égard de l'augmentation constante des primes d'assurance-maladie, le Conseil d'Etat estime également que, indépendamment des considérations de nature juridique, l'introduction d'une caisse cantonale publique ne permettra pas d'atteindre les objectifs fixés par les initiants, à savoir d'offrir aux habitants du canton des primes moins élevées. Le Conseil d'Etat estime dès lors que les propositions contenues dans ce volet de l'initiative 119 « Pour une caisse d'assurance-maladie publique à but social et la défense du service public » sont inefficaces ; partant, il en propose le rejet.

Le Conseil d'Etat propose également le rejet du volet relatif à la sauvegarde des services publics, et suggère qu'un contre-projet y soit le cas échéant opposé.

Au bénéfice de ces explications, le Conseil d'Etat vous invite, Mesdames et Messieurs les députés, à prendre acte du présent rapport.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

Le chancelier :
Robert Hensler

La présidente :
Micheline Calmy-Rey

Annexe :

Lettre de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) du 25 avril 2002 adressée à Monsieur Pierre-François UNGER, conseiller d'Etat chargé du département de l'action sociale et de la santé



Bundesamt für Sozialversicherung
Office fédéral des assurances sociales
Ufficio federale delle assicurazioni sociali
Uffizi federal da las assicuranzas socialas

Le Directeur

26 AVR. 2002

V/réf. JMK/rk
V/comm. du 11 avril 2002
N/réf. 290/8 Ly

Monsieur Pierre-François Unger
Conseiller d'Etat
Département de l'action sociale et de la santé
Rue de l'Hôtel-de-Ville 14
1211 Genève 3

3003 Berne, le 25 avril 2002

Initiative cantonale no 119 pour la création d'une caisse cantonale d'assurance-maladie

Monsieur le Conseiller d'Etat,

Votre envoi du 11 avril 2002 m'est bien parvenu et je vous en remercie.

C'est avec intérêt que j'ai pris connaissance du contenu de l'initiative populaire cantonale visant la création d'une caisse d'assurance-maladie publique à but social dans le canton de Genève. A ce sujet, conformément à votre demande, je vous fais volontiers part des remarques suivantes, en ce qui concerne la conformité de ladite initiative à la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal).

- al. 1 : Selon l'art. 3, al. 1, LAMal, le rattachement à l'obligation de s'assurer pour les soins en cas de maladie est le domicile. Dans l'hypothèse où le rayon d'activité territorial de la caisse cantonale se limitera, je le suppose, au canton de Genève, l'affiliation à cette caisse des personnes domiciliées dans un autre canton mais qui travaillent à Genève n'est pas possible. Il est bien entendu que les frontaliers qui, au sens de l'art. 3, al. 1, de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal), choisissent d'être soumis à l'assurance obligatoire des soins sont une exception au principe du rattachement par le domicile.
- al. 2 : La formulation de cet alinéa n'est pas très heureuse. Il conviendrait à tout le moins de mentionner le titre exact des domaines d'assurance considérés : assurance obligatoire des soins et assurance facultative d'indemnités journalières. De plus, en ce qui concerne l'assurance obligatoire des soins, la forme collective n'a plus lieu d'être dans la mesure où, selon l'art. 61, al. 1, LAMal, sauf disposition contraire de la loi, l'assureur prélève des primes égales auprès de ses assurés.
- al. 3 : L'explication figurant sous chiffre 1 peut être reprise pour cet alinéa en ce qui concerne les personnes qui ne sont pas domiciliées dans le canton de Genève mais qui y exercent une activité lucrative ou y paient des impôts.

- al. 4 :** Il est nécessaire de rappeler que les tarifs de primes ne peuvent être appliqués, selon l'art. 92, al. 1, OAMal, qu'après avoir été approuvés par l'OFAS. Pour une caisse qui demande la reconnaissance, l'OFAS demande qu'elle applique, lors des premières années de pratique de l'assurance obligatoire des soins, des primes correspondant à la moyenne cantonale des primes. Le principe de fixer des primes inférieures d'au moins 10% à la moyenne des autres assureurs poserait problème. En effet, les primes doivent être calculées en fonction des coûts. Nous relèverons également, sans approfondir une question qui n'est pas du ressort de l'OFAS, que la fixation d'une prime inférieure à la prime moyenne cantonale est susceptible de contrevenir dans une certaine mesure aux règles qui régissent le droit de la concurrence.
- al. 5 :** Le fait d'imposer l'application du système du tiers payant est contraire à la LAMal. En effet, selon l'art. 42, al. 1 et 2, LAMal, le système du tiers garant est le principe alors que le système du tiers payant est l'exception. Le système du tiers payant doit être prévu par convention entre assureurs et fournisseurs de prestations.
- al. 6 :** Pas de remarque particulière à formuler sur cet alinéa.
- al. 7 :** La surveillance principale sur les plans juridique et financier est exercée par l'OFAS. S'agissant du système financier, du placement des capitaux, de la présentation des comptes et de la révision, les art. 78 à 88 OAMal doivent être respectés.
- al. 8 :** Le système de la réduction des primes par les subsides des pouvoirs publics instauré par la LAMal ne prévoit plus de subsides versés aux assureurs eux-mêmes. Les subsides sont destinés de manière ciblée aux assurés de condition économique modeste.
- al. 9 :** Si des incitations financières pour que les assurés dont le canton prend en charge le paiement des primes dans le cadre de ses lois d'assistance sociale choisissent un assureur dont les primes sont égales ou inférieures à la moyenne cantonale sont possibles, le fait d'imposer l'affiliation à ces assurés auprès de la caisse cantonale publique contrevient à l'art. 4, al. 1, LAMal, lequel pose le principe du libre choix de l'assureur.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Conseiller d'Etat, l'expression de ma considération distinguée.



O. Piller