

2018.01

Financement moniste des prestations de soins – Constitutionnalité

DFJP, Office fédéral de la justice (avis de droit du 15 janvier 2018)

Stichwörter: *Finanzierung der sozialen Krankenversicherung; Beiträgen der öffentlichen Hand; Kompetenzverteilung; Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz*

Mots clés: *financement de l'assurance-maladie sociale ; subventions des pouvoirs publics ; partage des compétences ; principe de l'équivalence fiscale*

Regeste:

1. *Der Bundesgesetzgeber kann sich auf Artikel 117 Absatz 1 BV stützen, um den Kantonen vorzuschreiben, einen Teil der Vergütung der von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung gedeckten Leistungen zu übernehmen, einschliesslich eines Teils der Vergütung von ambulanten Behandlungen. Er ist auch dafür zuständig, die Ausrichtung dieses Beitrags an die Versicherer vorzusehen.*
2. *Aus rechtlicher Sicht wird diese Bundeskompetenz durch die staatspolitischen Maximen in Artikel 43a BV und insbesondere durch die Maxime der fiskalischen Äquivalenz nicht eingeschränkt.*
3. *Sie wird auch durch Artikel 46 Absatz 3 BV nicht begrenzt.*

Regeste:

1. *Le législateur fédéral peut se fonder sur l'art. 117 al. 1 Cst. pour imposer aux cantons la prise en charge d'une part de la rémunération des prestations couvertes par l'assurance obligatoire des soins, y compris une part de la rémunération des traitements ambulatoires. Il est aussi compétent pour prévoir le versement de ce subside aux assureurs.*
2. *Cette compétence fédérale n'est pas limitée d'un point de vue juridique par les maximes politiques de l'art. 43a Cst. et en particulier par celle de l'équivalence fiscale.*
3. *Elle n'est pas non plus limitée par l'art. 46 al. 3 Cst..*

Rechtliche Grundlagen: Art. 3, 5 Abs. 2, 5a, 43a, 46 Abs. 3, 117 BV ; KVG

Base juridique: art. 3, 5 al. 2, 5a, 43a, 46 al. 3, 117 Cst. ; LAMal

La Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national a demandé à l'Office fédéral de la justice d'examiner la question de la constitutionnalité d'un financement moniste des prestations stationnaires et ambulatoires de soins. Les deux variantes qu'elle lui a soumises ont en commun que le canton de domicile devrait fournir une contribution d'au moins 21.6 % à l'ensemble des coûts qui sont à charge de l'assurance obligatoire des soins.

Table des matières

1	Financement de l'assurance-maladie.....	4
1.1	Evolution du financement de l'assurance-maladie sociale (assurance des soins).....	4
1.2	Portée de l'art. 117 al. 1 Cst.....	5
1.2.1	Interprétation littérale.....	5
1.2.2	Interprétation historique.....	6
1.2.3	Interprétation systématique.....	7
1.2.4	En particulier : portée de l'art. 117 Cst. en ce qui concerne le financement de prestations d'assurance-maladie par les cantons.....	8
1.2.4.1	Compétence pour imposer aux cantons la prise en charge d'une part du financement des soins.....	9
1.2.4.2	Compétence de régler le financement des prestations d'assurance.....	12
1.3	Conclusion intermédiaire.....	13
2	Art. 43a Cst.....	14
2.1	Généralités.....	14
2.1.1	Contenu du principe de l'équivalence fiscale.....	14
2.1.2	Fonction du principe de l'équivalence fiscale, en particulier la "non-centralisation" et le "désenchevêtrement des tâches et du financement".....	14
2.1.3	Les principes de l'art. 43a Cst. comme maximes politiques non justiciables.....	14
2.2	Portée juridique limitée des principes de l'art. 43a Cst. pour l'exercice de la compétence législative fédérale de l'art. 117 Cst.: aspects particuliers.....	15
2.2.1	Les contours imprécis des principes de l'art. 43a Cst.: la question du destinataire.....	15
2.2.2	Les principes de l'art. 43a Cst. ne sont pas des limites à la révision de la Constitution.....	15
2.2.3	Les principes de l'art. 43a Cst. comme critères d'appréciation politique de projets législatifs dans le cadre de la procédure législative.....	16
2.2.4	Tension entre le principe de l'équivalence fiscale et l'art. 46 Cst.?.....	16
2.3	Conclusion intermédiaire.....	17
3	Appréciation de la constitutionnalité du projet de révision de la LAMal.....	17
3.1	Les grandes lignes du projet.....	17
3.2	Appréciation sous l'angle de l'art. 117 Cst.....	18
3.2.1	Extension des subsides des pouvoirs publics à l'ensemble des prestations à charge de l'assurance des soins.....	18
3.2.2	Attribution du financement des subsides aux cantons.....	18
3.2.3	Versement des subsides aux assureurs.....	19
3.3	Appréciation sous l'angle du principe de l'équivalence fiscale.....	20
3.3.1	En général.....	20
3.3.2	Délégation et désenchevêtrement de compétences.....	20
3.3.3	Responsabilité en matière de financement et utilisation économe des ressources.....	21
3.3.4	Prévention des externalités ou du "parasitisme" ("Trittbrettfahren").....	22
3.3.5	Attribution claire à un niveau étatique ?.....	23

3.4	Appréciation sous l'angle de l'art. 46 al. 3 Cst.....	23
4	Conclusion générale.....	24

1 Financement de l'assurance-maladie

Selon l'art. 117 al. 1 Cst., la Confédération légifère sur l'assurance-maladie et sur l'assurance-accidents. L'al. 2 de cette disposition permet de déclarer obligatoire l'assurance-maladie et l'assurance-accidents, de manière générale ou pour certaines catégories de personnes.

1.1 *Evolution du financement de l'assurance-maladie sociale (assurance des soins)*

Dès le début, le financement de l'assurance-maladie sociale (assurance des soins¹) a été conçu comme incluant tant des cotisations des assurés que des subventions des pouvoirs publics. La loi fédérale du 13 juin 1911 sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents (LAMA)² ne réglait toutefois pas directement les primes des assurés pour l'assurance-maladie³. Elle était uniquement une loi de subventionnement par la Confédération. Elle prévoyait l'octroi aux caisses-maladie reconnues de subsides qui ne pouvaient pas excéder de plus de la moitié la somme des primes ("contributions des assurés") et des dons volontaires (art. 35 et 36). Les subsides que la Confédération allouait aux caisses-maladie avaient pour objectif de contribuer au financement des engagements imposés par la loi aux caisses-maladie. Un supplément dit "de montagne" était versé aux cantons en faveur des institutions qui visaient à diminuer les frais de traitement des malades ou des accouchées (art. 37). Si des cantons ou communes déclaraient obligatoire l'assurance-maladie, en général ou pour certaines catégories de personnes, et s'ils prenaient à leur charge tout ou partie des contributions d'assurés indigents, la Confédération leur accordait des subsides jusqu'à concurrence du tiers de leurs dépenses (art. 38). Les caisses-maladie avaient le droit d'être reconnues si elles satisfaisaient aux exigences de la loi. Celles-ci avaient trait principalement aux conditions d'admission, aux prestations minimales que les caisses devaient accorder, ainsi qu'à la sécurité financière.

Lors de la révision de la LAMA en 1964 (loi fédérale du 13 mars 1964), les subsides fédéraux, définis à l'origine comme une contribution fixe en francs pour chaque assuré, ont été convertis en pourcentage des coûts occasionnés. Les subventions aux cantons ont été supprimées. Une réglementation des principes régissant les cotisations des caisses-maladie a été nouvellement introduite. Ce régime, dit de loi-cadre de subventionnement des caisses, est resté inchangé dans ses grandes lignes jusqu'à l'entrée en vigueur au 1er janvier 1996 de la LAMal du 18 mars 1994.

Un projet de révision du 20 mars 1987 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (qui a été rejeté en votation populaire le 6 décembre 1987) prévoyait d'obliger les cantons à prendre en charge la moitié des subsides fédéraux et à verser eux-mêmes aux assurés disposant de ressources modestes des subsides destinés à réduire la charge financière représentée par les primes d'assurance⁴.

Selon le message du 6 novembre 1991, l'assurance des soins était financée au début des années 90 principalement par les primes des assurés (78% des dépenses), par la participation

¹ L'assurance facultative d'indemnités journalières a été introduite en 1964. Elle ne fait pas l'objet du présent avis de droit.

² RS 8 223.

³ Hormis une prescription interdisant de différer les prestations assurées suivant le sexe sans que les contributions des assurés présentent une différence correspondante (art. 6).

⁴ Art. 2, 38 et 38ter (FF 1987 I 971).

des assurés aux frais par une franchise et une quote-part (7% des dépenses) et par des subventions (15% des dépenses ; 10% à la charge de la Confédération et 5% à la charge des cantons)⁵.

La LAMal du 18 mars 1994 a abandonné le système du subventionnement direct des caisses-maladie. Elle a introduit un système de réduction des primes pour les assurés de condition économique modeste. Elle a imposé aux cantons l'obligation d'accorder de telles réductions de primes (art. 65 al. 1 LAMal), mais elle leur laissait une marge de manœuvre importante dans la réglementation de ces subventions, le droit fédéral régissant essentiellement les conditions des subsides de la Confédération aux cantons (art. 66 LAMal). Par ailleurs, la LAMal limitait en principe à 50 % des frais d'exploitation la part à charge de l'assurance-maladie pour les traitements dans des hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics (art. 49 al. 1 LAMal), le reste étant implicitement à charge des cantons et devant être couvert par des recettes fiscales⁶. A l'appui de ce financement public, les travaux préparatoires faisaient valoir la volonté de financer une partie des frais à l'aide de sources plus différenciées sur le plan social que les primes, autrement dit avec les recettes fiscales⁷.

Par la suite, les révisions de la LAMal ont modifié les règles en matière de réduction de primes, imposant notamment une réduction d'au moins 50% des primes des enfants et des jeunes adultes en formation pour les bas et moyens revenus⁸ et un nouveau mode de calcul des subsides annuels de la Confédération aux cantons⁹. La révision du financement hospitalier a imposé aux cantons la prise en charge d'une part d'au moins 55 % des rémunérations des prestations hospitalières pour les habitants du canton.¹⁰ Par ailleurs l'art. 25a al. 5 LAMal a introduit en 2008 une règle obligeant les cantons à régler le financement résiduel des soins fournis sous forme ambulatoire en cas de maladie, après déduction de la contribution de l'assurance-maladie et de la participation de la personne assurée.

1.2 Portée de l'art. 117 al. 1 Cst.

1.2.1 Interprétation littérale

En prescrivant que la Confédération légifère sur l'assurance-maladie („*erlässt Vorschriften über die Kranken[...]versicherung*“), l'art. 117, al. 1, Cst. confère à la Confédération une compétence législative concurrente globale¹¹. On entend par compétence concurrente une compétence dont l'effet dérogatoire est subséquent ou différé, ce qui signifie que les cantons peuvent continuer à légiférer dans le domaine concerné par la disposition constitutionnelle en

⁵ FF 1992 I 77, 86.

⁶ Message du 6 novembre 1991, FF 1992 I 211; Message relatif au financement hospitalier, FF 2004 5211.

⁷ Message, FF 1992 I 110.

⁸ Art. 65 al. 1^{bis} LAMal, RO 2005 3587.

⁹ Art. 66 LAMal, RO 2007 5779.

¹⁰ Art. 49a LAMal, RO 2008 2049.

¹¹ Ivano Ranzanici, La riduzione dei premi dell'assicurazione malattia, thèse FR, 2016, n° 267 p. 148; Thomas Gächter/Stephanie Renold-Burch, art. 117 n° 4, in: Basler BV-Kommentar, 2015; Tomas Poledna, art. 117, n° 6, in: St Galler BV Kommentar, 3e. éd. 2014; Pascal Mahon, art. 117, n° 4, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire, 2003. Imprécis: JAAC 27/1957 no 55, p. 137: „*Damit wurde dem Bund die ausschliessliche Rechtsetzungskompetenz auf dem Gebiet der obligatorischen Krankenversicherung verliehen, d. h. er wurde ermächtigt, die Materie erschöpfend, unter Ausschluss der Kantone, zu regeln*“ (décision du Conseil fédéral du 29 octobre 1957).

question tant que la Confédération ne le fait pas elle-même, la compétence cantonale disparaissant dans la mesure où la Confédération exerce sa compétence législative. Quant aux compétences globales, elles impliquent que la Confédération est autorisée à réglementer l'ensemble d'un domaine, en l'espèce l'assurance-maladie et l'assurance-accidents; elles s'opposent aux compétences fragmentaires, qui n'autorisent à régler un domaine que partiellement ou dans une direction particulière, et aux compétences législatives de la Confédération dites limitées aux principes qui visent celles où la Confédération n'est autorisée à régler que les grandes lignes d'un domaine en laissant aux cantons le soin de régler les détails.

L'art. 117 al. 1 Cst. ne confère pas seulement une compétence législative à la Confédération. Il lui impartit aussi un mandat législatif¹².

L'art. 117 al. 1 Cst. ne règle pas expressément le financement des prestations de l'assurance-maladie. Selon une partie de la doctrine, la notion constitutionnelle d'assurance prohiberait un financement exclusivement public des prestations de l'assurance-maladie sociale¹³. Il est vrai que les deux seules assurances sociales fédérales (au sens de la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales¹⁴) qui sont financées seulement par les pouvoirs publics, à savoir l'assurance militaire et les prestations complémentaires, ne sont pas désignées au niveau constitutionnel comme une assurance¹⁵. On peut toutefois comprendre la notion d'assurance comme impliquant la couverture d'un risque avec l'octroi de droits à des prestations, indépendamment de l'origine du financement de ces prestations. Point n'est besoin de trancher ici la question de l'admissibilité d'un financement exclusivement public de l'assurance des soins, car le projet qui nous a été soumis ne prévoit pas une telle solution.

1.2.2 *Interprétation historique*

En 1890, le peuple et les cantons ont accepté l'introduction dans la Constitution fédérale de 1874 d'un nouvel article 34^{bis} selon lequel la Confédération introduit, par voie législative, l'assurance en cas d'accident et de maladie, en tenant compte des caisses de secours existantes; la Confédération était habilitée à déclarer la participation à ces assurances obligatoire en général ou pour certaines catégories déterminées de citoyens.

Selon le message du Conseil fédéral du 28 novembre 1889, la rédaction de l'art. 34^{bis} aCst. a été conçue en termes aussi généraux que possible pour laisser au législateur fédéral la plus grande latitude :

"On peut déjà prévoir quels seront les principes généraux de la législation future, mais il ne convient pas de les consacrer d'ores et déjà par un texte constitutionnel, car ce sont les travaux préparatoires et aussi les débats de l'autorité législative qui nous montreront comment les nouvelles institutions pourront être organisées de façon à répondre le mieux aux besoins du pays. Il n'est pas impossible non plus que l'expérience nous oblige un jour à changer de système. Il est donc préférable à tous égards de ne pas se lier les mains par des dispositions constitutionnelles trop détaillées. Nous aurions quelques motifs d'adopter a priori des dispositions de ce genre, s'il s'agissait pour nous de ce qu'on appelle une inconnue en mathématique et s'il y avait lieu, pour résoudre le

¹² Par ex. Tomas Poledna, Art. 117, n° 6 in St Galler BV Kommentar, 3e. éd. 2014.

¹³ Thomas Gächter/Stephanie Renold-Burch, Art. 117, n° 5, in Basler BV-Kommentar, 2015. Plus ambigu: Tomas Poledna, Art. 117, n° 9, in St Galler BV Kommentar, 3e. éd. 2014.

¹⁴ RS 830.0

¹⁵ Cf. art. 59 al. 5 et 61 al. 5 Cst.

problème, de connaître à l'avance certaines règles. Il n'est pas nécessaire de procéder ainsi; l'assurance contre les accidents et contre les maladies est une matière si connue et si bien déterminée, que l'on peut être d'opinion différente, non point sur son essence, mais seulement sur la manière de la réaliser. Il suffit que la constitution indique le but bien défini qui doit être atteint. Le reste est l'affaire de la législation ; et nos institutions politiques sont telles que le peuple et les chambres auront à dire le dernier mot sur le système auquel on se rangera en fin de compte."¹⁶

L'art. 117 de la Constitution du 18 avril 1999 a repris l'art. 34^{bis} aCst dans une formulation modernisée, tout en supprimant l'obligation de tenir compte des caisses de secours existantes. Selon le message du Conseil fédéral du 26 novembre 1996, le nouvel article 117 Cst. est une norme constitutionnelle ouverte qui laisse pratiquement toute liberté au législateur dans la conception de l'assurance-maladie sociale¹⁷.

Le 21 décembre 2007, l'Assemblée fédérale avait adopté un contre-projet direct à une initiative populaire qui séparait la réglementation au niveau constitutionnel de l'assurance-maladie et de l'assurance-accidents. Concernant le financement de l'assurance-maladie, le projet d'art. 117a contenait la disposition suivante :

"6 L'assurance des soins est financée par les primes et les participations aux coûts à la charge des assurés ainsi que par des contributions publiques versées à l'organisme qui finance les prestations. La Confédération et les cantons prévoient des réductions de primes en fonction de la situation financière des assurés."

L'arrêté constitutionnel du 21 décembre 2007 a été rejeté en date du 1er juin 2008 par 69.5% des voix et tous les cantons. Selon l'analyse VOX de cette votation, les opposants avaient justifié leur choix en invoquant principalement la peur de ne plus pouvoir choisir son médecin ou son hôpital ainsi que de voir le pouvoir des caisses-maladie augmenter.¹⁸

1.2.3 Interprétation systématique

L'art. 117 Cst. se distingue d'autres dispositions constitutionnelles qui règlent de manière plus ou moins détaillée le financement d'assurances sociales :

- Selon l'art. 112 al. 3 Cst., l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité est financée par les cotisations des assurés et des employeurs ainsi que par des prestations de la Confédération. Les prestations de la Confédération n'excèdent pas la moitié des dépenses (art. 112 al. 4 Cst.). Les prestations de la Confédération sont financées prioritairement par le produit net de l'impôt sur le tabac, de l'impôt sur les boissons distillées et de l'impôt sur les recettes des maisons de jeu (art. 112 al. 5 Cst.).
- L'art. 112a Cst. prévoit que la Confédération et les cantons versent des prestations complémentaires si l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité ne couvre pas les besoins vitaux. La loi fixe le montant des prestations complémentaires et définit les tâches et les compétences de la Confédération et des cantons. Selon l'art. 13 de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (RS 831.30), les prestations complémentaires annuelles sont en principe supportées à hauteur de cinq huitièmes par la Confédération et de trois huitièmes par les cantons.

¹⁶ Message, FF 1890 I 321 s.

¹⁷ Message, FF 1997 I 337. Dans le même sens concernant l'art. 34^{bis} aCst.: Message du 6 novembre 1991 relatif à la révision de l'assurance-maladie, FF 1992 I 211

¹⁸ Cf. Analyse des votations fédérales du 1er juin 2008. (VOX n° 96). Gfs.bern et Université de Genève.

- L'art. 113 Cst. régit la prévoyance professionnelle et énonce à son alinéa 3 que la prévoyance professionnelle est financée par les cotisations des assurés ; lorsque l'assuré est salarié, l'employeur prend à sa charge au moins la moitié du montant de la cotisation.
- L'art. 114 al. 3 Cst. pose le principe que l'assurance-chômage est financée par les cotisations des assurés. Lorsque l'assuré est salarié, l'employeur prend à sa charge la moitié du montant de la cotisation. Selon l'art. 114 al. 4 Cst., la Confédération et les cantons accordent des aides financières dans des circonstances exceptionnelles.
- L'art. 116 al. 3 Cst. charge la Confédération d'instituer une assurance-maternité et l'habilite à soumettre à l'obligation de cotiser les personnes qui ne peuvent bénéficier des prestations d'assurance. Quant à l'art. 116 al. 4 Cst. il permet à la Confédération de dépendre ses prestations d'une juste contribution des cantons¹⁹.

Pour certaines assurances sociales la Constitution impose un financement exclusivement par des cotisations (art. 113 Cst.) ou uniquement par des contributions publiques (art. 112a Cst.). Pour d'autres, elle impose un financement partagé entre des prestations publiques et cotisations des assurés, voire des employeurs (art. 112 al. 3 Cst.). Parfois, elle impose un financement principalement par le prélèvement de cotisations (art. 114 al. 3 Cst.) ou se limite à permettre le prélèvement de cotisations (art. 116 al. 3 Cst.). Pour les allocations familiales, la Constitution se borne à prévoir la possibilité de contributions publiques de la Confédération et des cantons (art. 116 al. 4 Cst.) sans réglementer directement le financement de ces prestations.

Il découle ainsi de l'ensemble des dispositions constitutionnelles en matière d'assurances sociales qu'en dehors des cas où le constituant impose des modalités spécifiques de financement le législateur reste libre dans la réglementation du financement de l'assurance. Une base constitutionnelle expresse n'est donc nécessaire ni pour prévoir le prélèvement de cotisations ni pour imposer un financement public au moins partiel des prestations d'assurances sociales.

1.2.4 En particulier : portée de l'art. 117 Cst. en ce qui concerne le financement de prestations d'assurance-maladie par les cantons.

Deux lignes d'argumentation se sont cristallisées au fil du temps pour fonder la compétence de la Confédération pour imposer aux cantons un financement direct ou indirect des prestations de l'assurance-maladie sociale : d'une part la compétence fédérale d'imposer aux cantons la prise en charge d'une part du financement des soins, d'autre part la compétence fédérale de régler le financement des prestations de l'assurance des soins.

¹⁹ P. Mahon, art. 116, n° 16, in J-F Aubert et P. Mahon, Petit commentaire de la Constitution, 2003: "Autrement dit, le législateur est autorisé à imposer une participation des cantons au financement des allocations familiales et de l'assurance-maternité."

1.2.4.1 Compétence pour imposer aux cantons la prise en charge d'une part du financement des soins²⁰

La compétence dont la Confédération dispose pour légiférer en matière d'assurance-maladie touche à la compétence des cantons dans le domaine de la santé publique²¹. En vertu de la répartition des compétences fixée à l'art. 3 Cst., l'approvisionnement en soins constitue une tâche publique des cantons. Ceux-ci ont assumé cette tâche notamment au travers de l'octroi de subsides aux hôpitaux publics ou au travers de l'aide sociale pour les personnes de condition économique modeste. Pour sa part, la Confédération veille à ce que la population puisse s'assurer à des conditions supportables contre les risques de maladie et d'accidents (art. 117 Cst.) et que, par conséquent, l'assurance-maladie et l'assurance-accidents demeurent des assurances à caractère social.²² A priori, la Confédération devrait respecter les compétences des cantons dans l'exercice de ses propres compétences. La compétence fédérale en matière d'assurance-maladie et celle cantonale en matière d'approvisionnement en soins sont toutefois étroitement imbriquées : la fourniture de soins peut être régie par les cantons au titre d'approvisionnement en soins tandis que la prise en charge de ces soins par l'assurance-maladie est soumise aux conditions posées par la législation fédérale. Selon un avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 18 septembre 1984, cette imbrication des compétences fédérale et cantonale a pour conséquence que la Confédération et les cantons ont une responsabilité commune pour lutter contre l'augmentation des coûts dans le domaine de la santé et ainsi pour assurer le fonctionnement et le financement des caisses-maladie.²³ Une telle responsabilité commune implique une sorte de partenariat²⁴ entre la Confédération et les cantons, qui prend forme non seulement au travers de l'attribution aux cantons de diverses tâches dans l'exécution de l'assurance-maladie mais aussi au travers d'une participation des cantons au financement de l'assurance-maladie.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LAMal en 1996, la participation des cantons au financement des soins pris en charge par l'assurance-maladie était facultative du point de vue du droit fédéral. La Confédération tirait des conséquences des mesures prises librement par les cantons en modulant son propre régime de subventions, mais elle n'imposait pas d'obligations financières aux cantons. Les autorités fédérales avaient toutefois admis déjà avant 1994 que la Confédération pouvait se fonder sur sa compétence législative en matière d'assurance-maladie pour imposer une participation des cantons au financement des soins pris en charge par l'assurance-maladie. Le message du Conseil fédéral de 1981 justifiait comme suit la constitutionnalité d'une mesure imposant aux cantons de financer la moitié des subsides fédéraux aux caisses-maladie et de verser eux-mêmes des subsides aux assurés disposant de ressources modestes :

²⁰ La notion de soins est ici comprise au sens large de l'assurance obligatoire des soins (obligatorische Krankenpflegeversicherung). Elle vise toutes les prestations au sens des art. 25 à 31 LAMal qui sont fournies par les fournisseurs de prestations au sens de l'art. 35 al. 2 LAMal. Elle n'est donc pas limitée aux prestations de soins en cas de maladie (Pflegeleistungen bei Krankheit) au sens de l'art. 25a LAMal.

²¹ Tomas Poledna, Art. 117, n° 9 in St Galler BV Kommentar, 3e. éd. 2014. Cf. aussi Zeno Schnyder von Wartensee, Schwerpunkte und Tendenzen in der Rechtsetzung der Kantone, LeGes 2012/2, p. 177, 192.

²² Message du 18 septembre 2000, FF 2001 693, 699.

²³ JAAC 48, 79, pp. 492 ss, p. 503. Cet avis de droit portait sur la constitutionnalité d'une règle selon laquelle l'obligation de prise en charge de prestations par les caisses maladie dépendait du respect de la planification cantonale par les fournisseurs de prestations.

²⁴ Message, FF 1992 I 120.

"La nouvelle règle obligeant les cantons à participer au financement de l'assurance des soins médicaux et pharmaceutiques est également couverte par la formule générale de l'article 34^{bis} Cst. Aujourd'hui déjà, les cantons contribuent largement à la réalisation de l'assurance-maladie. C'est ainsi qu'ils sont habilités à déclarer l'assurance-maladie obligatoire et qu'ils jouent un rôle important dans l'application de la loi, notamment en ce qui concerne les conventions tarifaires. La nouvelle obligation qui leur est imposée trouve sa source dans les relations étroites qui existent entre la santé publique et l'assurance-maladie, ainsi que dans le fait que l'extension des prestations à la charge des caisses apporte, entre autres avantages, des allègements pour les cantons et les communes (assistance publique). Il faut donc, en utilisant la compétence législative de la Confédération, viser à un meilleur équilibre entre la répartition des tâches et celle des charges. C'est pourquoi les cantons seront, tout comme les assurés et la Confédération, appelés à contribuer au financement de l'assurance-maladie. Dans une certaine mesure, les cantons assument d'ailleurs déjà, de leur propre chef, une telle participation [...]."²⁵

La réglementation du partenariat avec les cantons ne doit pas être comprise comme une extension de la compétence législative fédérale à des compétences cantonales en raison de leur connexité avec la tâche fédérale. En imposant aux cantons un financement partiel des traitements hospitaliers, la Confédération n'a pas évoqué à elle la compétence cantonale en matière d'approvisionnement en soins hospitaliers. De même, l'obligation de verser des subsides aux assurés de condition économique modeste ne se fonde pas sur la compétence cantonale en matière d'aide sociale. La figure de l'évocation de compétences violerait en effet la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons établie par l'art. 3 Cst.

Le partenariat avec les cantons s'exprime en premier lieu par le fait que la Confédération impose aux cantons dans l'exécution de l'assurance-maladie diverses tâches administratives qui ont des conséquences sur la manière dont les cantons peuvent exercer leur propre tâche en matière d'approvisionnement en soins. C'est ainsi que la législation fédérale a réglé de manière assez détaillée les tâches des cantons en matière de planification hospitalière : la planification hospitalière est à la base une compétence propre des cantons²⁶, mais elle a acquis un caractère obligatoire au titre de condition à la prise en charge des traitements hospitaliers par l'assurance²⁷. Il découle alors du fédéralisme d'exécution qu'il appartient en principe aux cantons de financer leurs tâches d'exécution du droit fédéral.²⁸

La réglementation du partenariat avec les cantons se rapporte en outre à la question des coûts. La compétence législative fédérale en matière d'assurance-maladie habilite le législateur fédéral à réglementer non seulement les coûts à charge de l'assurance mais aussi ceux à charge des assurés. Pour garantir le caractère social de l'assurance-maladie, la loi peut régler dans sa totalité le coût des prestations à charge de l'assurance-maladie et régir aussi l'attribution de ce coût. L'objectif est en premier lieu d'éviter que l'assuré se retrouve devoir payer à titre de patient tout ou partie des coûts qui ne sont pas pris en charge par l'assurance. En effet, l'assurance-maladie règle de manière exhaustive la participation des assurés aux coûts par

²⁵ FF 1981 II 1069, 1173.

²⁶ Thomas Poledna, Art. 117 n° 10, in: St-Galler BV-Kommentar, 3e éd., 2014.

²⁷ Sur la constitutionnalité de cette réglementation, cf. Ueli Kieser, Spitalliste und Spitalfinanzierung - Auswirkungen der Änderung des Krankenversicherungsgesetzes vom 21. Dezember 2007 (Spitalfinanzierung), PJA 2010, p. 61, 65.

²⁸ Cf. infra 2.2.4.

une franchise et une quote-part²⁹. Cette limitation de la participation des assurés peut être mise en œuvre à l'égard des fournisseurs de prestations; elle prend alors la forme de la protection tarifaire : la LAMal interdit aux fournisseurs de prestations d'exiger des assurés une rémunération plus élevée que les tarifs convenus et prix fixés conformément à la LAMal³⁰.

Dans les domaines où les cantons ont traditionnellement contribué au financement du coût des soins, à savoir principalement en matière de traitements hospitaliers, il n'aurait pas suffi de prévoir une protection tarifaire des assurés à l'égard des fournisseurs de prestations. Les subsides cantonaux étaient un facteur important du coût, car les tarifs des prestations à charge de l'assurance-maladie tenaient compte des subsides cantonaux. Une réglementation exhaustive de la répartition des coûts, y compris en ce qui concerne les subsides cantonaux, pouvait donc être considérée comme nécessaire pour maintenir les primes à un niveau raisonnable et garantir le caractère social de l'assurance-maladie. Le message du 6 novembre 1991 précisait en effet que le financement de l'assurance-maladie principalement par les primes des assurés ne pourrait pas être maintenu sans la participation directe des pouvoirs publics au financement de la santé publique.³¹ Il faut donc reconnaître à la Confédération la triple compétence suivante :

- a) la compétence de délimiter les coûts imputables à l'assurance des soins, en excluant les coûts des prestations d'intérêt général³² à charge des cantons si ceux-ci les estiment nécessaires;
- b) la compétence de limiter la charge de l'assurance et des assurés en déterminant la part des coûts imputables qui est impartie à ces deux catégories;³³
- c) la compétence de déterminer qui prend en charge le reste des coûts imputables. Cela implique que la législation fédérale peut circonscrire la part des coûts imputables qui est dévolue aux cantons.³⁴

Sans cette triple compétence du législateur fédéral, les cantons auraient pu librement réduire ou supprimer leurs subsides hospitaliers. Une telle réduction aurait entraîné selon toute vraisemblance une augmentation notable des tarifs et des primes puisque l'assurance des soins aurait dû assumer la part des coûts imputables qui était prise en charge précédemment par

²⁹ Art. 64 LAMal. Art. 14^{bis} LAMA introduit en 1964. Un arrêté du Conseil fédéral du 22 juillet 1936 (RS 8 350) a déjà obligé les caisses à mettre à la charge des assurés une partie des frais médico-pharmaceutiques.

³⁰ Art. 44 al. 1 LAMal (protection tarifaire). Cf. aussi art. 49 al. 5 LAMal pour les prestations hospitalières.

³¹ FF 1992 I 77, 83.

³² Art. 49 al. 3 LAMal. Cf. déjà art. 22^{quinquies} al. 2 de la révision du 20 mars 1987, rejetée en votation populaire.

³³ Le parlement fédéral avait déjà introduit dans la révision du 20 mars 1987, rejetée en votation populaire, une disposition limitant à 60% la part des frais de traitement hospitalier à charge de l'assurance-maladie. Lors des débats, le conseiller fédéral Egli avait déclaré : *"Aber ich glaube doch [...] dass es eine politische Frage ist, die wir hier zu entscheiden haben. Da möchte ich vorerst darauf aufmerksam machen, dass wir uns hier im Tarifbereich befinden, also in einem Bereich, der eigentlich in die Kompetenz der Kantone gehörte. Der Bundesgesetzgeber ist schon verwegen genug, wenn er sich anmass, in diesem Bereich zu legislieren. Also sollte er sich zumindest an ein bestimmtes Mass halten. Dem Deckungsgrad von 60 Prozent haben die kantonalen Sanitätsdirektoren zugestimmt. Ich möchte Ihnen daher empfehlen, die Grossmut der Sanitätsdirektoren nicht allzu sehr zu strapazieren und es bei diesen 60 Prozent bewenden zu lassen, wie die Kommission entschieden hat."* (BO CN 1984 1392)

³⁴ Critique: Thomas Poledna, Art. 117, n°10, in: St Galler BV-Kommentar, 3e éd., 2014, qui estime que le financement de la "mise à disposition de prestations hospitalières" (Finanzierung der stationären Leistungsbereitstellung) relève de la compétence des cantons.

les cantons. La large compétence législative de la Confédération en matière d'assurance-maladie peut être comprise comme impliquant la possibilité de prendre les mesures nécessaires pour lutter contre une augmentation excessive de la charge pour les assurés et l'assurance.³⁵

En conclusion, le législateur fédéral peut tenir compte des tâches propres des cantons lorsque, dans l'exercice de sa compétence en matière d'assurance-maladie, il répartit les coûts des prestations médicales prises en charge par l'assurance-maladie. Il n'est pas tenu de se limiter à prendre en compte le financement que les cantons choisissent d'assumer. Il lui est au contraire loisible de délimiter la part des coûts totaux que les cantons doivent prendre en charge par rapport aux parts attribuées à l'assurance et aux assurés.

1.2.4.2 Compétence de régler le financement des prestations d'assurance

Nous avons vu que le silence de l'art. 117 Cst. sur le financement de l'assurance-maladie laisse le législateur libre de réglementer ce financement en utilisant tant la forme de la cotisation des assurés que celle d'un financement par les subsides des pouvoirs publics.

La compétence de la Confédération pour prévoir le financement au moins partiel de l'assurance-maladie par des subventions est incontestable. Dès le début de la réglementation de l'assurance-maladie, la Confédération a versé des subventions. Jusqu'en 1995, il s'agissait principalement d'aides financières au sens de la loi du 5 octobre 1990 sur les subventions (RS 616.1). Ces aides financières avaient pour but initial de compenser les charges que la LAMA imposait aux caisses-maladie reconnues. Elles avaient toutefois aussi pour conséquence qu'une partie des coûts de l'assurance-maladie était financée au moyen des subventions fédérales provenant essentiellement de recettes fiscales. Cet aspect-ci est devenu prépondérant dès la révision du 13 mars 1964 qui a fixé les contributions de la Confédération en pourcentage des frais moyens de l'année précédente³⁶.

La LAMal a modifié ce mode de financement. D'une part, la Confédération a versé dorénavant des indemnités aux cantons pour les subventions individuelles que ceux-ci étaient nouvellement tenus de prévoir à titre de réduction des primes pour les assurés de condition économique modeste. D'autre part, la Confédération a imposé aux cantons la prise en charge de la moitié des coûts des traitements hospitaliers. Le message relatif à la LAMal a fait valoir que le législateur pouvait choisir de financer une partie des prestations d'assurance à l'aide de sources plus différenciées sur le plan social que les primes, autrement dit avec les recettes fiscales³⁷. En effet, les primes sont fixées indépendamment du revenu et imposent une charge proportionnellement plus importante aux personnes ayant un faible revenu. A l'inverse, le prélèvement des impôts doit respecter les principes de l'universalité, de l'égalité de traitement et de la capacité économique dans la mesure où la nature de l'impôt le permet³⁸.

Il n'y a pas de raison pour considérer que le financement étatique de l'assurance-maladie serait limité par la compétence législative fondée sur l'art. 117 al. 1 Cst. au seul octroi de subventions par la Confédération. Comme les coûts à charge de l'assurance-maladie sont causés par les habitants du canton et, en majorité, par les fournisseurs de prestations sis dans le

³⁵ Message du 19 août 1981, FF 1981 II 1078: "*Il s'agit d'éviter des transferts excessifs de frais hospitaliers sur l'assurance-maladie et de stimuler la modération des dépenses de santé également sur le plan cantonal.*"

³⁶ RO 1964 961. Au sujet des mesures ultérieures visant à limiter l'augmentation des subsides de la Confédération, voir le message du 6 novembre 1991 (FF 1992 I 77, 119).

³⁷ Message, FF 1992 I 110.

³⁸ Art. 127 al. 2 Cst.

canton, il y a un lien de connexité étroit entre le canton et ces coûts³⁹. Ce lien de connexité est au moins aussi étroit que celui liant ces coûts à la Confédération en tant que législateur.

L'attribution aux cantons de l'obligation de financer une partie des coûts des prestations à charge de l'assurance-maladie est également cohérente avec le rôle des cantons dans la fixation des primes. Depuis fort longtemps, en effet, l'échelonnement des primes en fonction du canton est la règle dans la pratique. Jusqu'en 2015 les assureurs avaient la faculté d'échelonner les montants des primes s'il était établi que les coûts différaient selon les cantons et les régions.^{40 41} A partir de 2016, la faculté a été transformée en obligation : la loi impose aux caisses-maladie l'obligation d'échelonner les montants des primes selon les différences des coûts cantonaux, sauf si les effectifs sont très peu importants.^{42 43} Derrière ce système de différenciation des primes en fonction des coûts spécifiques à chaque canton, il y a l'idée que les coûts dépendent à la fois des choix du canton en matière de fournisseurs de prestations, en particulier dans le domaine de la planification hospitalière, et du comportement de l'ensemble des assurés qui habitent dans le canton. L'application du principe de la mutualité est ainsi limitée pour l'essentiel au cadre cantonal; il s'agit d'éviter que les coûts causés par les assurés d'un canton ayant opté pour un certain degré d'approvisionnement en soins soient financés aussi par les primes des assurés d'un autre canton veillant à davantage limiter les coûts des prestations de soins. Dans un tel contexte, un subventionnement uniforme par la Confédération serait peu logique puisqu'il introduirait une part de solidarité à l'échelle de la Suisse entière que le mode de fixation des primes vise précisément à éviter.

En conclusion, l'art. 117 Cst. permet à la Confédération non seulement de prévoir un financement au moins partiel des prestations de l'assurance des soins par des subsides des pouvoirs publics, mais aussi et surtout de déterminer la collectivité publique adéquate pour verser et financer ces subsides.

1.3 Conclusion intermédiaire

L'art. 117 al. 1 Cst. donne à la Confédération une compétence globale en matière d'assurance-maladie. Cette disposition laisse au législateur fédéral une très grande marge de manœuvre en matière de financement.⁴⁴ Depuis les débuts de l'assurance-maladie sociale, le financement a mis en œuvre trois sources: primes des assurés, participation des assurés aux coûts (quote-part et franchise) et subsides des pouvoirs publics. Le législateur fédéral ne peut pas

³⁹ Pour le cas particulier de la prise en charge de la part cantonale pour des assurés à l'étranger (art. 49a al. 2 LAMal qui entrera en vigueur le 1er janvier 2019), la justification est aussi l'existence d'un lien de connexité entre ces personnes et le canton.

⁴⁰ La révision de la LAMA du 13 mars 1964 a introduit pour la première fois la mention de la faculté pour les caisses-maladie d'échelonner les cotisations d'après les différences de frais "dues aux conditions locales" (art. 6^{bis} al. 2, RO 1964 961).

⁴¹ Comme cet échelonnement n'a pas entièrement correspondu en pratique aux dépenses effectives dans les différents cantons, le législateur fédéral a organisé un système de correction des primes payées entre 1996 et 2013 (cf. art. 106 ss LAMal).

⁴² Art. 61 al. 2 LAMal.

⁴³ Un régime de compensation a été prévu à titre facultatif pour le cas où, dans un canton, les primes encaissées par un assureur pour une année donnée seraient nettement plus élevées que les coûts cumulés dans ce canton-là (art. 17 LSAMal).

⁴⁴ Dans le même sens, Ueli Kieser, Gutachten vom 22. März 2017 erstattet für curafutura zu Fragen der einheitlichen Finanzierung der Leistungen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (Ausarbeitung eines Vorschlages zur gesetzmässigen Umsetzung), ch. 6.2.3 et 6.4.

régler directement l'approvisionnement en soins qui reste une tâche cantonale. Il peut en revanche régler le financement des soins pris en charge par l'assurance-maladie. Cela implique que la loi fédérale peut délimiter la part des coûts totaux que les cantons doivent prendre en charge par rapport aux parts attribuées à l'assurance et aux assurés. La législation fédérale peut aussi déterminer la collectivité publique adéquate pour verser et financer les subsides des pouvoirs publics aux prestations d'assurance.

2 Art. 43a Cst.

2.1 Généralités

2.1.1 Contenu du principe de l'équivalence fiscale

L'art. 43a Cst. règle les "principes applicables lors de l'attribution et de l'accomplissement des tâches étatiques". L'al. 1 de l'art. 43a concerne le principe de subsidiarité. Les al. 2 et 3 forment ensemble le principe de l'équivalence fiscale. L'al. 4 concerne l'approvisionnement en prestations de base et l'al. 5 l'accomplissement rationnel et adéquat des tâches de l'Etat. Comme l'objet du présent avis de droit concerne une question de financement, nous mettrons en avant le principe de l'équivalence fiscale.

Selon l'art. 43a al. 2 Cst., la collectivité bénéficiant d'une prestation de l'Etat doit prendre en charge les coûts de cette prestation; quant à l'art. 43a al. 3 Cst., il prévoit que la collectivité qui prend en charge les coûts d'une prestation de l'Etat doit décider de cette prestation. Cela vise une "triple congruence"⁴⁵: "le bénéficiaire [Nutzniesser], l'unité d'imputation [Kostenträger] et l'unité qui prend la décision [Entscheidsträger] doivent si possible être identiques. L'al. 2 concerne les deux premiers éléments, l'al. 3 les deux derniers."⁴⁶

2.1.2 Fonction du principe de l'équivalence fiscale, en particulier la "non-centralisation" et le "désenchevêtrement des tâches et du financement"

Avec le principe de subsidiarité visé par les art. 5a et 43a al. 1 Cst., le principe de l'équivalence fiscale répond aux "objectifs majeurs d'un fédéralisme moderne, tels que la non-centralisation, le respect de l'autonomie des collectivités territoriales d'échelons inférieurs, le ménagement du budget central, la stabilité structurelle, la capacité d'innover et le frein au pouvoir vertical"⁴⁷. Cela vise à un "désenchevêtrement des tâches et du financement": "La responsabilité de l'exécution des tâches publiques doit si possible être attribuée soit intégralement à la Confédération, soit intégralement aux cantons."⁴⁸

2.1.3 Les principes de l'art. 43a Cst. comme maximes politiques non justiciables

Le Message RPT 2001 qualifie les principes de l'art. 43a Cst. comme des "principes ne pouvant être invoqués directement devant les tribunaux"⁴⁹, comme des "critères ne [pouvant pas]

⁴⁵ Message du 14.11.2001 concernant la Réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT) (ci-après: Message RPT 2001), FF 2002 2320.

⁴⁶ Message RPT 2001, ibidem.

⁴⁷ Message RPT 2001, FF 2002 2169.

⁴⁸ Message RPT 2001, FF 2002 2194, ch. 2.3.

⁴⁹ FF 2002 2192, ch. 2.

faire l'objet d'un contrôle judiciaire⁵⁰ et comme des "lignes directrices (ne pouvant être invoquées devant un tribunal)"⁵¹. Quant à la doctrine dominante, elle considère le principe de l'équivalence fiscale comme non justiciable⁵². L'équivalence fiscale, le principe de subsidiarité et les autres principes de l'art. 43a Cst. sont des maximes politiques ou, en d'autres termes, des "maximes de la politique du fédéralisme, desquelles on ne peut pas déduire des conséquences juridiques précises"⁵³.

2.2 Portée juridique limitée des principes de l'art. 43a Cst. pour l'exercice de la compétence législative fédérale de l'art. 117 Cst.: aspects particuliers

Vu leur caractère de maximes politiques, les principes de l'art. 43a Cst. n'ont qu'une portée juridique limitée. Il faut en particulier faire attention à ne pas mélanger l'appréciation de la portée *juridique* de l'art. 117 Cst. à titre de norme de compétence avec l'opportunité *politique* de l'exercice des marges de manœuvre laissées ouvertes par le droit à la lumière des principes de l'art. 43a Cst. Nous allons par la suite examiner des aspects particuliers du principe d'équivalence fiscale qui nous paraissent pertinents pour l'appréciation juridique de la portée de l'art. 117 Cst.

2.2.1 Les contours imprécis des principes de l'art. 43a Cst.: la question du destinataire

Les principes de l'art. 43a Cst. ont des "contours imprécis"⁵⁴. Cela vaut en particulier pour le principe de l'équivalence fiscale visé à l'art. 43a al. 2 et 3 Cst.⁵⁵

L'imprécision apparaît en relation avec le destinataire de l'art. 43a al. 2 et 3 Cst. Ces dispositions s'adressent à la "collectivité" ("das Gemeinwesen"). Cette notion est sujette à interprétation. La version allemande de la Constitution fédérale n'emploie pas ailleurs cette notion. En ce qui concerne la Confédération, on peut soutenir que les principes concernent principalement tant la procédure de révision constitutionnelle que la procédure législative.⁵⁶

2.2.2 Les principes de l'art. 43a Cst. ne sont pas des limites à la révision de la Constitution

Il faut constater que les principes de l'art. 43a Cst. ne sont pas des limites à la révision de la Constitution. Ils ne sont pas non plus mentionnés parmi les limites expresses de l'art. 139 Cst. Cela signifie que la liberté de décision du constituant en matière d'attribution de tâches n'est aucunement limitée par les critères de l'art. 43a Cst.⁵⁷ Là aussi apparaît la portée juridique limitée des principes de l'art. 43a Cst.

S'agissant de la genèse des principes, il faut relever que l'art. 43a Cst. a été édicté dans le cadre de la réforme de la péréquation et de la répartition des tâches (RPT). Dans la mesure nécessaire, diverses dispositions constitutionnelles, en particulier dans la partie attributive de compétences, ont été modifiées. L'art. 117 Cst. est resté inchangé. Cela laisse supposer que

⁵⁰ FF 2002 2202, ch. 2.6.2.

⁵¹ FF 2002 2320.

⁵² Rainer J. Schweizer/Lucien Müller, Art. 43a n° 13 avec d'autres références, in: St. Galler BV-Kommentar, 3e éd., 2014.

⁵³ Giovanni Biaggini, Basler BV-Kommentar, 2015, Art. 43a, n° 8 (traduction).

⁵⁴ Biaggini, op. cit., n° 2 (traduction).

⁵⁵ Biaggini, op. cit., n° 27 ss.

⁵⁶ Cf. le titre de l'art. 43a Cst.: "Principes applicables lors de l'attribution et de l'accomplissement des tâches étatiques"; Message RPT 2001, FF 2002 2320.

⁵⁷ Schweizer/Müller, op. cit., n° 5 avec d'autres références.

la portée de l'art. 117 Cst., telle qu'elle a été comprise jusqu'alors, n'a pas été considérée comme problématique au regard des principes de l'art. 43a Cst.⁵⁸

2.2.3 *Les principes de l'art. 43a Cst. comme critères d'appréciation politique de projets législatifs dans le cadre de la procédure législative*

Lorsqu'il règle la manière dont une tâche doit être exécutée, le législateur doit, d'un point de vue juridique, se baser sur les dispositions constitutionnelles pertinentes qui fixent des compétences et attribuent des tâches, car ce sont ces dispositions qui expriment le cadre constitutionnel spécifique à une tâche. La manière dont le législateur fait usage des marges de manœuvre que le cadre constitutionnel spécifique à une tâche lui laisse est en revanche une question d'opportunité politique. Le législateur peut évaluer la réglementation d'une tâche aussi au regard des principes politiques de l'art. 43a Cst. Cette évaluation reste toutefois une affaire politique, vu que ces principes ne sont pas justiciables.

2.2.4 *Tension entre le principe de l'équivalence fiscale et l'art. 46 Cst.?*

On peut se demander si le principe de l'équivalence fiscale n'est pas dans une certaine mesure en conflit avec l'art. 46 Cst. relatif à l'exécution du droit fédéral par les cantons. L'art. 46 al. 1 Cst. concerne "de manière générale la répartition des rôles entre la Confédération et les cantons en ce qui concerne l'exécution du droit fédéral"⁵⁹. Il "énonce dans un certain sens une présomption d'exécution en faveur des cantons"⁶⁰. En ce qui concerne le financement de l'exécution il faut relever ce qui suit: la règle selon laquelle l'exécution du droit fédéral relève des tâches cantonales, aussi appelée fédéralisme d'exécution, "n'oblige nullement la Confédération à fournir aux cantons les moyens financiers nécessaires à la mise en œuvre et à l'exécution du droit fédéral"⁶¹. En d'autres termes: "L'art. 46 al. 1 ne donne aux cantons à lui seul aucun droit à une indemnisation financière; sont réservés les droits particuliers à des indemnités prévus par la Constitution et la législation fédérales"⁶². Traditionnellement le principe est plutôt que les cantons doivent financer eux-mêmes leurs tâches en matière d'exécution ordinaire du droit fédéral⁶³. Il y a donc une tension qui subsiste vis-à-vis du principe de l'équivalence fiscale, dans la mesure où le fédéralisme d'exécution prévu par l'art. 46 Cst. attribue à la Confédération la "compétence de décision", à savoir la compétence de légiférer, tandis que l'exécution et son financement sont du ressort des cantons. La compétence de décision et la compétence de financement ne sont donc pas attribuées à la même collectivité dans le fédéralisme d'exécution. Les cantons ne peuvent en particulier pas déduire du principe de l'équivalence fiscale prévu par l'art. 43a al. 2 et 3 Cst. des droits à des indemnités pour l'exécution du droit fédéral, car, contrairement à l'art. 46 Cst., l'art. 43a Cst. n'est pas justiciable. Il faut aussi relever que les cantons reçoivent au travers de la péréquation financière des moyens

⁵⁸ Cf. en général: Biaggini, op. cit., n° 30.

⁵⁹ Biaggini, op. cit., art. 46 n° 13 (traduction).

⁶⁰ Biaggini, op. cit., art. 46, n° 14 (traduction).

⁶¹ Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 215, concernant l'art. 37 du projet.

⁶² Biaggini, op. cit., art. 46 n° 24 (traduction).

⁶³ Cf. art. 9 al. 2 let. b de la loi sur les subventions (RS 616.1): "Les dispositions légales prévoyant des indemnités pour les cantons ou pour leurs collectivités locales de droit public peuvent être édictées lorsque: ... b. les cantons sont appelés à accomplir des tâches qui vont au-delà de la simple exécution administrative de dispositions fédérales."

financiers sans affectation déterminée⁶⁴. Ces « fonds provenant de la péréquation financière comptent également parmi les 'moyens financiers nécessaires pour accomplir leurs tâches' visés à l'art. 47, al. 2, Cst. et sont, de ce point de vue, eux aussi pertinents au regard de l'équivalence fiscale »⁶⁵.

2.3 Conclusion intermédiaire

- Les principes énoncés par l'art. 43a Cst. sont des maximes politiques non justiciables et n'ont donc qu'une portée juridique limitée.
- Ils constituent en particulier des points d'orientation lors de l'exercice de marges de manœuvre laissées ouvertes par le droit constitutionnel.
- Le principe de l'équivalence fiscale visé par l'art. 43a al. 2 et 3 Cst. reste en tension avec la règle selon laquelle l'exécution du droit fédéral est du ressort des cantons (aussi appelée "fédéralisme d'exécution", art. 46 Cst.), à savoir qu'une législation édictée par la Confédération est en règle générale exécutée par les cantons et que ceux-ci doivent veiller au financement de l'exécution.

3 Appréciation de la constitutionnalité du projet de révision de la LAMal

3.1 Les grandes lignes du projet

Deux variantes nous ont été soumises. Les deux ont en commun que le canton de résidence a l'obligation de prendre en charge un pourcentage des rémunérations dues aux fournisseurs de prestations pour toutes les prestations à charge de l'assurance des soins. Chaque canton détermine le pourcentage déterminant, la loi fédérale fixant un minimum de 21.6%. Par rapport au droit actuel, les deux variantes du projet étendent à l'ensemble des prestations à charge de l'assurance des soins, y compris les traitements ambulatoires, le concept de la part cantonale que l'art. 49a LAMal institue pour la rémunération des prestations hospitalières. Seules les prestations de soins en cas de maladie visées à l'art. 25a LAMal et pour lesquels l'assurance-maladie ne verse qu'une contribution sont exclues.

Les deux variantes se distinguent en ce qui concerne les modalités de versement de la part cantonale. La variante 1 charge l'institution commune visée par l'art. 18 LAMal de gérer la répartition entre les assureurs de la part cantonale que les cantons lui versent. La variante 2 prévoit que le canton verse sa part directement aux assureurs. Dans les deux cas, le canton ne peut plus verser sa part directement au fournisseur de prestations, contrairement à ce que le droit actuel prévoit⁶⁶.

⁶⁴ Cf. art. 6 al. 2 de la loi fédérale sur la péréquation financière et la compensation des charges (RS 613.2).

⁶⁵ Rapport du Conseil fédéral du 12 septembre 2014 en réponse au postulat 12.3412 (Stadler Markus) concernant le "Respect des principes de la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT)", ci-après: Rapport "Respect des principes de la RPT", ch. 2.2 in fine, p. 11.

⁶⁶ Art. 49a al. 3 LAMal.

3.2 *Appréciation sous l'angle de l'art. 117 Cst.*

3.2.1 *Extension des subsides des pouvoirs publics à l'ensemble des prestations à charge de l'assurance des soins*

L'art. 117 Cst. habilite le législateur fédéral à prévoir que le coût des prestations prises en charge par l'assurance des soins — ce que la LAMal appelle la rémunération des fournisseurs de prestations⁶⁷ — soit financé au moins partiellement par des subsides des pouvoirs publics.⁶⁸ Cette disposition n'impose pas une limitation des subsides aux traitements dits hospitaliers, à savoir ceux qui impliquent en règle générale une nuit à l'hôpital⁶⁹. Déjà sous l'empire de l'art. 34^{bis} aCst., la loi fédérale prévoyait, depuis la révision du 13 mars 1964 de la LAMA, le versement de subsides calculés en fonction de la moyenne de l'ensemble des frais médicaux et pharmaceutiques⁷⁰.

De même, l'art. 117 Cst. n'impose pas au législateur de réserver les subsides aux soins fournis en faveur d'une catégorie d'assurés, tels que ceux ayant une condition économique modeste. Le législateur est libre de faire bénéficier de subsides des pouvoirs publics tous les assurés, indépendamment de leur condition économique. C'est alors au niveau du financement des subsides par l'impôt que la capacité contributive des personnes sera prise en considération.

3.2.2 *Attribution du financement des subsides aux cantons*

S'agissant des soins fournis dans le canton de résidence des assurés, l'argumentation traditionnelle selon laquelle le législateur fédéral peut tenir compte de la tâche des cantons en matière d'approvisionnement en soins lorsqu'il règle sur la base de l'art. 117 Cst. le financement du coût des prestations prises en charge par l'assurance des soins⁷¹ reste en principe valable. Le fait que les cantons ne financent ordinairement pas les prestations fournies de manière ambulatoire n'empêche pas la Confédération d'imposer aux cantons une obligation de financement aussi pour ce domaine. Le législateur fédéral peut tenir compte d'une tâche cantonale dans l'attribution des coûts d'une prestation prise en charge par l'assurance, mais la manière dont les différents cantons assument cette tâche jusqu'à présent n'est pas décisive. Or, la tâche cantonale en matière d'approvisionnement en soins ne se limite pas aux soins hospitaliers. Elle s'étend aussi aux soins fournis de manière ambulatoire. On relèvera par ailleurs que l'équilibre entre les coûts pris en charge usuellement par les cantons et les nouvelles obligations financières n'est pas déterminant juridiquement au regard de l'art. 117 Cst., même s'il est pertinent d'un point de vue politique.⁷²

⁶⁷ Cf. art. 42 et 43 LAMal.

⁶⁸ Cf. supra ch. 1.4.

⁶⁹ Cf. la définition des traitements hospitaliers à l'art. 3 de l'ordonnance sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux, les maisons de naissance et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie (RS 832.104).

⁷⁰ Art. 35 LAMA (RO 1964 961).

⁷¹ Cf. supra 1.2.4.1

⁷² Le projet de révision de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 20 mars 1987 (rejeté en votation populaire le 6 décembre 1987) faisait dépendre l'entrée en vigueur de la disposition imposant aux cantons la prise en charge de la moitié des subsides fédéraux de la condition que le premier train de mesures au titre de la nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons ait déchargé de manière appropriée les cantons dans d'autres domaines (dispositions transitoires, let. e; FF 1987 I 991 s.)

La LAMal laisse aux assurés le libre choix en Suisse parmi les fournisseurs de prestations admis à pratiquer à charge de l'assurance des soins⁷³. Le tarif applicable est en revanche limité pour les traitements hospitaliers⁷⁴. Il en découle que l'assuré peut choisir de se faire traiter en dehors de son canton de résidence sans que ce traitement extra-cantonal doive être justifié par des raisons médicales. Le projet de la CSSS-N impose au canton de résidence aussi une part des coûts de ces traitements extra-cantonaux. Or, il est douteux que la tâche du canton de garantir l'approvisionnement en soins couvre ces traitements extra-cantonaux sans raisons médicales. Point n'est besoin toutefois de trancher cette question, car la deuxième ligne d'argumentation évoquée plus haut⁷⁵ s'applique : le législateur fédéral peut se fonder sur l'art. 117 Cst. pour déterminer la collectivité publique adéquate pour verser et financer les subsides des pouvoirs publics destinés à couvrir au moins partiellement le coût des prestations de l'assurance des soins. Dans la mesure où le lieu de résidence des bénéficiaires des soins crée un lien de connexité étroit avec le canton, le législateur fédéral peut imposer au canton de résidence de prendre en charge au moins une partie du coût des prestations de l'assurance des soins pour les traitements extra-cantonaux⁷⁶.

3.2.3 Versement des subsides aux assureurs

L'art. 117 Cst. laisse au législateur une très grande marge de manœuvre en ce qui concerne les modalités de versement des subsides des pouvoirs publics. Que ces subsides soient versés aux assureurs (comme c'était le cas avant 1996 pour les subsides fédéraux et depuis 2012 pour la réduction des primes), aux fournisseurs de prestations (comme c'est le cas en droit actuel pour la part cantonale aux traitements hospitaliers) ou aux assurés (comme c'était le cas entre 1996 et 2011 pour les réductions de prime), cela est en principe indifférent d'un point de vue constitutionnel. Le fait que le projet de révision de l'art. 117 Cst. du 21 décembre 2007⁷⁷ ait prévu le versement des contributions publiques "à l'organisme qui finance les prestations" ne signifie pas qu'une base constitutionnelle serait nécessaire pour une telle réglementation.

Le choix d'obliger les cantons à verser les subsides aux assureurs a toutefois une conséquence importante. Il implique en effet que l'obligation cantonale ne porte plus sur le coût des soins⁷⁸ mais seulement sur le coût des prestations de l'assurance. L'intégralité des coûts imputables des soins est dorénavant à charge de l'assurance. Cela signifie que la participation des cantons ne peut plus être justifiée par la délimitation de la part des coûts des soins qui est à charge des cantons en raison de leur propre compétence en matière d'approvisionnement en soins⁷⁹. Seule reste applicable la justification selon laquelle l'art. 117 Cst. habilite le législateur fédéral à déterminer la collectivité publique adéquate pour verser et financer les subsides

⁷³ L'hôpital n'a en revanche qu'une obligation limitée d'admission pour les assurés résidant hors du canton où il se situe (art. 41a al. 2 LAMal).

⁷⁴ Art. 41 al. 1^{bis} et 2 LAMal. Pour le traitement ambulatoire, la limitation au tarif applicable au lieu de résidence ou de travail de l'assuré ou dans les environs a été abandonnée le 1er janvier 2018 (RO 2017 6717).

⁷⁵ Cf. supra 1.2.4.2

⁷⁶ Point n'est besoin dans le cadre du présent avis de droit d'examiner si le lien de connexité serait suffisamment étroit pour les assurés domiciliés à l'étranger visés par l'art. 49a al. 2, 2^{bis} et 3^{bis} LAMal selon la modification du 30 septembre 2016 (FF 2016 7405), car les deux variantes qui nous ont été soumises ne traitent pas de cet aspect.

⁷⁷ Cf. supra ch. 1.2.2.

⁷⁸ A l'exception de l'art. 25a LAMal que le projet de la sous-commission de la CSSS-N soustrait au régime de financement moniste.

⁷⁹ Cf. supra 1.2.4.1

des pouvoirs publics destinés à couvrir au moins partiellement le coût de l'assurance obligatoire des soins⁸⁰.

Les deux variantes que la CSSS-N nous a soumises ont la particularité de ne pas être coordonnées avec la réglementation relative au débiteur de la rémunération⁸¹ et à la participation des assurés aux coûts⁸². Il serait pour le moins étrange et contestable d'un point de vue constitutionnel que les cantons doivent verser à l'assureur une part cantonale alors que l'assuré serait débiteur de l'intégralité de la rémunération envers le fournisseur de prestations. Nous supposons toutefois que les projets qui nous ont été soumis n'ont pas encore examinés sous cet angle.

3.3 *Appréciation sous l'angle du principe de l'équivalence fiscale*

3.3.1 En général

Nous avons vu plus haut que les principes fixés à l'art. 43a Cst et en particulier celui de l'équivalence fiscale sont des maximes politiques non justiciables et n'ont donc qu'une portée juridique limitée. Ces principes ne peuvent être pris en compte dans le cadre d'un avis de droit qu'avec une certaine réserve, car leur caractère de maximes politiques ne permet pas une appréciation juridique stricte.

Nous souhaitons néanmoins approfondir quelques aspects particuliers du principe de l'équivalence fiscale, dans la mesure où cela nous paraît être intéressant en l'espèce dans une optique politique, c'est-à-dire dans la mesure où ces aspects peuvent servir de point d'orientation pour le législateur lorsque celui-ci fait usage de marges de manœuvre laissées ouvertes par le droit constitutionnel. Nous nous inspirerons des trois principales dimensions de l'équivalence fiscale telles qu'elles ont été résumées dans le Message RPT 2001⁸³: délégation de compétences (ch. 3.3.2); responsabilité en matière de financement et utilisation économe des ressources (ch. 3.3.3); prévention des externalités ou du "parasitisme" ("Trittbrettfahren", ch. 3.3.4). Ensuite, nous thématiserons la question de l'attribution claire à un niveau étatique (ch. 3.3.5).

3.3.2 Délégation et désenchevêtrement de compétences

Le principe de l'équivalence fiscale "met en lumière l'importance que revêt la délégation des compétences. Une décentralisation efficace porte non seulement sur les entités qui fournissent les prestations, mais aussi sur celles qui les gèrent."⁸⁴ La RPTa mis en œuvre ce principe en "désenchevêtrant les tâches entre la Confédération et les cantons"⁸⁵.

L'art. 117 Cst. n'a pas fait l'objet d'un désenchevêtrement des tâches dans le cadre de la RPT; celle-ci n'a apporté aucune modification à l'enchevêtrement des compétences, tel qu'il découle de la répartition constitutionnelle des compétences, ne serait-ce qu'à titre de potentialité. Or,

⁸⁰ Cf. supra 1.2.4.2

⁸¹ Art. 42 LAMal.

⁸² Art. 64 LAMal.

⁸³ FF 2002 2169.

⁸⁴ Message RPT 2001, FF 2002 2169.

⁸⁵ Message RPT 2001, FF 2002 2169.

les réglementations fédérales en matière de réduction des primes et de financement des traitements hospitaliers démontrent qu'en matière de santé un enchevêtrement des tâches et de leur financement existe bien au niveau constitutionnel, au moins au titre de potentialité.

Il faut distinguer le cadre juridique d'une compétence fédérale par rapport à l'opportunité de l'exercice d'une compétence fédérale donnée. Le choix de dissocier davantage la compétence de décision et la compétence de financement en imposant la participation des cantons aussi aux coûts des soins ambulatoires est, du point de vue de l'équivalence fiscale, une question d'opportunité politique.

3.3.3 Responsabilité en matière de financement et utilisation économe des ressources

Le principe de l'équivalence fiscale souligne "l'importance de la responsabilité en matière de financement: il admet implicitement que les ressources disponibles sont utilisées de manière plus économe lorsque les organes décisionnels doivent assumer le coût de leurs décisions".⁸⁶ Cela soulève la question de savoir si une réglementation fédérale prévoyant qu'au moins 21.6% des coûts des soins, y compris des soins ambulatoires, seraient financés par les impôts cantonaux et non par les primes individuelles des assurés entrerait en contradiction avec la responsabilité en matière de financement et le souci d'utilisation économe des ressources. A notre avis, il n'y a pas nécessairement une telle contradiction. Nous présenterons ci-infra quelques réflexions qui, à notre avis, peuvent être faites dans ce contexte, mais nous tenons à préciser qu'il s'agit là plutôt de réflexions relevant de la politique financière que d'arguments strictement juridiques⁸⁷.

Dans la mesure où le terme de "collectivité" au sens de l'art. 43a al. 2 et 3 Cst. vise, outre la Confédération, les "cantons", il peut désigner non seulement la collectivité publique cantonale en tant qu'entité juridique autonome mais aussi le cercle des habitants du canton: "Le principe de l'équivalence fiscale concerne les personnes qui vivent dans une communauté correspondante. Si ces personnes tirent un avantage de l'accomplissement des tâches de l'Etat, elles doivent financer elles-mêmes les prestations correspondantes (au moyen d'impôts ou de contributions) et il faut qu'elles puissent décider démocratiquement de ces tâches."⁸⁸ C'est pourquoi nous partons de l'idée que, d'un point de vue politique, la congruence entre les bénéficiaires de la prestation, l'unité d'imputation et l'unité de décision qui peut être établie au niveau du cercle des habitants du canton peut aussi être imputée au canton concerné lui-même en tant qu'entité juridique autonome.

Le cercle des personnes qui peuvent recourir à des soins (y compris ambulatoires) pris en charge par l'assurance obligatoire des soins se recoupe largement avec le cercle des habitants du canton et avec le cercle des contribuables du canton. Il en découle que le cercle de personnes qui retirent un avantage de la prestation (c'est-à-dire celles qui peuvent recourir aux soins) est grosso modo identique au cercle des personnes qui supportent les conséquences financières (que ce soit au travers des primes ou, pour une partie restreinte, au travers des impôts cantonaux) et au cercle des personnes qui codirigent la fourniture de la prestation en tant que patient (c'est-à-dire participe à la décision sur la fourniture de la prestation).

⁸⁶ Message RPT 2001, FF 2002 2169.

⁸⁷ Nous présupposons que l'attribution de ressources fiscales pour financer partiellement les coûts des soins, y compris dans le domaine ambulatoire, peut être considéré comme un cas d'application de la notion de "prestations étatiques" au sens de l'art. 43a al. 2 et 3 Cst.

⁸⁸ Message RPT 2001, FF 2002, 2320.

On peut relever qu'une partie de la doctrine en matière de finances publiques affirme en relation avec le principe d'équivalence fiscale que, dans la mesure où le bénéfice d'une tâche peut être clairement attribué à un niveau de l'Etat, qu'en cas d'identité entre bénéficiaire, instance de décision et contribuable, les impôts exercent une «fonction de prix»: «Qui dit prestations publiques accrues dit hausse des coûts et donc impôts plus lourds pour le citoyen. Ces impôts obligent le citoyen à effectuer une analyse coûts-avantages par rapport à d'autres biens. Il faut donc considérer les impôts comme des prix, qui possèdent les mêmes caractéristiques.»⁸⁹

Le canton et ses habitants possèdent en matière de soins certaines compétences de décision et possibilités de contrôle, y compris en matière de traitements ambulatoires. S'agissant de la population du canton, les compétences de décision et possibilités de contrôle peuvent être exercées directement au travers de la demande ou de la renonciation aux prestations, y compris celles fournies de manière ambulatoires. Les autorités cantonales ont également une certaine influence, ne serait-ce qu'au travers de l'approbation ou de la fixation de tarifs (art. 46 al. 4 et 47 LAMal).

En résumé, eu égard à ces diverses congruences, nous ne voyons pas en quoi l'obligation imposée aux cantons de financer partiellement les coûts des soins, y compris ceux ambulatoires, au travers des impôts cantonaux entraînerait nécessairement une utilisation moins économe des ressources et entrerait en contradiction avec le principe de l'équivalence fiscale. Bien au contraire, une telle obligation de participer au financement via l'impôt ne nous paraît pas moins conforme au principe d'équivalence fiscale que la réglementation actuelle.

3.3.4 Prévention des externalités ou du "parasitisme" ("Trittbrettfahren")

Les effets externes (aussi appelés spill overs) sont généralement considérés comme incompatibles avec l'équivalence fiscale. Le principe de l'équivalence fiscale "met aussi en évidence l'influence de la demande de prestations publiques, autrement dit l'influence des bénéficiaires de prestations sur la réalisation de ces dernières. Si certains usagers profitent d'une prestation publique offerte en quantité limitée sans qu'ils participent de manière appropriée au financement de cette prestation, la quantité de l'offre sera insuffisante. L'adéquation des organes décisionnels, des bénéficiaires de prestations et des entités qui assument le coût de ces prestations évite les externalités (spillovers)."⁹⁰ C'est le "troisième et principal point, à savoir qu'en créant une correspondance exacte entre les bénéficiaires de la prestation, les unités d'imputation et les unités qui prennent la décision on évite les effets territoriaux externes, aussi appelés Spillovers, tels ceux qui existent dans le domaine de la culture ou celui de la circulation dans les agglomérations"⁹¹. Nous ne voyons pas en quoi l'obligation de financement partiel par les impôts cantonaux du coût de prestations à charge de l'assurance-maladie pour des soins, y compris ambulatoires, qui sont fournis essentiellement en faveur des habitants du canton créerait des "effets territoriaux externes" ou encouragerait au "parasitisme" (Trittbrettfahren). Ce financement partiel par l'impôt ne paraît donc pas poser problème à l'aune du principe de l'équivalence fiscale, y compris du point de vue des effets externes.

⁸⁹ Ch. B. Blankart, cité selon le ch. 2.2 du rapport "Respect des principes de la RPT" (p. 11).

⁹⁰ Message RPT 2001, FF 2002 2169.

⁹¹ Schweizer/Müller, op. cit., n° 14.

3.3.5 Attribution claire à un niveau étatique ?

Le Conseil fédéral a déjà analysé dans le rapport cité "Respect des principes RPT" quelles lois édictées depuis la votation de 2004 sur la RPT se sont écartées des principes RPT. Nous nous fonderons pour la suite sur des déclarations du Conseil fédéral contenues dans ce rapport, car elles peuvent avoir un certain intérêt d'un point de vue politique dans le présent contexte.

Le Conseil fédéral expose que le principe de l'équivalence fiscale joue, "du point de vue des sciences de la finance, [...] un rôle crucial dans les Etats à la structure fédéraliste, pour autant qu'il soit possible d'attribuer clairement le bénéfice d'une tâche à un niveau de l'Etat"⁹². L'application pratique du principe de l'équivalence fiscale "pose relativement peu de problèmes lorsqu'il s'agit de tâches où les bénéficiaires, et donc la zone bénéficiaire géographique, peuvent être clairement définis, par exemple une station d'épuration (zone desservie par une canalisation) ou la défense nationale (ensemble du pays)." Le Conseil fédéral poursuit comme suit: "le principe de l'équivalence fiscale n'est guère applicable lorsque des biens juridiques fondamentaux comme l'égalité ou la justice entrent en jeu ou lorsque des prestations sont réglementées de manière centralisée pour des raisons d'efficacité ou d'efficience, mais fournies et utilisées localement. C'est pourquoi il peut être tout à fait judicieux, dans certains cas, de définir la réglementation au niveau national, voire international, tandis que la fourniture et le financement des prestations publiques seront assurés au niveau cantonal ou local."⁹³

A la lumière de cette grille d'analyse développée par le Conseil fédéral, le domaine des prestations médicales ambulatoires, y compris celles ambulatoires, ne peut pas à notre avis être attribué suffisamment clairement ni au niveau cantonal ni au niveau fédéral. Les rapports dans le domaine de la santé sont trop complexes. L'imbrication des tâches et du financement en matière de coûts de la santé découle déjà de l'art. 117 Cst. (cf. ch. 1.2.4 supra). Certes, certaines congruences entre les bénéficiaires de prestations, les organes décisionnels et les entités qui assument le coût de ces prestations ont été évoquées plus haut en ce qui concerne le groupe des habitants d'un canton ou le canton lui-même. On ne peut toutefois pas déduire du principe de l'équivalence fiscale que celui-ci imposerait de séparer le financement des coûts des soins ambulatoires de l'ensemble du financement des soins.

3.4 **Appréciation sous l'angle de l'art. 46 al. 3 Cst.**

Selon cette disposition, la Confédération laisse aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible dans la mise en œuvre du droit fédéral, en tenant compte de leurs particularités. Cette marge de manœuvre s'exprime notamment par le respect de l'autonomie organisationnelle des cantons (art. 47 Cst.). Une partie de la doctrine a qualifié l'obligation imposée à la Confédération d'obligation juridique avec caractère de principe⁹⁴. L'art. 46 al. 3 Cst. constitue à la fois un rappel et une concrétisation des principes généraux de subsidiarité, consacré à l'art. 5a Cst., et de proportionnalité inscrit à l'art. 5 al. 2 Cst. Il appartient toutefois au législateur fédéral d'évaluer si, au regard de l'importance du but poursuivi par la législation fédérale, le souci d'une application homogène du droit fédéral justifie une réglementation uniforme limitant la marge de manœuvre des cantons ou si, au contraire, il convient de laisser aux cantons une plus grande marge de manœuvre dans l'exécution du droit fédéral et permettre ainsi une

⁹² Rapport "Respect des principes de la RPT", ch. 2.2, p. 11.

⁹³ Rapport "Respect des principes de la RPT", ch. 2.2, p. 11.

⁹⁴ Bernhard Waldmann/Emanuel Bortler, Art. 46, n° 41, in: Basler BV-Kommentar, 2015.

plus grande diversité dans la mise en œuvre de la législation fédérale.⁹⁵ Le législateur fédéral dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre de l'art. 46 al. 3 Cst.⁹⁶

Dans le domaine des traitements hospitaliers, l'obligation imposée aux cantons de prendre en charge une part des coûts d'au moins 55% va de pair avec l'octroi aux cantons de larges compétences leur permettant d'influer sur l'étendue de ces coûts. En effet, les cantons peuvent déterminer l'offre hospitalière grâce à la planification hospitalière, en fixant dans la liste hospitalière les catégories d'hôpitaux en fonction de leurs mandats. Même si le Conseil fédéral a édicté des critères de planification uniformes pour la planification hospitalière⁹⁷, les cantons conservent dans ce domaine une autonomie importante. Par ailleurs, les gouvernements cantonaux sont compétents pour approuver les conventions tarifaires ou pour fixer les tarifs applicables entre les hôpitaux de leur territoire et les assureurs⁹⁸.

Dans le domaine des traitements ambulatoires, la marge de manœuvre des cantons est variable selon le fournisseur de prestations concerné. S'agissant des traitements ambulatoires fournis par des hôpitaux, la marge de manœuvre des cantons est a priori similaire à celle que ceux-ci ont pour les traitements hospitaliers. A l'autre extrême, les cantons ne disposent que d'une marge de manœuvre très faible en matière de médicaments ; ils peuvent au moins déterminer si les médecins sont habilités à remettre des médicaments⁹⁹. Si une réglementation s'apparentant à l'art. 55a LAMal était conservée au-delà de juin 2019, les cantons pourraient aussi limiter l'admission des médecins à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins.

Même si la marge de manœuvre des cantons est globalement plus restreinte dans le domaine ambulatoire que pour les traitements hospitaliers, le projet de la sous-commission de la CSSS-N fixe uniquement un seuil minimal pour la part cantonale à la rémunération des soins pris en charge par l'assurance-maladie. Il laisse aux cantons le soin de déterminer le taux effectif de la part cantonale, de sorte que les cantons conservent une marge de manœuvre pour déterminer l'étendue de la charge financière qu'ils sont prêts à assumer. A notre avis, cela suffit amplement pour affirmer que le projet de la sous-commission de la CSSS-N respecte l'art. 46 al. 3 Cst. Le but d'éviter les effets pervers d'un financement différencié des prestations (tels que l'incitation des cantons à favoriser le traitement ambulatoire dans les hôpitaux pour éviter la prise en charge de la part cantonale du traitement hospitalier) justifie une harmonisation des règles de financement pour toutes les catégories de prestations de l'assurance obligatoire des soins.

4 Conclusion générale

Le législateur fédéral peut se fonder sur l'art. 117 Cst. pour imposer aux cantons la prise en charge d'une part de la rémunération de toutes les prestations couvertes par l'assurance des soins ainsi que le versement de ce subside aux assureurs. Cette compétence fédérale n'est pas limitée d'un point de vue juridique par les maximes politiques de l'art. 43a Cst. et en particulier par celle de l'équivalence fiscale. Elle n'est pas non plus limitée par l'art. 46 al. 3 Cst.

⁹⁵ A ce sujet, cf. ATF 128 I 254, consid. 3.8.4.

⁹⁶ Patricia Egli, Art. 46 n°29, in: St Galler BV-Kommentar, 3e éd., 2014.

⁹⁷ Art. 39 al. 2^{ter} LAMal.

⁹⁸ Art. 46 al. 4 Cst.

⁹⁹ Art. 37 al. 3 LAMal.