

Surveillance sur les organisations faïtières dans l'assurance-maladie

*Département fédéral de justice et police DFJP, Office fédéral de la justice,
Domaine de direction du droit public, Berne*

DFJP, Office fédéral de la justice (avis de droit du 21 juin 2007)

Regeste:

1. Les assureurs-maladie ne peuvent pas sous-déléguer sans une base légale formelle les tâches administratives que la loi leur a dévolues. Cette exigence d'une base dans la loi ne s'applique toutefois pas aux activités administratives auxiliaires qui peuvent être déléguées à des tiers même sans une base légale matérielle. La délimitation entre les tâches administratives et les activités administratives auxiliaires doit être faite sur la base de trois critères : rapport entre la tâche dévolue par la loi et l'activité dont la délégation est envisagée ; effets externes de cette activité ; étendue de la marge d'appréciation du délégataire.
 2. La surveillance porte sur l'exécution de la tâche publique. Elle s'étend aussi à une organisation faïtière dans la mesure où celle-ci exécute des tâches qui lui sont déléguées par les assureurs. S'il s'agit de tâches dont la délégation nécessite une base légale formelle, l'Office fédéral de la santé publique dispose à l'égard d'une organisation faïtière des compétences prévues par l'art. 21 LAMal, hormis celle de prononcer des sanctions. S'il s'agit en revanche d'une activité administrative auxiliaire, la surveillance est indirecte, car elle passe par les assureurs : l'Office fédéral de la santé publique peut exiger des assureurs qu'ils lui fournissent des renseignements concernant la gestion par l'organisation faïtière des activités administratives auxiliaires qu'ils lui ont déléguées.
 3. Les principes régissant l'intervention d'autorités dans les campagnes de votation valent aussi pour les particuliers qui assument des tâches publiques qui leur ont été déléguées.
-

Avis de droit rédigé à la demande de l'Office fédéral de la santé publique.

1. Délégation de tâches

1.1 La délégation aux assureurs-maladie

1.1.1 La gestion de l'assurance-maladie comme tâche publique

La loi sur l'assurance-maladie régit l'assurance-maladie sociale (art. 1a LAMal, RS 832.10) sur la base de l'art. 117 Cst. Cette assurance fait partie de la sécurité sociale au sens de l'art. 41, al. 1, let. a, Cst. Comme la LAMal règle en détail les droits et obligations des assurés, les conditions d'octroi des prestations et le financement de l'assurance-maladie sociale, la gestion de cette assurance est une tâche publique.

1.1.2 La délégation de la gestion de l'assurance-maladie comme délégation d'une « tâche de l'administration » au sens de l'art. 178, al. 3, Cst.

L'art. 178, al. 3, Cst. (RS 101) régit la délégation de « tâche de l'administration » à des personnes extérieures à l'administration fédérale. Selon la doctrine et la jurisprudence, l'exécution du droit fédéral est une « tâche de l'administration », en particulier lorsqu'elle

implique la compétence de modifier la situation juridique de particuliers en leur imposant des droits ou obligations¹. La notion de « tâche de l'administration » ne présuppose pas que la tâche déléguée à des personnes extérieures à l'administration ait été exercée précédemment par l'administration centrale².

En l'occurrence, la gestion de l'assurance-maladie sociale implique la compétence de rendre des décisions au sens de l'art. 5 de la loi sur la procédure administrative (PA) à l'égard des assurés³, même si une grande partie de la mise en œuvre de l'assurance se déroule selon la procédure simplifiée au sens de l'art. 51 de la loi sur la partie générale des assurances sociales (LPGA, RS 830.1). Il en découle que l'attribution de la gestion de l'assurance-maladie sociale à des entités extérieures à l'administration fédérale équivaut à une délégation d'une « tâche de l'administration » au sens de l'art. 178, al. 3, Cst. qui requiert une base légale formelle, laquelle se trouve aux art. 11 à 13 LAMal.

1.2 La (sous-)délégation par les assureurs aux organes faitiers

1.2.1 Principe : exigence d'une base légale formelle

L'entité extérieure à l'administration fédérale à laquelle une « tâche de l'administration » est déléguée est soumise, pour l'exercice de cette tâche, aux mêmes obligations fondamentales que l'administration publique⁴. Elle est notamment liée par le principe de la légalité et par l'obligation de respecter et de mettre en œuvre les droits fondamentaux⁵. L'externalisation d'une « tâche de l'administration » ne doit en effet pas priver les particuliers (les administrés) de la protection que la Constitution leur garantit en cas d'exécution par l'administration.

La limite imposée par l'art. 178, al. 3, Cst. à la délégation de « tâches de l'administration » ne s'épuise pas lors de la délégation initiale. Ce n'est pas parce qu'une tâche a été déléguée à une personne morale de droit privé que celle-ci est libre d'en disposer comme s'il s'agissait de tâches librement assumées. Dès lors que la LAMal exige une reconnaissance ou une autorisation pour pratiquer l'assurance-maladie sociale⁶, l'entité qui bénéficie de cette reconnaissance ou autorisation ne peut pas transférer sans autre à une entité qui n'a été ni reconnue ni autorisée par le DFI les tâches qui lui ont été déléguées. Comme une base légale formelle est nécessaire pour déléguer des « tâches de l'administration » à un assureur, une base légale formelle est aussi nécessaire à celui-ci pour sous-déléguer ces tâches à un autre organisme.

¹ Arrêt du 8 mai 2006 Ite Cour de droit public 2A.166/2005, consid. 10.2 ; avis de droit de l'Office fédéral de la justice, JAAC 67.100 ch. C.2.b. Th. SÄGESSER (éd.), Die Bundesbehörden, 2000, n°814 ; P. MAHON, art. 178, n°12, in : Aubert-Mahon, Petit commentaire de la Constitution, 2003. G. BIAGGINI, Art. 178, n°29, in St. Galler BV-Kommentar, 2002, utilise la notion de « traditionnelle Administrativtätigkeit ».

² G. Biaggini, Art. 178, n°30, op. cit.

³ Art. 49 et 51, al. 2, LPGA en relation avec l'art. 1a LAMal.

⁴ ATF du 8 mai 2006 (2A.166/2005), consid. 10.2 ; P. MAHON, art. 178, n°9 s., op. cit. ; Th. SÄGESSER (éd.), Die Bundesbehörden, 2000, n°829.

⁵ Art. 35 Cst. ATF 133 II 49, 56 consid. 3.2 avec d'autres références ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., 2006, n° 1509.

⁶ Art. 12 et 13 LAMal, art. 13 ss OAMal (RS 832.102).

1.2.2 *Exception: activités administratives auxiliaires*

La doctrine et la pratique admettent que l'art. 178, al. 3, Cst. ne s'applique pas aux activités administratives auxiliaires. Celles-ci peuvent donc être déléguées⁷ à des tiers sans base légale formelle⁸ ni même matérielle⁹. Ce qui vaut pour l'administration centrale vaut aussi pour des particuliers auxquels des tâches ont été déléguées par la loi. Les assureurs-maladie sont donc en droit de déléguer à des tiers des activités administratives auxiliaires.

Il faut relever à titre liminaire que la ligne de démarcation entre les « tâches de l'administration » et les activités administratives auxiliaires ne se fait pas selon le critère de l'exercice de la puissance publique. L'art. 9 de l'OLOGA de 1998 qui utilisait ce critère a été abrogé suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution¹⁰. Cela est particulièrement important dans un domaine comme l'assurance-maladie où la décision formelle a une fonction subsidiaire à l'égard des assurés – puisque l'essentiel de la pratique se déroule selon la procédure simplifiée selon l'art. 51 LPGA – et ne joue aucun rôle à l'égard des fournisseurs de prestations. Une activité qui n'implique pas l'adoption d'un acte unilatéral, impératif et fixateur de droits ou d'obligations n'est donc pas nécessairement exclue du champ des « tâches de l'administration ».

Il n'y a pas à proprement parler de définition générale de la notion d'activités administratives auxiliaires. Trois critères peuvent être déduits de la doctrine et de la pratique de l'Office fédéral de la justice:

1. Un premier critère utilisé est celui de la fonction de l'activité en cause: l'activité est-elle constitutive de la tâche dévolue par la loi ou s'agit-il uniquement de l'acquisition de biens et prestations nécessaires à l'exécution de cette tâche¹¹? Dans cette optique, l'exemple typique d'une activité auxiliaire est l'acquisition de bâtiments administratifs, de moyens de transport ou de matériel informatique pour exécuter les tâches fixées par la loi¹². De même, dans l'administration de prestations telle que la fourniture du service postal universel, une prestation intermédiaire telle que le transport ferroviaire du courrier entre les centres de tri peut être considérée comme une activité administrative auxiliaire¹³.
2. Un deuxième critère est celui des effets externes: l'activité a-t-elle des effets sur la situation juridique des particuliers visés par la loi? Dans cette optique une activité qui n'a pas d'effet à l'égard des particuliers peut être qualifiée d'activité administrative

⁷ L'utilisation du concept de délégation en cas de recours à des tiers pour des activités administratives auxiliaires est discutable. Il est néanmoins utilisé dans le présent avis de droit pour des motifs de simplification.

⁸ Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 19.12.2002, JAAC 67.100, ch. C.2.c. U. BOLZ (éd.), *Public Private Partnership in der Schweiz*, Zurich, 2005, p. 222.

⁹ U. BOLZ & A. LIENHARD, *Staatsrechtliche Kernfragen der wirkungsorientierten Steuerung in den Kantonen*, ZBI, 2001 p. 8. Depuis l'abrogation en 2002 de l'ancien art. 10, al. 1, OLOGA, RO 1999 1258, qui habilitait expressément à charger des tiers de fabriquer ou de livrer des produits ou de fournir des prestations pour autant que cela soit nécessaire pour assumer les tâches confiées par la loi, il n'y a plus de base légale matérielle générale pour la délégation d'activités administratives auxiliaires par l'administration. Réticent : G. BIAGGINI, Art. 178, n° 33, in : *St. Galler BV-Kommentar*, 2002, qui estime seulement en se référant à l'ancien art. 10 OLOGA que les exigences sont faibles en la matière.

¹⁰ RO 1999 1958; abrogé par la révision du 21 août 2002 (RO 2002 2827).

¹¹ Th. Säggerer (éd.), *Die Bundesbehörden*, 2002, Art. 178, n°815.

¹² Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 29 mars 1995, JAAC 60.1, ch. 2 et 4.

¹³ Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 20 avril 2006, JAAC 70.87, ch. 4a.

auxiliaire¹⁴. A titre d'exemple, le dépouillement de formulaires ou questionnaires peut être considéré comme une activité administrative auxiliaire si c'est l'autorité responsable de la tâche qui tire les conséquences de ce dépouillement concernant la situation juridique des particuliers. A l'inverse une activité qui autorise un organe à prendre des décisions, à conclure des contrats régis par le droit public, voire à accomplir des actes matériels régis par le droit public et ayant des effets sur la situation juridique de particuliers relève en principe de l'exercice d'une « tâche de l'administration », car elle a des effets externes prépondérants.

3. Un troisième critère est celui de la marge d'appréciation dont dispose l'organe chargé de l'activité pour fixer des droits et obligations de particuliers¹⁵. Une activité qui ne permet pas d'influer sur les droits ou obligations de particuliers ou qui ne laisse au mandataire aucune marge d'appréciation dans la fixation de droits et d'obligations (parce que le mandataire agit sur ordre de l'autorité) peut être rattachée aux activités administratives auxiliaires. Ainsi, le recours à des agents de sécurité privés pour assister un policier lors d'activités opérationnelles peut être considéré comme une activité administrative auxiliaire si c'est le policier qui a la direction de l'opération.

Ces trois critères ne sont pas exclusifs les uns des autres. Parfois ils sont utilisés conjointement, parfois c'est uniquement un critère qui prédomine. Tout dépend en effet de la nature de l'activité en cause. Si une activité qui remplit les trois critères peut aisément être considérée comme une activité administrative auxiliaire, le fait de n'en remplir qu'un ou deux n'exclut pas d'aboutir à une telle qualification. Chacun de ces critères est en fait un indice qu'il convient de pondérer au regard de la nature de la tâche dans son contexte.

RHINOW et KÄGI-DIENER estiment que tout transfert d'activités en rapport avec l'exécution de l'assurance-maladie sociale est soumis à la condition formelle d'un accord de l'autorité de surveillance. Ils fondent cette exigence sur la soumission à autorisation de la pratique de l'assurance-maladie sociale¹⁶. L'Office fédéral de la justice ne partage pas cette analyse. En effet, la pratique ne requiert pas une telle exigence pour la délégation d'activités administratives auxiliaires par des autorités de l'administration centrale. L'exigence d'une autorisation pour pratiquer l'assurance-maladie sociale n'est pas une condition plus rigide que l'exigence d'une base légale pour définir les tâches d'une autorité fédérale. En l'absence d'une disposition légale requérant une autorisation avant toute sous-délégation d'activités administratives auxiliaires, il n'y a pas de raison d'être plus strict pour un organe extérieur à l'administration fédérale que pour un office fédéral.

1.2.3 Les clauses expresses de délégation de la LAMal

L'art. 14 LAMal permet à un assureur de conclure un contrat de réassurance auprès d'une caisse-maladie ou d'un autre assureur reconnu qui a été autorisé par le DFI à pratiquer la réassurance de prestations de l'assurance-maladie¹⁷. L'art. 16, al. 3, OAMal précise que les

¹⁴ Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 29 mars 1995, JAAC 60.1 ch. 4. Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 30 juillet 1991, JAAC 57.6, ch. 2.1 (pas d'octroi de la puissance publique). U. BOLZ & A. LIENHARD, Staatsrechtliche Kernfragen der wirkungsorientierten Steuerung in den Kantonen, ZBI, 2001 p. 8 ; G. BIAGGINI, Art. 178, n°33, in St Galler BV-Kommentar, 2002, à l'exemple de la *Bedarfverwaltung*.

¹⁵ Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 19 décembre 2002, JAAC 67/100 ch. 2.c.

¹⁶ R. RHINOW & R. KÄGI-DIENER, Gutachten vom 7.11.2006 betreffend Aufsicht über santésuisse, erstattet zuhanden der Consano-Vereinigung für eine faire & soziale Medizin, p. 12.

¹⁷ Art. 14, al. 1 et 2, LAMal; art. 16 ss. OAMal (RS 832.102).

prescriptions visant les assureurs s'appliquent aussi aux réassureurs dans la mesure où elles les concernent. Cela implique notamment que le réassureur est soumis à la surveillance de l'Office fédéral de la santé publique comme un assureur. La législation pose un cadre à cette forme de délégation de la prise en charge des prestations de l'assurance, car les primes de réassurance ne peuvent pas dépasser 50% des primes des assurés, ce qui oblige l'assureur à assumer lui-même les risques de la couverture d'assurance pour le reste.

L'art. 18, al. 4, LAMal prévoit spécifiquement la possibilité d'une délégation de tâches « d'intérêt commun » à l'institution commune. Cette disposition donne comme exemple des tâches dans le domaine administratif ou technique, donc des tâches a priori susceptibles d'être qualifiées d'activités administratives auxiliaires et dont la délégation ne requiert pas une base légale formelle. Même si la formulation est suffisamment ouverte pour couvrir d'autres tâches, l'Office fédéral de la justice considère, en l'absence d'indication claire dans les travaux préparatoires, que la délégation ne permet pas la délégation de tâches de l'administration, car la formulation très globale de l'art. 18, al. 4, LAMal ne remplit pas les exigences de densité normative qui découlent de l'art. 178, al. 3, Cst. en relation avec l'art. 164, al. 1, lettre e, Cst. Le fait que les assureurs peuvent déléguer des activités administratives auxiliaires à l'institution commune ne signifie pas que le législateur a créé un monopole en la matière pour l'Institution commune. Comme le message le signalait¹⁸, le transfert de tâches d'intérêt commun à l'Institution commune présuppose l'accord de tous les assureurs-maladie qui pratiquent l'assurance obligatoire. Or, il n'y a pas de base pour exclure toute forme de coopération entre une partie des assureurs et donc la délégation d'activités administratives auxiliaires à un organe créé en commun¹⁹.

L'art. 46, al. 1, LAMal prévoit la possibilité que les conventions tarifaires soient négociées par une association d'assureurs. Il permet ainsi aux assureurs de déléguer à SANTÉSUISSE la tâche de négocier des tarifs avec les fournisseurs de prestations ou leurs associations.

1.2.4 Domaines spécifiques qui ne reposent pas sur une délégation législative expresse

1.2.4.1 Gestion du registre des comptes créanciers (RCC)

La gestion du registre des comptes créanciers par SANTÉSUISSE a fait l'objet en 2006 de deux arrêts du Tribunal fédéral des assurances (ATF 132 V 303; arrêt du 4 mai 2006, K 153/05). Le tribunal a constaté que l'attribution d'un code RCC par SANTÉSUISSE équivaut en fait à une décision sur l'admission d'un fournisseur de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins, au sens d'une décision préalable constatant que ce fournisseur remplit les conditions fixées par la loi pour pratiquer à charge de l'assurance²⁰. En effet, comme les tarifs négociés par SANTÉSUISSE exigent usuellement un code RCC pour pouvoir facturer des prestations à un assureur, l'octroi de ce code est en pratique une condition pour avoir une relation juridique avec un assureur-maladie et donc pour pouvoir pratiquer à charge de l'assurance-maladie sociale²¹.

Le Tribunal fédéral des assurances a relevé que la compétence de statuer sur la qualité de fournisseur de prestations admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins

¹⁸ Message, FF 1992 I 130.

¹⁹ Contra : RHINOW & KÄGI-DIENER, avis de droit susmentionné, pp. 15 s.

²⁰ Arrêt du 4 mai 2006, K 153/05, consid. 4.4

²¹ ATF 132 V 303, consid. 4.4.

appartient en dernier ressort aux assureurs, en tant qu'organes chargés de l'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie. Toutefois, en confiant à SANTÉSUISSE le mandat d'attribuer un code RCC aux fournisseurs de prestations admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins, les assureurs membres de la fédération lui ont en fait délégué l'obligation que leur fait la loi de contrôler si un fournisseur de prestations remplit les conditions pour pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins. SANTÉSUISSE examine de manière approfondie, d'un point de vue matériel et juridique, si le fournisseur remplit les conditions légales; en présence d'un fournisseur de prestations au bénéfice d'un code RCC, l'assureur peut présumer que celui-ci remplit les conditions légales et limiter son propre contrôle aux cas qui présenteraient une irrégularité manifeste. SANTÉSUISSE assume ainsi les obligations que la loi met à la charge des assureurs; faute de base légale, elle ne devrait (en théorie) exercer cette prérogative que partiellement. En d'autres termes, s'agissant de l'admission des fournisseurs de prestations, SANTÉSUISSE exerce des fonctions spécifiques de droit public, en l'espèce celles prévues par le droit des assurances sociales²².

Dans les deux affaires qui ont été soumises au Tribunal fédéral des assurances, celui-ci n'a pas eu à trancher la question de l'admissibilité de la délégation à SANTÉSUISSE de la gestion du registre des comptes créanciers. Il a simplement tiré la conséquence de la délégation, à savoir que SANTÉSUISSE dispose de la qualité pour être actionnée par un fournisseur de prestations devant le tribunal arbitral prévu par l'art. 89 LAMal bien que selon la loi la compétence de ce tribunal est limitée aux conflits entre fournisseurs et assureurs²³. L'ouverture de la voie de droit au tribunal arbitral est certes une compensation pour la délégation, mais elle ne légitime pas celle-ci.

N'ayant connaissance d'aucun élément qui pourrait mettre en question l'analyse faite par le Tribunal fédéral des assurances, l'Office fédéral de la justice considère que la compétence de gestion du registre des créanciers et d'octroyer un code RCC aux fournisseurs équivaut en fait à l'octroi de la compétence de statuer sur l'admission de ces fournisseurs. La compétence déléguée par les assureurs à SANTÉSUISSE en matière d'admission des fournisseurs de prestations ne remplit aucun des trois critères mentionnés plus haut pour être qualifiée d'activité administrative auxiliaire :

1. Même si l'admission des fournisseurs de prestations n'est qu'une phase préalable à la prise en charge des coûts de prestations fournies aux assurés et ne prend pas la forme d'une décision au sens des art. 49 LPGA et 5 PA, elle en est un élément constitutif. La législation règle en détail les conditions d'admission des fournisseurs de prestations et oblige les assureurs à admettre ceux qui remplissent les conditions légales²⁴. Il existe ainsi une relation juridique de droit public entre les assureurs et les fournisseurs de prestations, quand bien même les assureurs ne sont pas habilités à rendre des décisions au sens de l'art. 5 PA à l'égard des fournisseurs. Le fait que les assureurs ont une tâche légale spécifique d'admettre les fournisseurs de prestations est un fort indice que cette tâche ne relève pas des activités administratives auxiliaires.
2. L'admission des fournisseurs de prestations modifie directement la situation juridique du fournisseur de prestations – en lui permettant de pratiquer à charge de

²² Arrêt du 4 mai 2006, K 153/05, consid. 4.3.

²³ Arrêt du 4 mai 2006, K 153/05, consid. 5

²⁴ Art. 35 ss et 55a LAMal; art. 38 ss OAMal; ordonnance sur la limitation de l'admission des fournisseurs de prestations à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire (RS 832.103).

l'assurance-maladie sociale – et indirectement celle des assurés qui souhaiteraient obtenir le remboursement de prestations de ce fournisseur. Dans la mesure où les conditions d'admission des fournisseurs de prestations sont régies par la LAMal, la relation entre l'assureur et le fournisseur de prestations relève du droit public.

L'absence de pouvoir de décision au sens de l'art. 5 PA à l'égard des fournisseurs de prestations est sans pertinence ici, car la conclusion d'un contrat de droit public n'est pas une activité administrative auxiliaire.

3. L'admission des fournisseurs de prestations n'est pas une procédure automatique dans laquelle l'organe qui la décide ne dispose d'aucune marge d'appréciation. Même si l'admission est réglementée par la législation, les conditions légales ne sont pas toutes d'une grande précision. Par exemple, l'art. 40 OAMal exige des pharmaciens une formation pratique structurée de deux ans avant de pouvoir être admis. Cette formation pratique n'est pas réglementée plus en détail par le droit fédéral. L'assureur – et SANTÉSUISSE sur délégation – dispose donc d'une marge d'appréciation non négligeable dans l'application de cette condition de formation pratique. Comme la jurisprudence a reconnu à l'inscription au RCC une portée sur la situation juridique des fournisseurs de prestation²⁵, la marge d'appréciation dont dispose SANTÉSUISSE est aussi un fort indice que cette tâche ne relève pas des activités administratives auxiliaires.

Il faut relever que même si SANTÉSUISSE soumettait chaque approbation ou refus à l'accord de l'ensemble des assureurs afin d'apparaître comme un simple exécutant des assureurs sans marge d'appréciation propre, le simple fait de préparer la motivation des « décisions » impliquerait un rôle dépassant la simple activité administrative auxiliaire, car la rédaction des projets exerce en pratique une influence déterminante sur le contenu de la « décision ».

L'examen de ces trois critères ne fournit dès lors aucun indice en faveur d'une qualification de l'inscription au RCC comme une activité administrative auxiliaire. Bien au contraire, tout plaide pour considérer que la compétence de statuer sur l'admission des fournisseurs de prestations porte sur une tâche administrative qui a été déléguée par le législateur aux assureurs et que ceux-ci ne sont pas habilités à sous-déléguer sans une base légale formelle. En l'absence d'une telle base légale dans la LAMal, la délégation de cette tâche à SANTÉSUISSE est illégale. Le fait que la jurisprudence ait compensé les effets de cette délégation en ouvrant l'action devant le tribunal arbitral de l'art. 89 LAMal contre SANTÉSUISSE n'y change rien.

1.2.4.2 Pool de données statistiques

SANTÉSUISSE gère pour les assureurs un pool de données qui, selon SANTÉSUISSE, sont livrées par plus de 80 assureurs couvrant plus de 95% des assurés. Les prestations couvertes par ces assureurs sont enregistrées dans ce pool qui permet d'une part d'obtenir des statistiques globales sur de nombreux paramètres, d'autre part des statistiques individuelles concernant les fournisseurs de prestations afin d'examiner l'économicité des prestations fournies par chacun d'eux. La banque de données est conçue pour ne pas permettre d'évaluation selon le diagnostic, selon les assurés individuels et selon les assureurs-maladie spécifiques.

²⁵ Arrêt du 4 mai 2006, K 153/05, consid. 4.4

Dans la mesure où les données transmises par les assureurs contiennent nécessairement des données personnelles, ne serait-ce qu'à l'égard des fournisseurs de prestations, leur traitement doit reposer sur une base légale. En l'occurrence, l'art. 84 LAMal habilite les assureurs à faire traiter des données personnelles par des tiers pour accomplir les tâches que leur attribue cette loi. La transmission de données à SANTÉSUISSE pour que celle-ci les analyse en vue de contrôler l'économicité des prestations est donc compatible avec les exigences de la protection des données si une telle tâche peut être déléguée sans base légale formelle.

Au-delà de la simple gestion des données, SANTÉSUISSE agglomère les données des assureurs relatives aux différents fournisseurs de prestations pour permettre l'évaluation de l'économicité des prestations fournies à charge de l'assurance-maladie par ces factureurs. C'est là une tâche que chaque assureur devrait assumer pour mettre en œuvre l'art. 56 LAMal. L'art. 56, al. 5, LAMal charge les assureurs et les fournisseurs de prestations de prévoir dans des conventions tarifaires des mesures destinées à garantir le caractère économique des prestations. Si la gestion commune par SANTÉSUISSE des données fournies par les fournisseurs de prestations est prévue dans les conventions tarifaires, l'art. 56, al. 5, LAMal pourrait éventuellement constituer une base légale suffisante conjointement avec l'art. 46, al. 1, LAMal qui permet la délégation à SANTÉSUISSE de la signature de conventions tarifaires. En l'absence de règle dans les conventions tarifaires pertinentes, la délégation à SANTÉSUISSE ne repose pas sur une base légale formelle*.

L'agglomération de données personnelles relatives à des fournisseurs de prestations et provenant des différents assureurs est une étape menant à la demande de restitution fondée sur l'art. 56 LAMal. Même si cette activité n'a pas d'effet externe direct, elle joue un rôle déterminant dans la préparation de la demande de restitution, ce qui lui donne une portée externe non négligeable (au moins de manière indirecte). L'activité de SANTÉSUISSE est a priori de nature technique : agglomération de données individuelles provenant de différents assureurs. SANTÉSUISSE dispose néanmoins d'une marge d'appréciation non négligeable, car c'est elle qui établit les comparaisons statistiques qui vont justifier la demande de restitution. A cela s'ajoute que l'activité de SANTÉSUISSE en matière de contrôle de l'économicité des prestations ne se limite pas à la fourniture des informations qui appuient la demande de restitution. SANTÉSUISSE représente en effet les assureurs concernés dans la procédure devant le tribunal arbitral compétent ou lors de négociations extrajudiciaires avec le fournisseur de prestations. Cette représentation repose sur une délégation générale à l'art. 17 des statuts de SANTÉSUISSE. Tout comme une collectivité publique peut, sans base légale spécifique, charger un avocat de la représenter en justice, il faut admettre qu'un assureur-maladie est libre de mandater SANTÉSUISSE pour le représenter. Il n'en demeure pas moins que cette représentation renforce considérablement le rôle joué par SANTÉSUISSE dans ces procédures. Même si l'assureur dispose d'une compétence de renoncer à la représentation dans un cas particulier²⁶, on est très proche d'une délégation complète de la tâche de mise en œuvre de l'art. 56 LAMal, car les assureurs ont donné à SANTÉSUISSE la compétence de préparer les actions et de mener les procédures à leur place. Un papier de positionnement de SANTÉSUISSE de mai 2006 sur les procédures d'économicité stipule clairement que les « assureurs-maladie ont expressément délégué leur obligation légale de contrôle de l'économicité des prestations à leur association faîtière SANTÉSUISSE (art. 17 des statuts de

* [Cf. toutefois l'addendum plus bas.]

²⁶ Art. 17 des statuts de SANTÉSUISSE.

SANTÉSUISSE)²⁷ ». La possibilité de révocation du mandat au cas par cas ne suffit pas à modifier le fait que l'essentiel de l'exécution de l'art. 56 LAMal est délégué à SANTÉSUISSE. Sur la base de ces éléments, l'Office fédéral de la justice est d'avis que les activités dévolues par les assureurs à SANTÉSUISSE dans la mise en œuvre de l'art. 56 LAMal dépassent le cadre de simples activités administratives auxiliaires et requièrent une base légale formelle²⁸.

[Addendum : après réexamen, l'Office fédéral de la justice estime plausible la thèse selon laquelle l'art. 59, al. 2, LAMal est une base légale suffisante pour la délégation par les assureurs à SANTÉSUISSE de la mise en œuvre de l'art. 56 LAMal.]

Le pool de données a également pour fonction de permettre la fixation annuelle des primes sur la base d'une analyse de l'évolution globale des coûts de la santé. Dans la mesure où il s'agit uniquement de la fourniture d'un facteur parmi d'autres pour la fixation des primes, cette activité est clairement une activité administrative auxiliaire. Il en va de même pour l'usage des données agglomérées en vue d'offrir aux assureurs un instrument de benchmarking pour leur propre fonctionnement administratif.

1.2.4.3 Information du public

Les assureurs-maladie ont en vertu de l'art. 27, al. 1, LPGA une obligation de renseigner les personnes privées. Les activités assumées par SANTÉSUISSE en la matière ont certes une portée externe, mais elles ne constituent qu'une petite partie de l'information des assurés par rapport à ce que font les assureurs eux-mêmes ; de plus cette information n'a pas d'effet direct sur les droits et obligations des assurés. Ces activités peuvent donc être qualifiées d'activités administratives auxiliaires de sorte que leur délégation ne requiert aucune base légale.

1.2.4.4 Défense des intérêts des assureurs-maladie

Le lobbying en faveur des assureurs-maladie n'est pas une tâche expressément prévue par la loi. Il ne fait pas non plus partie de l'exécution de la LAMal, car la fonction d'un organe d'exécution de l'assurance-maladie est la mise en œuvre de cette assurance et non la défense des intérêts propres d'autorités à l'égard des pouvoirs politiques. On peut néanmoins reconnaître aux organes d'exécution la compétence de faire valoir leur avis sur les questions ayant trait à l'exécution de la loi. Cette fonction peut être qualifiée d'activité administrative auxiliaire et être déléguée à un organe commun tel que SANTÉSUISSE sans base légale, car elle n'a pas d'influence directe sur l'exécution des tâches prévues par la loi.

Il découle de ce qui précède que l'activité de lobbying qui dépasse la fonction de porte-parole sur les questions d'exécution ne peut pas être analysée sous l'angle de la délégation de tâche publique, car ce n'est pas une tâche qui est dévolue par la loi aux assureurs. Il faut toutefois reconnaître que la ligne de démarcation n'est pas aisée à déterminer. A titre de comparaison :

- les statuts de la Conférence des caisses cantonales de compensation mettent en exergue que les prises de position que cette association adopte ont pour but de garantir une application orientée vers la clientèle, proche du citoyen, compétente,

²⁷ <http://www.santesuisse.ch/datasheets/files/200606011535170.PDF?SID=%25SID%25> consulté en mai 2007.

²⁸ R. RHINOW et R. KÄGI-DIENER sont moins tranchés, car ils se bornent à qualifier de douteuse la délégation de l'art. 17 des statuts (avis de droit susmentionné, p. 12).

efficace et à moindre coût²⁹ ; l'association a notamment pour tâche d'établir des contacts avec les milieux intéressés et de les sensibiliser aux questions d'application³⁰.

- Les statuts de l'association suisse des caisses de compensation professionnelles prévoient que celle-ci a pour but de soutenir les intérêts de ses membres et de représenter ceux-ci à l'extérieur ainsi que maintenir le contact avec les autorités, les représentants d'intérêts dans la politique et l'économie³¹.
- Les statuts de la Conférence des offices AI (COAI) fixent à cette association comme buts premiers de « représente[r] les intérêts des offices AI » et de « participe[r] activement au développement de l'assurance-invalidité »³². S'agissant des prises de position de la COAI, les statuts précisent que ces avis « ont pour but de garantir une mise en oeuvre axée sur les clients, proche des citoyens, compétente, efficiente et économique »³³.
- Les statuts de SANTÉSUISSE fixent pour buts à cette dernière de défendre et de représenter les intérêts communs de ses membres ainsi que de s'engager pour le maintien d'une assurance-maladie libérale³⁴. Ils lui attribuent pour tâches notamment de développer une activité de relations publiques avec pour objectif de favoriser l'image de l'assurance-maladie et de ses institutions, ainsi que d'influencer la politique de la santé de la Confédération, des cantons et des communes³⁵.

On voit que les tâches de SANTÉSUISSE en matière de lobbying vont largement au-delà de celles d'associations comparables d'organes d'exécution des assurances sociales et ont une nature clairement politique qui dépasse l'exécution de l'assurance-maladie sociale. La concurrence que la loi prévoit et permet entre les assureurs ne modifie pas cette analyse, car elle porte exclusivement sur la manière d'exécuter la loi.

La question juridique topique posée par ces activités qui sortent du cadre de la loi est celle de la légalité de leur financement par les primes des assurés malgré l'interdiction posée par l'art. 13, al. 2, let. a, LAMal d'affecter à d'autres buts que l'assurance-maladie sociale les ressources provenant de celle-ci. La marge dont disposent les assureurs en matière de coûts administratifs³⁶ n'inclut pas le financement d'activités qui ne sont pas directement liées à l'exécution de la loi.

2. Surveillance

2.1 La surveillance des organes extérieurs à l'administration fédérale

Lorsque l'Etat délègue des tâches publiques à des organisations ou des personnes de droit public ou de droit privé, il est tenu de soumettre les délégataires à une surveillance

²⁹ Art. 2, al. 1, let. e des statuts du 22 novembre 2001.

³⁰ Art. 2, al. 1, let. f des statuts du 22 novembre 2001.

³¹ Art. 3 des statuts du 24 juin 1999 dans leur état au 1^{er} juin 2007.

³² Art. 2, al. 1 et 2, des statuts du 9 septembre 2005.

³³ Art. 3, let. b, des statuts du 9 septembre 2005.

³⁴ Art. 4 des statuts du 19 juillet 2001.

³⁵ Art. 5, al. 5 et 6 des statuts du 19 juillet 2001.

³⁶ Art. 22 LAMal.

étatique³⁷. L'Etat doit contrôler que la tâche d'intérêt public est effectivement et efficacement exercée et que les garanties dont doivent bénéficier les tiers à l'égard de l'organisation privée dans le cadre des attributions déléguées sont respectées³⁸. L'existence et l'exercice concret d'une surveillance étatique sont même une *condition de validité* de la délégation³⁹.

Dans un avis de droit de 1989, l'Office fédéral de la justice a analysé les différentes législations prévoyant la délégation de tâches publiques à des personnes ou organisations extérieures à l'administration fédérale. Il a estimé que les moyens de surveillance à l'égard de ces organisations doivent être prévus par une loi formelle. Le fondement de cette exigence d'une base légale formelle est que la délégation à une personne extérieure à l'administration vise ordinairement à assurer l'autonomie de l'exécution de la tâche par rapport à l'administration et au pouvoir politique. Comme la surveillance active permet précisément à l'administration d'influer sur l'exécution de la tâche publique, elle entre en conflit avec le but de la délégation. Il appartient ainsi au législateur de trancher ce conflit en définissant clairement l'étendue et les moyens de surveillance. A défaut de règles expresses, seule une surveillance minimale subsiste qui consiste en un pouvoir d'observation et la compétence d'édicter des recommandations⁴⁰.

Cette analyse se retrouve à l'art. 24, al. 3, OLOGA (RS 172.010.1) selon lequel la surveillance est régie en ce qui concerne l'objet, l'étendue et les principes, par la législation spéciale et dépend du degré d'autonomie de l'organe considéré. Elle est aussi soutenue par la doctrine même si plusieurs auteurs laissent entrevoir la possibilité d'une surveillance allant au-delà des prescriptions légales expresses⁴¹.

2.2 Les prescriptions légales sur la surveillance des assureurs dans l'assurance-maladie

L'art. 76, al. 1, LPGA et l'art. 21, al. 1, LAMal chargent le Conseil fédéral de surveiller la mise en œuvre de l'assurance-maladie.

L'art. 76, al. 2, LPGA habilite le Conseil fédéral à prendre les mesures nécessaires au rétablissement d'une gestion de l'assurance conforme à la loi en cas de violation grave et répétée des dispositions légales par un assureur.

L'art. 20, al. 3, LAMal soumet l'Institution commune à la surveillance du département.

³⁷ ATF 133 I 49, 56 consid. 3.2 avec d'autres références; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., 2006, n° 1509; P. TSCHANNEN & U. ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2^e éd., 2005, § 10 n°3 ; J. GROSS, Aufsicht und Verantwortlichkeit, in: Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten, St. Gallen, 2002, p. 132.

³⁸ MOOR, Droit administratif III, 1992, p. 117

³⁹ MOOR, Droit administratif III, 1992, pp. 115 et 117

⁴⁰ JAAC 54.36 ch. III.1.c et d.

⁴¹ Th. SÄGESSER, Die Bundesbehörden, 2000, art. 187, n°1046. Plus ouverts: P. TSCHANNEN & U. ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2^e éd., 2005, § 10 n°3 : « Alles Nähere zur aufsichtsführenden Behörde und zu ihren Befugnissen findet sich *gewöhnlich* im jeweiligen Spezialgesetz. » (mis en exergue par l'Office fédéral de la justice). G. BIAGGINI, Art. 187, op. cit., n°6 : « Demgegenüber steht dem BR bei der Beaufsichtigung von Aufgabenträgern ausserhalb der Bundesverwaltung (*nur*) das jeweilige gesetzliche Instrumentarium zur Verfügung. » (mis en exergue par l'Office fédéral de la justice). J. GROSS, Aufsicht und Verantwortlichkeit, in: Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten, St. Gall, 2002, p. 132: « Inhalt und Schranke bildet der öffentliche Leistungsauftrag durch Gesetz oder Vertrag, dessen Erfüllung, stets in der Aufsichtskompetenz des delegierenden Gemeinwesens liegen muss. » Voir aussi R. RHINOW & R. KÄGI-DIENER, avis de droit susmentionné, p. 8.

L'art. 21, al. 3, LAMal règle en détail les instruments de surveillance dont l'Office fédéral de la santé publique dispose à l'égard des assureurs. L'office peut adresser aux assureurs des instructions visant à l'application uniforme du droit fédéral, requérir d'eux tous les renseignements et les documents nécessaires et procéder à des inspections qui peuvent être effectuées sans avoir été annoncées. Les assureurs doivent accorder à l'office le libre accès à toutes les informations qu'il juge pertinentes dans le cadre de l'inspection. Ils doivent lui communiquer leurs rapports et leurs comptes annuels.

L'art. 21, al. 5, LAMal règle les sanctions à l'égard des assureurs qui enfreignent les prescriptions légales. Il permet à l'office, selon la nature et la gravité des manquements, de se substituer à l'assureur, aux frais de celui-ci, pour rétablir une situation conforme au droit, de donner à l'assureur un avertissement et de lui infliger une amende d'ordre. Le département peut retirer l'autorisation de pratiquer l'assurance-maladie.

L'art. 23 OAMal soumet l'institution en matière de promotion de la santé (art. 19 LAMal) à la surveillance de l'Office fédéral de la santé publique.

L'annexe de l'ordonnance sur l'organisation de la statistique⁴² soumet SANTÉSUISSE à la loi sur la statistique fédérale, conformément à l'art. 2, al. 3, de cette loi⁴³. Dans la mesure où les conditions prévues par les lettres b et c de cet art. 2, al. 3, ne sont à la connaissance de l'Office fédéral de la justice pas remplies, l'application du droit fédéral de la statistique à SANTÉSUISSE repose sur l'idée que cette organisation fait l'objet d'une surveillance de la Confédération.

2.3 L'extension de la surveillance aux sous-délégués

La surveillance a pour objet l'exercice d'une tâche publique. La loi spécifie certes ordinairement un destinataire de la surveillance, mais ce destinataire est précisément l'organisme auquel la loi délègue une « tâche de l'administration » ou auquel la loi permet de déléguer une telle tâche. La mention par la loi du destinataire de la surveillance ne peut donc pas être comprise comme un silence qualifié excluant toute surveillance lorsque la tâche publique n'est pas assumée par l'organisme prévu par la loi mais par un tiers.

2.3.1 En cas de délégation de « tâches de l'administration »

Nous avons vu que le maintien d'une surveillance est une condition de validité de la délégation de tâches de l'administration aux particuliers⁴⁴. La même règle doit valoir lorsque le délégué sous-délègue lui-même à un tiers une partie de ses tâches.

Cette règle est respectée s'agissant de la compétence donnée aux assureurs de sous-déléguer à une association la négociation de tarifs. En effet, les tarifs négociés par SANTÉSUISSE sont soumis à l'approbation du Conseil fédéral ou d'un gouvernement cantonal⁴⁵. En droit, cette approbation a valeur constitutive et est une condition de validité de ces tarifs⁴⁶. Dans cette mesure, l'exercice par SANTÉSUISSE des compétences tarifaires sous-déléguées est soumis à une surveillance étroite. En pratique toutefois, il est notoire que les

⁴² RS 431.011

⁴³ RS 431.01

⁴⁴ Cf. supra 2.2.

⁴⁵ Art. 46, al. 4, LAMal.

⁴⁶ Message, FF 1992 I 162.

tarifs négociés par SANTÉSUISSE et approuvés par le Conseil fédéral contiennent des clauses d'entrée en vigueur qui font abstraction de la date de cette approbation. La pratique a donc rendu partiellement ineffectif le mode de surveillance prévu par la loi – à savoir l'approbation constitutive. Il en découle que la surveillance ne peut plus être exercée uniquement au travers de l'approbation mais doit être exercée déjà en amont. La négociation tarifaire est une « tâche de l'administration » au sens de l'art. 178, al. 3, Cst. dont la délégation à SANTÉSUISSE repose sur une base légale formelle (art. 46, al. 1, LAMal). Les pouvoirs de surveillance de l'Office fédéral de la santé publique sont ceux de l'art. 21 LAMal, car SANTÉSUISSE exerce fondamentalement une tâche des assureurs. Ces pouvoirs comprennent également les sanctions de l'art. 21, al. 5, LAMal, à l'exception du retrait de l'autorisation qui est une sanction qui, de par sa nature, ne peut être prononcée qu'à l'égard d'un assureur autorisé. Cela n'empêcherait bien sûr pas l'Office fédéral de la santé publique de prendre des mesures aussi à l'égard des assureurs, telle que l'instruction de ne pas appliquer les tarifs avant leur approbation. De lege ferenda, il serait souhaitable de rendre transparente la surveillance exercée sur SANTÉSUISSE dans l'exercice des tâches que les assureurs sont habilités par la loi à lui sous-déléguer.

Lorsqu'un assureur délègue sans base légale formelle une « tâche de l'administration » à un tiers, il faut – à l'instar de la jurisprudence relative à l'art. 89 LAMal qui permet au fournisseur de prestations auquel un code RCC a été refusé d'actionner SANTÉSUISSE devant le tribunal arbitral à la place des assureurs⁴⁷ – considérer que le tiers assume le rôle d'assureur de fait dans la mesure de la sous-délégation, de sorte que la surveillance prévue par les art. 76 LPGa et 21 LAMal s'applique en principe à ce tiers. Certes, l'autorité de surveillance doit à la fois veiller à ce que les assureurs reconnus ou autorisés ne délèguent pas sans droit leurs tâches à des tiers et prendre les mesures nécessaires auprès des assureurs pour qu'ils mettent un terme à une délégation illégale ou en limitent la portée à des activités administratives auxiliaires. Tant que la situation illégale n'est pas modifiée, l'autorité de surveillance doit néanmoins pouvoir continuer à exercer sa surveillance sur la tâche que la loi a dévolue à l'assureur. La sous-délégation d'une activité ne saurait en effet rendre ineffective la surveillance de cette tâche.

S'agissant des pouvoirs de l'autorité de surveillance à l'égard du tiers auquel une « tâche de l'administration » a été sous-déléguée sans base légale formelle, il faut différencier. Les compétences minimales de surveillance dont toute autorité de surveillance dispose même sans base légale – à savoir le pouvoir d'observer et de demander des renseignements⁴⁸ – sont garanties dans tous les cas. La ligne de démarcation doit être fixée au niveau du pouvoir de sanction : l'autorité de surveillance n'est pas habilitée à sanctionner un tiers sans une base légale formelle. Il est évident que le retrait de l'autorisation ou de la reconnaissance⁴⁹ n'entre pas en ligne de compte puisque le tiers n'a pas été reconnu ou autorisé. De même, l'avertissement et l'amende⁵⁰ ne peuvent pas être prononcés à l'égard du sous-délégataire. En revanche, l'autorité de surveillance peut agir par substitution à la place du tiers et de l'assureur⁵¹ : comme l'autorité de surveillance pourrait utiliser cet instrument si l'assureur n'accomplissait pas une tâche légale, il doit aussi pouvoir le faire si l'assureur renonce à accomplir lui-même cette tâche en la sous-déléguant à un tiers. La

⁴⁷ ATF 132 V 303; arrêt du 4 mai 2006, K 153/05.

⁴⁸ Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 10 novembre 1989, JAAC 54.36, III.1.d.

⁴⁹ Art. 21, al. 5, let. c, conjointement avec les art. 12 et 13 LAMal.

⁵⁰ Art. 21, al. 5, let. b, LAMal.

⁵¹ Art. 21, al. 5, let. a, LAMal.

facture pour l'action par substitution doit toutefois être adressée à l'assureur, car c'est lui qui n'accomplit pas la tâche légale s'il la sous-délègue à un tiers qui ne l'exerce pas correctement. Quant aux instructions⁵², elles ne concernent pas en premier lieu un organe mais visent l'exécution correcte du droit fédéral dans une tâche spécifique. Elles peuvent être adressées simultanément à l'assureur sous-déléguant et au tiers sous-délégataire ou uniquement à l'assureur. Une instruction adressée exclusivement au tiers sous-délégataire n'est pas admissible, car l'assureur qui a sous-délégué sans droit une tâche reste responsable de l'exécution correcte de cette tâche. En ce qui concerne les inspections prévues par l'art. 21, al. 2, LAMal, l'autorité de surveillance peut les mener à l'égard de tout organe qui exécute une tâche légale pour le compte de l'assureur, sans qu'il importe qu'il s'agisse d'un organe propre de l'assureur ou d'un délégataire. Si ce dernier refuse de permettre l'inspection, l'art. 93, let. c, LAMal permet le prononcé d'une contravention.

2.3.2 *En cas de délégation d'activités administratives auxiliaires*

En principe, la délégation d'activités administratives auxiliaires n'a pas d'influence sur l'étendue de la surveillance puisque celle-ci porte sur l'intégralité de la tâche publique. En pratique, toutefois, la nécessité d'une surveillance varie en fonction de la nature de l'activité déléguée et de son influence sur l'exécution de la tâche.

Il est ainsi clair qu'en ce qui concerne l'acquisition des biens et des prestations nécessaires au fonctionnement de l'autorité («Bedarfsverwaltung auf betrieblicher Ebene⁵³»), le besoin de surveillance est faible. En raison de la portée limitée du principe de la légalité dans ce domaine d'activité⁵⁴, l'autorité de surveillance d'un assureur doit essentiellement contrôler le respect de l'interdiction d'utiliser l'usage des ressources de l'assurance à des fins étrangères à cette tâche⁵⁵. Les tiers qui fournissent des prestations à l'assureur dans ce cadre ne sont en revanche pas soumis à la surveillance directe des autorités fédérales.

Lorsque les activités administratives auxiliaires dépassent le cadre de l'acquisition de biens ou de prestations nécessaires au fonctionnement de l'autorité, le besoin de surveillance s'accroît notablement. En l'absence d'une base légale spéciale régissant cette surveillance en raison de la compétence des autorités de déléguer des activités administratives auxiliaires sans base légale⁵⁶, l'autorité de surveillance n'a pas une surveillance directe sur les tiers qui exercent ces activités administratives auxiliaires. Il appartient aux assureurs-maladie de garantir dans l'acte de délégation au tiers un certain droit de regard de l'autorité de surveillance sur l'exécution de ces activités administratives auxiliaires. Le noyau de la surveillance (permettre l'observation et la demande de renseignements⁵⁷) doit être assuré, que ce soit directement – en obligeant contractuellement le tiers à répondre aux demandes éventuelles de l'autorité de surveillance – ou indirectement – en obligeant contractuellement le tiers à fournir à l'autorité délégante toutes les informations que l'autorité de surveillance pourrait requérir.

⁵² Art. 21, al. 2, LAMal.

⁵³ Avis de droit de l'Office fédéral de la justice du 29 mars 1995, JAAC 60.1, point 4.

⁵⁴ K. SUTTER-SOMM, Art. 164, n°16, in: St. Galler BV-Kommentar, 2002.

⁵⁵ Art. 13, al. 2, let. a, LAMal.

⁵⁶ Cf. supra I.2.2.

⁵⁷ JAAC 54.36, ch. III.1.d et III.2.b.

L'autorité de surveillance peut en tout temps s'adresser aux assureurs pour obtenir de sa part des renseignements concernant la gestion par un tiers d'activités administratives auxiliaires qui dépassent la simple « *Bedarfsverwaltung auf betrieblicher Ebene* ». Si l'autorité administrative n'est pas en mesure de fournir les renseignements requis, elle viole son obligation légale de permettre la surveillance sur l'intégralité de l'exercice de la tâche qui lui a été dévolue.

2.3.3 *Financement des activités sous-déléguées*

La LAMal impose comme principe que les ressources issues des primes des assurés ne doivent être utilisées qu'aux fins de l'assurance-maladie sociale⁵⁸. L'usage des ressources de l'assurance-maladie sociale est donc soumis à la surveillance de l'Office fédéral de la santé publique. Le financement par les assureurs des tâches sous-déléguées doit dans cette mesure aussi faire l'objet de la surveillance de l'Office fédéral de la santé publique. En l'absence d'une réglementation légale spécifique, la surveillance financière est le corollaire de la surveillance sur l'exercice de la tâche. Elle ne va ni plus loin, ni moins loin. S'agissant donc de « tâches de l'administration » déléguées par les assureurs à SANTÉSUISSE, l'Office fédéral de la santé publique peut non seulement contrôler directement la manière dont SANTÉSUISSE assume ces tâches⁵⁹, mais aussi surveiller le financement de ces tâches par les versements des assureurs qui proviennent des primes. S'agissant en revanche d'activités administratives auxiliaires, l'Office fédéral de la santé publique ne peut pas exercer de surveillance directe sur l'organisme auquel ces activités ont été déléguées ; il peut et doit s'adresser aux assureurs pour obtenir les renseignements nécessaires⁶⁰.

3. **Abstimmungskampf**

3.1 **Behördliche Informationspflicht**

Informationsträger im Vorfeld von eidgenössischen Abstimmungen sind die Bundesbehörden, die politischen Parteien und Interessengruppen sowie die Medien. Der Bundesrat hat den verfassungsrechtlichen Auftrag, die Bürgerinnen und Bürger über seine Tätigkeit zu informieren (Art. 180 Abs. 2 BV). Die Informationspflicht wird auf Gesetzesstufe in Art. 10 RVOG konkretisiert. Der Bundesrat hat für eine einheitliche, frühzeitige und kontinuierliche Information über seine Lagebeurteilungen, Planungen, Entscheide und Vorkehren zu sorgen (Art. 10 Abs. 2 RVOG). Im Vorfeld von Abstimmungen hat er den Stimmberechtigten die für einen rationalen Entscheid notwendigen Informationen zu liefern⁶¹. Gestützt auf den Bericht "Das Engagement von Bundesrat und Bundesverwaltung im Vorfeld von eidgenössischen Abstimmungen"⁶² wurden die Grundsätze der Information und Kommunikation im Vorfeld eidgenössischer Abstimmungen (Kontinuität, Transparenz, Sachlichkeit und Verhältnismässigkeit) in einem Leitbild festgehalten⁶³.

⁵⁸ Art. 13, al. 2, let. a, LAMal.

⁵⁹ Cf. supra 2.3.1.

⁶⁰ Cf. supra 2.3.2.

⁶¹ Vgl. VPB 2007.1, S. 3.

⁶² Arbeitsgruppe der Konferenz der Informationsdienste (AG KID), November 2001.

⁶³ Leitbild der Konferenz der Informationsdienste (KID): Information und Kommunikation von Bundesrat und Bundesverwaltung, Januar 2003.

Der Bundesrat informiert primär mit den Abstimmungserläuterungen über einen Abstimmungsgegenstand. Gemäss Art. 11 Abs. 2 BPR gibt der Bundesrat den Abstimmungsvorlagen eine kurze, sachliche Erläuterung bei, die auch den Auffassungen wesentlicher Minderheiten Rechnung trägt. Die Abstimmungserläuterungen haben eine wichtige Funktion als Entscheidungsgrundlage für die Stimmberechtigten. Mit Hilfe der Erläuterungen können diese sich ein Bild darüber machen, worum es bei einer Abstimmungsvorlage geht und welches die wichtigsten Argumente sind, die für oder gegen die Annahme sprechen. Abstimmungserläuterungen leisten einen wesentlichen Beitrag an eine umfassende Information der Stimmberechtigten.

Die Behörden haben im Vorfeld von Abstimmungen eine wichtige Informationspflicht⁶⁴. Diese Informationspflicht wird auch vom Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung gestützt auf die Garantie der politischen Rechte (Art. 34 Abs. 2 BV) bejaht⁶⁵. Mit einer sachlichen Information, die sich an die Grundsätze der Objektivität und der Verhältnismässigkeit hält, kann ein wesentlicher Beitrag geleistet werden, damit sich die Stimmberechtigten im Vorfeld einer Abstimmung eine umfassende Meinung bilden können. Am eigentlichen Abstimmungskampf sollten sich die Behörden hingegen nicht beteiligen. Der Abstimmungskampf sollte einen gesellschaftlicher Prozess darstellen und den politischen Parteien, den Interessenverbänden und den Medien vorbehalten bleiben⁶⁶. Da die Abstimmungsvorlagen jedoch immer komplexer werden und vermehrte Sachkunde erfordern, reichen die Abstimmungserläuterungen als Informationsgrundlage oft nicht aus. Die Behörden müssen mit einer gezielten, sachgerechten Informationspolitik dafür sorgen, dass die Stimmberechtigten ihre demokratischen Rechte gestützt auf umfassende Kenntnisse ausüben können⁶⁷.

3.2 Grundsätze behördlicher Information im Vorfeld von Abstimmungen

Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung gewährleistet das verfassungsrechtliche Stimmrecht einen Anspruch darauf, dass kein Abstimmungsergebnis anerkannt wird, das nicht den freien Willen der Stimmberechtigten zuverlässig und unverfälscht zum Ausdruck bringt⁶⁸. Die Stimmberechtigten sollen ihre Entscheide gestützt auf einen möglichst freien und umfassenden Prozess der Meinungsbildung treffen und entsprechend mit ihrer Stimme zum Ausdruck bringen können. Diese Garantie kann insbesondere durch unzulässige behördliche Beeinflussungen der Willensbildung der Stimmberechtigten im Vorfeld von Abstimmungen verletzt werden. Das Bundesgericht betrachtet deshalb behördliche Informationen im Abstimmungskampf grundsätzlich als eine Gefahr für den freien Entscheidungsprozess⁶⁹.

Aus diesem Grunde ist es wichtig, dass die Behörden objektiv und sachlich über eine Abstimmungsvorlage informieren. Den Stimmberechtigten muss durch diese ausgewogene und sachliche Information, der Darstellung der Vor- und Nachteile einer Vorlage eine eigenständige Beurteilung ermöglicht werden. Wird diese Pflicht zur objektiven und sachlichen Infor-

⁶⁴ Michel Besson, Behördliche Information vor Volksabstimmungen, Diss. Bern 2003, S. 175.

⁶⁵ BGE 129 I 244 E. 4.2.

⁶⁶ BGE 129 I 244 E. 4.2.1; Jeanne Ramseyer, Zur Problematik der behördlichen Information im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen, Diss. Basel 1992, S. 27 f.

⁶⁷ Michel Besson, S. 155 ff.

⁶⁸ BGE 130 I 294 E. 3.1, 129 I 244 E. 4.2, 121 I 138 E. 3.

⁶⁹ BGE 119 Ia 271 E. 3b.

mation verletzt, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich eine unerlaubte Beeinflussung vor⁷⁰.

Ein über die objektive und sachliche Information über die Abstimmungsvorlage hinaus gehendes Eingreifen einer Behörde in den Abstimmungskampf hat das Bundesgericht nur ausnahmsweise zugelassen, wenn triftige Gründe für eine solche Intervention vorliegen⁷¹. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegen triftige Gründe für eine staatliche Intervention insbesondere vor, wenn sich eine Richtigstellung irreführender privater oder behördlicher Informationen aufdrängt⁷², wenn während des Abstimmungskampfes neue, für den Entscheid erhebliche Tatsachen bekannt werden⁷³ oder wenn die Komplexität des Abstimmungsgegenstandes Zusatzinformationen erfordert⁷⁴. Jede darüber hinausgehende Beeinflussung ist hingegen unzulässig.

Nach der Praxis des Bundesgerichts bildet die Tatsache, dass eine Vorlage besonders umstritten ist, für sich allein keinen triftigen Grund für eine zusätzliche Information der Behörden⁷⁵. Ebenfalls kein triftiger Grund liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vor, wenn die Behörden mit ihrer Information bloss das Interesse der Stimmberechtigten an einer Vorlage wecken oder sie zur Annahme bewegen wollen⁷⁶.

Behörden haben sich im Vorfeld von Abstimmungen grundsätzlich zurückzuhalten. Die Willensbildung soll in erster Linie den gesellschaftlichen und politischen Kräften vorbehalten bleiben.

3.3 Art und Weise behördlicher Information

Die Abstimmungsfreiheit stellt nach einhelliger Lehre und Praxis Anforderungen an die Art und Weise behördlicher Informationen vor Abstimmungen⁷⁷. Grundsätzlich sind die Behörden bei ihrer Information vor Abstimmungen zur Sachlichkeit und Objektivität verpflichtet. Propaganda und reine Werbung qualifiziert das Bundesgericht als unzulässig, weil derartige Information unausgewogen ist und damit den freien Entscheidungsspielraum der Stimmberechtigten beschlägt⁷⁸.

Zudem verlangt die Abstimmungsfreiheit, dass die Behörden vor Abstimmungen stets auf transparente Art und Weise informieren. Für die Stimmberechtigten muss erkennbar sein, wer für die Information verantwortlich ist. Insbesondere sollten auch Herkunft, Höhe und die Verwendung der eingesetzten finanziellen Mittel offen gelegt werden. Aus diesem Grunde ist eine verdeckte behördliche Einflussnahme verboten und als schwerwiegender Verstoss gegen die Abstimmungsfreiheit zu betrachten⁷⁹.

⁷⁰ BGE 130 I 294 E. 3.2.

⁷¹ BGE 119 Ia 273 E. 3b, 117 Ia 456, BGE 114 Ia 433.

⁷² BGE 116 Ia 466 E. 5a, BGE 114 Ia 427 E. 5e.

⁷³ BGE 89 I 437 E. 7c.

⁷⁴ BGE 114 Ia 432 E.4c.

⁷⁵ BGE vom 5. Mai 2000 in Praxis 2000, Nr. 129, S. 755 E. 2b.

⁷⁶ BGE 114 Ia 433 E. 4c.

⁷⁷ Vgl. z.B. BGE 121 I 252 E. 2 und aus der neuer Lehre namentlich Michel Besson (vgl. Anm. vorne).

⁷⁸ BGE 114 Ia 443 E. 6a.

⁷⁹ BGE 114 Ia 444 E. 6b, BGE 119 Ia 281 E. 7b.

Schliesslich haben die Behörden im Vorfeld von Abstimmungen verhältnismässig zu informieren. Die Intervention der Behörden muss dazu beitragen, die freie und unverfälschte Meinungsbildung der Stimmberechtigten zu gewährleisten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der behördliche Einsatz unverhältnismässig hoher finanzieller Mittel für die Information der Stimmberechtigten unzulässig⁸⁰. In einer Entscheidung vom 26. Mai 1995 hat das Bundesgericht verschiedene Kriterien für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit der aufgewendeten Mittel aufgestellt. So sollen die Behörden nach Erlass der Abstimmungserläuterungen insbesondere nicht mehr aufwenden, als den anderen Parteien und Interessengruppen möglich ist, um die Gleichheit der an der Auseinandersetzung Beteiligten so weit als möglich zu wahren⁸¹. Zudem sollen behördliche Aktivitäten über das unbedingt Notwendige nicht hinausgehen⁸².

3.4 Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf Krankenversicherer

Das KVG überträgt den Krankenversicherern die öffentliche Aufgabe des Betriebs der sozialen Krankenversicherung. Bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe handeln die Versicherer demnach wie Behörden⁸³. Die Grundsätze für die behördliche Intervention im Vorfeld von Abstimmungen müssen konsequenterweise auch für sie gelten.

Die Krankenversicherer müssen sich – im Rahmen der Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgabe – im Vorfeld von Abstimmungen folglich politisch neutral verhalten. Jede Intervention in den Abstimmungskampf hat grundsätzlich als unzulässig zu gelten, sofern sie nicht der Richtigstellung oder der sachlichen und objektiven Information dient. Eine besondere Betroffenheit kann zwar durchaus als triftiger Grund für ein Aktivwerden im Abstimmungskampf betrachtet werden. Doch auch in diesem Fall sind die Krankenversicherer zur Zurückhaltung verpflichtet und müssen sich zudem an die Grundsätze der Sachlichkeit, Transparenz und Verhältnismässigkeit halten⁸⁴.

In diesem Zusammenhang muss eine verdeckte Finanzierung einer Organisation, die am Abstimmungskampf teilnimmt und die Interessen der Krankenversicherer (hinsichtlich der sozialen Krankenversicherung) wahrnimmt, gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als unzulässig betrachtet werden. Ein solches Vorgehen widerspricht der Abstimmungsfreiheit, da die Stimmberechtigten nicht erkennen können, wer für die Information verantwortlich ist. Eine verdeckte Finanzierung des Forums Gesundheit durch die Krankenversicherer wäre somit verfassungswidrig.

Art. 13 Abs. 2 Bst. a KVG verpflichtet die Krankenversicherer ausdrücklich, die Mittel der sozialen Krankenversicherung nur zum Zwecke dieser Versicherung zu verwenden. Die Verwendung von Prämiegeldern für andere Bereiche, wie z.B. für einen Abstimmungskampf, würde folglich die Zweckbindung der Prämiegelder verletzen. Art. 22 KVG erlaubt zwar, einen gewissen Teil der Gelder aus den Prämien der sozialen Krankenversicherung für Verwaltungskosten zu verwenden. Die Verwaltungskosten müssen jedoch auf das erforderliche Mass beschränkt werden und können sicher nicht die Kosten von aufwändiger politischer Werbung decken.

⁸⁰ BGE 114 Ia 432 E. 4a.

⁸¹ BGE vom 26. Mai 1995 in ZBI 1996, S. 242 E. 6a.

⁸² BGE 108 Ia 157.

⁸³ Vgl. vorne, Ziff. 1.1.

⁸⁴ BGE vom 26. Mai 1995 in ZBI 1996, S. 237 E. 3c.

Auch wenn die Krankenversicherer neben der sozialen Krankenversicherung privatrechtliche Zusatzversicherungen betreiben, dürfen sie bei Abstimmungsvorlagen, die den ihnen übertragenen öffentlich-rechtlichen Bereich betreffen, grundsätzlich nicht in den Abstimmungskampf eingreifen. Der Grund liegt darin, dass für die Stimmberechtigten nicht klar ersichtlich wäre, ob die Krankenversicherer als Betreiber der sozialen Krankenversicherung oder als privates Versicherungsunternehmen intervenieren würden.

3.5 Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf SANTÉSUISSE ?

SANTÉSUISSE vertritt die in der Schweiz tätigen Krankenversicherer. Die Grundsätze, die für eine Intervention in Abstimmungskämpfe für die Krankenversicherer, welche die soziale Krankenversicherung durchführen, gelten, müssen demnach auch für SANTÉSUISSE gelten. Dies bedeutet, dass SANTÉSUISSE grundsätzlich keine politische Werbekampagne für die Krankenversicherer im Bereich der sozialen Krankenversicherung durchführen dürfte.

SANTÉSUISSE vertritt jedoch auch Versicherungsunternehmen, die neben der sozialen Krankenversicherung auch privatrechtliche Zusatzversicherungen anbieten. In dieser Eigenschaft darf sie nicht in Abstimmungskämpfe betreffend die soziale Krankenversicherung eingreifen, da für die Stimmberechtigten nicht klar wäre, wen SANTÉSUISSE tatsächlich vertritt und mit welchen Mitteln sie den Abstimmungskampf führen würde (mit den Prämien aus der sozialen Krankenversicherung oder aus den privatrechtlichen Zusatzversicherungen).

Die im Fonds Politik geäußerten Gelder können sowohl aus den Prämienzahlungen der obligatorisch Versicherten (Versichertengelder der sozialen Krankenversicherung) als auch aus Prämienzahlungen der Privatversicherten (privatrechtliche Zusatzversicherung) stammen. SANTÉSUISSE führt – soweit bekannt – nicht separat Buch über die Aufgaben, die sie für die Versicherer im Bereich der sozialen Krankenversicherung wahrnimmt, was zur Folge hat, dass die Beiträge, die sie von den Versicherern erhält, dem jeweiligen Aufgabenbereich (soziale Krankenversicherung / privatrechtliche Zusatzversicherung) nicht klar zugeordnet werden können. Dies führt dazu, dass nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, von welchen Prämienzahlungen (soziale oder private Versicherung) die Mittel für den Abstimmungskampf genommen wurden.

Die Verwendung von Geldern aus dem Fonds Politik für den Abstimmungskampf muss folglich einerseits als intransparent und damit als geeignet betrachtet werden, das Recht auf unverfälschte Willenskundgabe zu verletzen. Andererseits ist nicht auszuschliessen, dass ein Teil der verwendeten Gelder aus den zweckgebundenen Prämien für die soziale Krankenversicherung stammt und demnach unzulässigerweise eingesetzt worden ist.

4. Réponses aux questions de l'Office fédéral de la santé publique

1. Delegation von Aufgaben

- a. *Ist die Auffassung richtig, dass die Krankenkassen den Dachverbänden (zum Beispiel SANTÉSUISSE) und anderen Verbänden Kernaufgaben, namentlich hoheitliche Aufgaben, nicht zum autonomen Vollzug übertragen können bzw. dass für andere Aufgaben (z.B. gewisse Dienstleistungen und die Interessenvertretung) eine solche Übertragung zulässig ist?*

Les assureurs ne peuvent en principe pas sous-déléguer les tâches administratives que la loi leur a dévolu sans une base légale formelle (cf. art. 178, al. 3, Cst.). Cette exigence d'une

base dans la loi ne s'applique toutefois pas aux activités administratives auxiliaires qui peuvent être déléguées à des tiers même sans une base légale matérielle. La délimitation entre les tâches administratives et les activités administratives auxiliaires doit être faite sur la base de trois critères : rapport entre la tâche dévolue par la loi et l'activité dont la délégation est envisagée ; effets externes de cette activité ; étendue de la marge d'appréciation du délégataire. La notion de « Kernaufgabe » n'a pas de portée propre dans ce contexte même si elle a été employée par la jurisprudence⁸⁵. Elle doit être comprise comme synonyme des « tâches de l'administration » au sens de l'art. 178, al. 3, Cst. ou, vu sous un autre angle, comme incluant toutes les tâches qui ne peuvent pas être qualifiées d'activités administratives auxiliaires. La notion de « Kernaufgabe » ne devrait toutefois pas être utilisée, car elle a une connotation restrictive qui fausse la perspective : ce qui est soustrait à la délégation, ce n'est pas un noyau mais la majeure partie des activités dévolue par la loi aux assureurs.

- b. *Ist die Führung des Zahlstellenregisters und die Erteilung der ZSR-Nr durch SANTÉSUISSE als Kernaufgabe zu qualifizieren (vg. BGE 132 V 303) und dürfen die Krankenkassen Dachverbänden (z.B. SANTÉSUISSE) oder anderen Verbänden bestimmte Aufgaben übertragen oder müsste diese Übertragung nach Art. 18 Abs. 4 an die gemeinsame Einrichtung erfolgen?*

Il n'y a pas d'interdiction légale de déléguer des activités administratives auxiliaires à d'autres organisations qu'à l'Institution commune. Une délégation de telles activités à une organisation faïtière des assureurs est admissible. Encore faut-il qu'il s'agisse vraiment d'activités administratives auxiliaires : dans la mesure où l'octroi du numéro RCC équivaut en pratique à statuer sur l'admission à pratiquer à charge de l'assurance-maladie sociale et modifie la situation juridique du fournisseur de prestations, cette tâche ne peut pas être déléguée à SANTÉSUISSE sans une base légale formelle.

2. *Aufsicht*

Was gilt bezüglich der Aufsicht über eine Aufgabe, die von den Krankenkassen zulässigerweise an Dachverbände (zum Beispiel SANTÉSUISSE) und andere Verbänden delegiert wurde? Hat das BAG auch ohne klare gesetzliche Grundlage ein Aufsichtsrecht bzw. eine Aufsichtspflicht? Wenn ja, welches sind die möglichen Aufsichtsmaßnahmen?

La surveillance porte sur l'exécution de la tâche publique. Elle s'étend aussi à SANTÉSUISSE dans la mesure où cette organisation exécute des tâches qui lui sont déléguées par les assureurs. S'il s'agit de tâches dont la délégation nécessiterait une base légale formelle, l'Office fédéral de la santé publique dispose à l'égard de SANTÉSUISSE des compétences prévues par l'art. 21 LAMal, hormis celle de prononcer des sanctions. S'il s'agit en revanche d'une activité administrative auxiliaire, la surveillance est indirecte, car elle passe par les assureurs : l'Office fédéral de la santé publique peut exiger des assureurs qu'ils lui fournissent des renseignements concernant la gestion par SANTÉSUISSE des activités administratives auxiliaires qu'ils lui ont déléguées.

De lege ferenda, une clarification de la surveillance sur SANTÉSUISSE serait souhaitable pour chaque tâche que la LAMal permet aux assureurs de lui déléguer.

⁸⁵ ATF 128 V 295, 297 consid. 4.c.bb.

3. Verwendung von Prämiegeldern:

Könnte das BAG SANTÉSUISSE z.B. die Weisung erteilen, die im Fonds Politik geäußerten Gelder nicht für politische Abstimmungskämpfe zu verwenden?

Dans la mesure où les activités financées par le fond politique ne sont pas de l'information au sens de l'art. 27 LPGA et ne relèvent pas de l'exécution de la LAMal, elles ne sont pas soumises à la surveillance de l'Office fédéral de la santé publique. Celui-ci peut en revanche demander des renseignements aux assureurs sur les activités de SANTÉSUISSE financées par les cotisations issues des primes de l'assurance obligatoire. Il peut aussi prononcer des instructions à l'égard des assureurs sur l'admissibilité d'un financement de ces activités de SANTÉSUISSE par les primes de l'assurance obligatoire.

4. Abstimmungskampf

a) *Transparenz:*

Muss die verdeckte Finanzierung des Forums Gesundheit Schweiz durch SANTÉSUISSE für den Abstimmungskampf zur Volksinitiative "Für eine soziale Einheitskrankenkasse" nach der Praxis des Bundesgerichts als unzulässig qualifiziert werden?

Die Grundsätze für behördliche Interventionen in Abstimmungskämpfe gelten auch für die Krankenversicherer, weil sie mit dem Betrieb der sozialen Krankenversicherung eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen. Dies bedeutet, dass sie sich prinzipiell nicht in Abstimmungskämpfe einmischen dürfen, ausser bei Vorliegen triftiger Gründe. Eine besondere Betroffenheit durch eine Abstimmungsvorlage kann zwar einen triftigen Grund darstellen, befreit jedoch nicht von der Verpflichtung zur Sachlichkeit, Transparenz und Verhältnismässigkeit. Eine verdeckte Finanzierung gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts als unzulässige Beeinflussung der Stimmberechtigten. Die verdeckte Finanzierung des Forums Gesundheit Schweiz durch SANTÉSUISSE für den Abstimmungskampf zur Volksinitiative "Für eine soziale Einheitskrankenkasse" ist deshalb als unzulässig zu qualifizieren.

b) *Verhältnismässiger Mitteleinsatz: Muss die Verwendung finanzieller Mittel in Mio. Höhe für den Abstimmungskampf (aus dem mit 7 Mio. CHF geäußerten Fonds Politik) als unverhältnismässig taxiert werden? Lässt sich aus der Praxis des Bundesgerichts ableiten, welcher Mitteleinsatz durch SANTÉSUISSE zulässig wäre?*

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sollen die Behörden im Abstimmungskampf nicht mehr aufwenden, als den anderen Parteien und Interessengruppen möglich ist. Um beurteilen zu können, ob die Höhe der von SANTÉSUISSE für den Abstimmungskampf vorgesehenen Mittel unverhältnismässig ist, müsste dieser Betrag folglich mit den finanziellen Möglichkeiten der Parteien und anderen Interessengruppen verglichen werden.

Die Frage, welcher Mitteleinsatz durch SANTÉSUISSE für den Abstimmungskampf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zulässig wäre, kann nicht beantwortet werden. Da die Intervention von SANTÉSUISSE im Abstimmungskampf zur Volksinitiative "Für eine soziale Einheitskrankenkasse" als unzulässig beurteilt wird, spielt die Höhe des Betrages in diesem Fall auch keine Rolle. Allerdings kann festgehalten werden, dass ein Betrag in Millionenhöhe

ein nicht hinnehmbares Risiko einer unstatthaften Dominanz in einem Abstimmungskampf mit sich bringt und schon deshalb eine unzulässige Beeinträchtigung des politischen Stimmrechts darstellen kann.

(L'avis de droit sera publié dans la prochaine édition de la JAAC)