

ARRÊTÉ

relatif à la validité de l'initiative populaire cantonale constitutionnelle 165 « Pour une caisse d'assurance maladie et accidents genevoise publique à but social »

17 janvier 2018

LE CONSEIL D'ÉTAT

I. EN FAIT

1. Par courrier du 7 mars 2017, le Conseil d'Etat de la République et canton de Genève a été informé par le comité d'initiative du lancement d'une initiative populaire intitulée « Pour une caisse d'assurance maladie et accidents genevoise publique à but social ». Alexander Eniline était désigné comme mandataire de l'initiative. Un spécimen de formule de récolte de signatures était joint au courrier.
2. L'initiative portait sur l'introduction d'un nouvel alinéa 4 à l'article 172 de la constitution de la République et canton de Genève, du 14 octobre 2012 (A 2 00, ci-après : Cst-GE), dont le contenu était le suivant :

« 4. Le canton est doté d'une caisse d'assurance maladie et accidents au sens du droit fédéral, ayant pour mission de garantir aux personnes domiciliées dans le canton une couverture de soins complète.

Cette caisse est constituée sous forme d'établissement public autonome, sous la dénomination « caisse cantonale d'assurance maladie et accidents à but social », et offre les prestations d'assurance maladie et accidents de base, telles que définies par le droit fédéral. ».

Le spécimen comprenait un bref exposé des motifs indiquant que seule une caisse cantonale à but social pouvait notamment lutter contre l'augmentation déraisonnable des primes. Il était ajouté que, étant publique, elle devait être exclusivement au service des assurés et de la collectivité publique.
3. Le 14 mars 2017, le service des votations et élections (ci-après : SVE) de la chancellerie d'Etat a approuvé la formule de récolte de signatures.
4. Le lancement de l'initiative a été publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 15 mars 2017, le délai de récolte des signatures arrivant à échéance le 17 juillet 2017.
5. Le 11 juillet 2017, le comité d'initiative a déposé les listes de signatures auprès du SVE.
6. Par arrêté du 27 septembre 2017, le Conseil d'Etat a constaté que le nombre de signatures exigé par la constitution était atteint. Il a par ailleurs fixé au 29 septembre 2017 la publication dudit arrêté de constatation de l'aboutissement de l'initiative dans la FAO et au 29 janvier 2018 le délai au Conseil d'Etat pour statuer sur la validité de l'initiative.

7. L'arrêté de constatation de l'aboutissement de l'initiative 165 a été publié dans la FAO du 29 septembre 2017.
8. Par courrier du 16 octobre 2017, la chancelière d'Etat, au nom du Conseil d'Etat, a adressé un courrier au comité d'initiative, lui octroyant un délai au 2 novembre 2017 pour lui faire part de ses éventuelles observations sur la validité de l'initiative. Etaient notamment mis en exergue la différence de terminologie entre le texte de l'initiative et l'article 1a, alinéa 1 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (RS 832.10 ; LAMal) (« assurance maladie et accidents de base » versus « assurance-maladie sociale ») ainsi que la problématique de la couverture limitée aux personnes domiciliées dans le canton.
9. Le comité d'initiative a déposé des observations dans un courrier daté du 25 octobre 2017. Il estimait que le sens de l'initiative correspondait bien au droit fédéral, dès lors que le but social était indiqué dans le texte de cette dernière. Par ailleurs, selon lui, la caisse serait régie obligatoirement et automatiquement par les dispositions impératives du droit fédéral et l'affiliation pourrait s'étendre à des personnes non domiciliées dans le canton. Avant de récolter des signatures, l'avis de l'office fédéral des assurances sociales avait été requis, lequel avait répondu – par la voix de l'office fédéral de la santé publique (OFSP) – que les conditions à remplir pour être autorisé à pratiquer l'assurance-maladie sociale étaient les mêmes pour tous les assureurs, que leur forme juridique soit de droit public ou privé, et étaient énumérées à l'article 5 de la loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (RS 832.12 ; LSAMal). La caisse cantonale en question serait ainsi soumise à toutes les obligations légales auxquelles les autres assureurs-maladies étaient soumis, tant du point de vue juridique qu'économique.
10. Le 16 octobre 2017, la chancelière d'Etat a également sollicité l'avis de l'OFSP sur cette initiative, en mettant l'accent sur les mêmes points que dans le cadre de son courrier adressé au comité d'initiative.
11. L'OFSP a fait part de ses observations dans un courrier adressé à la chancelière d'Etat daté du 13 novembre 2017. Il était tout d'abord d'avis que si la dénomination propre du futur assureur telle qu'elle figurait au second paragraphe de l'article 172, alinéa 4 de l'initiative ne posait pas de problème, il serait cependant judicieux de remplacer le terme « caisse d'assurance maladie et accidents » par « caisse-maladie », dès lors qu'il s'agissait de la terminologie employée par la LSAMal.

En ce qui concerne la restriction de l'assurance aux personnes domiciliées dans le canton, l'OFSP était d'avis que cette formulation était trop restrictive, dès lors que l'article 5, lettre i LSAMal obligeait l'assureur à admettre, dans les limites de son champ territorial d'activité, toute personne tenue de s'assurer, soit un cercle plus large que celui des personnes domiciliées dans le canton de Genève.

L'OFSP a également relevé que les termes « couverture de soins complète » pourraient prêter à confusion, dès lors qu'ils pourraient laisser à penser que la couverture proposée par d'autres assureurs ne serait pas complète.

Enfin, s'il était possible que la caisse soit une personne juridique de droit public, elle devrait revêtir une des formes juridiques prévues à l'article 5, lettre a LSAMal, à savoir celle de la société anonyme, de la coopérative, de l'association ou de la fondation.

12. Interpelé sur le courrier de l'OFSP du 13 novembre 2017, le comité d'initiative a répondu que ce dernier ne contenait que des conseils destinés à améliorer le texte de l'initiative, ce que le comité ne pouvait faire en vertu des articles 58 et 60 Cst-GE. Il a pour le surplus exposé que les termes de « personnes domiciliées dans le canton » ne restreignaient en aucune manière les droits des personnes non domiciliées dans le canton en application de l'article 5, lettre g LSAMal.

II. EN DROIT

1. La validité d'une initiative populaire cantonale est examinée par le Conseil d'Etat (art. 60, al. 1 Cst-GE).
2. Les conditions de validité d'une initiative expressément prévues par la constitution cantonale sont au nombre de trois et comprennent l'unité du genre (art. 60, al. 2 Cst-GE), l'unité de la matière (art. 60, al. 3 Cst-GE) et la conformité au droit (art. 60, al. 4 Cst-GE).
3. A ces conditions s'ajoute l'exigence de clarté du texte d'une initiative populaire, qui, si elle ne fait pas partie des conditions de validité expressément mentionnées dans la constitution cantonale, découle de la liberté de vote garantie à l'article 34, alinéa 2 de la constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS 101 ; Cst. féd.), et plus particulièrement de l'exigence d'une formulation claire de la question soumise au vote. Les électeurs appelés à s'exprimer sur le texte de l'initiative doivent être à même d'en apprécier la portée, ce qui n'est pas possible si le texte est équivoque ou imprécis (ATF 133 I 110, c. 8.1 ; ATF 1C_659/2012 du 24 septembre 2013, c. 5.1).
4. Enfin, la dernière condition de validité est que les initiatives doivent être exécutoires (ATF 1P.454/2006 du 22 mai 2007, c. 3.1 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I, 2013, § 856).

A. Forme de l'initiative :

5. L'article 56, alinéa 2 Cst-GE prévoit qu'une proposition de révision partielle de la constitution peut être rédigée de toute pièce (initiative formulée) ou conçue en termes généraux et susceptible de formulation par une révision de la constitution (initiative non formulée). Une initiative partiellement formulée est considérée comme non formulée.
6. En l'espèce, la proposition prévoit l'introduction d'un nouvel alinéa 4 à l'article 172 de la constitution genevoise intitulé « promotion de la santé ».
7. Ce nouvel alinéa 4 est entièrement rédigé, de sorte qu'il s'agit ainsi d'une initiative formulée.

B. Unité du genre :

8. Selon l'article 60, alinéa 2 Cst-GE, l'initiative qui ne respecte pas l'unité de genre est déclarée nulle.
9. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 66, alinéa 1 de l'ancienne constitution de la République et canton de Genève (aCst-GE, abrogée le 1^{er} juin 2013) – qui portait également sur l'unité de genre –, une initiative populaire ne peut tendre simultanément à l'adoption de normes appartenant à des rangs différents. Dès lors que l'ordre juridique implique une hiérarchie des normes et soumet chaque échelon à un contrôle démocratique distinct, il serait abusif de proposer simultanément une disposition constitutionnelle et la législation qui la met en œuvre. Cela découle notamment du principe de la liberté de vote : le citoyen doit savoir s'il se prononce sur une modification constitutionnelle ou simplement législative et doit avoir le droit, le cas échéant, de se prononcer séparément sur les deux questions (ATF 130 I 185, c. 2.1, et

les références citées ; GRODECKI, L'initiative populaire cantonale et municipale à Genève, 2008, § 995).

10. En l'espèce, l'initiative 165 porte sur une modification de la constitution genevoise par l'ajout d'un nouvel alinéa 4 à l'article 172. Il n'y a donc pas de mélange de niveaux normatifs.
11. Par conséquent, l'initiative 165 respecte le principe de l'unité de genre.

C. Unité de la matière :

12. L'initiative qui ne respecte pas l'unité de la matière est scindée ou déclarée partiellement nulle, selon que ses différentes parties sont en elles-mêmes valides ou non. A défaut, ou si le non-respect de l'unité de la matière était manifeste d'emblée, l'initiative est déclarée nulle (art. 60, al. 3 Cst-GE).
13. L'exigence de l'unité de la matière découle de la liberté de vote et, en particulier, du droit à la libre formation de l'opinion des citoyens et à l'expression fidèle et sûre de leur volonté, figurant à l'article 34, alinéa 2 Cst. féd.. Cette exigence interdit de mêler, dans un même objet soumis au peuple, plusieurs propositions de nature ou de but différents, qui forceraient ainsi le citoyen à une approbation ou à une opposition globale, alors qu'il pourrait n'être d'accord qu'avec une partie des propositions soumises. Il doit ainsi exister, entre les diverses parties d'un objet soumis au peuple, un rapport intrinsèque ainsi qu'une unité de but, c'est-à-dire un rapport de connexité qui fasse apparaître comme objectivement justifiée la réunion de plusieurs propositions en une seule question soumise au vote. L'unité de la matière est une notion relative qui doit être appréciée en fonction des circonstances concrètes (ATF 137 I 200, c. 2.2 et les références citées ; ATF 130 I 185, c. 3 et les références citées). La notion de « rapport intrinsèque » est commune aux droits constitutionnels genevois et fédéral, et doit s'interpréter de la même manière : le principe d'unité de la matière est inhérent à la notion même d'initiative, celle-ci devant poser une question claire aux citoyens au moment du vote. Le critère déterminant est donc de savoir si, telle qu'elle est posée, l'initiative permet aux citoyens d'exprimer librement leur volonté (ATF 1C_305/2012 du 26 février 2013, c. 2.1).
14. L'exigence d'unité de la matière est plus contraignante à l'égard d'une initiative portant sur une révision partielle que sur une révision totale de la constitution, soumise à une procédure propre (ATF 130 I 185, c. 3.1 et les références citées).
15. Ce principe s'impose par ailleurs de façon plus rigoureuse aux projets issus d'une initiative populaire qu'à ceux proposés par l'autorité : en effet, la règle veut aussi empêcher que les auteurs de l'initiative puissent réunir des partisans de réformes différentes et atteindre ainsi plus aisément le nombre de signatures requis, en risquant cependant de donner un reflet inexact de l'opinion populaire (ATF 123 I 63, c. 4b et les références citées ; ATF 1C_305/2012 du 26 février 2013, c. 2.1).
16. Une autre distinction peut être faite : les initiatives entièrement rédigées sont traitées de façon plus stricte, au regard de la règle de l'unité de la matière, que les propositions conçues en termes généraux, lesquelles nécessitent encore l'élaboration d'un texte par le parlement ; le parlement dispose en effet d'une certaine marge de manœuvre et il peut, le cas échéant, corriger le vice en rédigeant les dispositions voulues. Il faut ainsi interpréter l'article 60, alinéa 3 Cst-GE, qui consacre le principe de l'unité de la matière en droit cantonal genevois, à la lumière de ces principes (ATF 123 I 63, c. 4b et les références citées ; ATF 1C_305/2012 du 26 février 2013, c. 2.1).

17. Une initiative se présentant comme un ensemble de propositions diverses, certes toutes orientées vers un même but, mais recouvrant des domaines aussi divers qu'une politique économique, une réforme fiscale, le développement de la formation, la réduction du temps de travail, la réinsertion des sans-emploi, etc., viole la règle de l'unité de la matière. En revanche, une initiative populaire peut mettre en œuvre des moyens variés, pour autant que ceux-ci soient rattachés sans artifice à l'idée centrale défendue par les initiants. L'unité de la matière fait ainsi défaut lorsque l'initiative présente en réalité un programme politique général, lorsqu'il n'y a pas de rapport suffisamment étroit entre les différentes propositions, ou encore lorsque celles-ci sont réunies de manière artificielle ou subjective (ATF 130 I 185, c. 3.2 et les références citées). Il en va de même lorsqu'il n'y a pas d'idée centrale mais deux projets de nature totalement distincte ou encore lorsqu'il y a une juxtaposition plutôt qu'une complémentarité de moyens (ATF 1C_305/2012 du 26 février 2013, c. 2.2).
18. Exposé de manière positive, cela signifie que l'unité de la matière est respectée lorsque (GRODECKI, op. cit., § 1015) :
- une initiative poursuit un seul but ;
 - une initiative concerne une seule thématique dont tous les objets sont en étroite connexité ;
 - une initiative – souvent programmatique – expose un objectif et différents moyens pour y parvenir, à condition que ceux-ci ne soient pas trop hétérogènes et qu'un fil conducteur apparaisse dans la proposition.
19. C'est à la lumière de ces principes qu'il faut interpréter l'article 60, alinéa 3 Cst-GE (ATF 123 I 63, c. 4b et les références citées).
20. En l'espèce, il peut tout d'abord être rappelé, à titre de préambule, que l'initiative 119 « Pour une caisse d'assurance-maladie publique à but social et la défense du service public » avait été déclarée irrecevable par le Grand conseil genevois dans une décision datée du 13 décembre 2002, confirmée par le Tribunal fédéral dans un arrêt 1P.40/2003 du 25 septembre 2003. Cette initiative comprenait deux articles constitutionnels portant l'un sur une caisse cantonale d'assurance-maladie et l'autre sur la sauvegarde des services publics. Le Tribunal fédéral avait considéré que ces deux aspects de l'initiative constituaient deux projets politiques de nature différente sans lien objectif entre eux. Ainsi, selon lui, le principe de l'unité de la matière n'était pas respecté. Il avait cependant ajouté qu'il ne voyait pas ce qui empêcherait de soumettre au peuple une disposition, même largement expurgée, prévoyant le principe de la création d'une caisse publique cantonale d'assurance-maladie dont les détails devraient être réglés dans une loi (arrêt 1P.40/2003 précité, considérant 4.3.1.).
21. Ceci étant posé, il convient d'examiner le texte de l'initiative 165 à l'aune des principes énoncés ci-dessus. A cet égard, l'objet unique de l'initiative consiste en la création d'une caisse d'assurance maladie et accidents au sens du droit fédéral sous la forme d'un établissement public autonome. L'initiative poursuit ainsi le seul but de création d'une telle caisse-maladie et elle ne concerne que cette thématique ; elle n'a dès lors qu'une seule idée centrale. Telle qu'elle est formulée, elle ne mêle en effet pas dans un même objet soumis au peuple plusieurs propositions de nature ou de buts différents et permettra dès lors aux citoyens d'exprimer librement leur volonté lors d'une future votation. Elle est ainsi conforme au principe de l'unité de la matière.

D. Principe de clarté :

22. Comme mentionné ci-dessus (ch. 3), une initiative populaire doit encore respecter l'exigence de clarté du texte. Les électeurs appelés à s'exprimer sur le texte de l'initiative doivent être à même d'en apprécier la portée, ce qui n'est pas possible si le texte est équivoque ou imprécis (ATF 133 I 110 c. 8.1 ; ATF 1C_659/2012 du 24 septembre 2013, c. 5.1).
23. C'est le texte même de l'initiative qui doit être clair et cohérent et non incompréhensible ou contradictoire (GRODECKI, op. cit., § 1056 et 1058).
24. Le Tribunal fédéral a jugé que la volonté des initiants n'était pas décisive pour l'examen de la validité d'une initiative. Il convient de se fonder sur la lettre de l'initiative, le texte explicatif pouvant néanmoins être pris en compte. Le souhait des initiants lorsqu'ils ont déposé leur texte n'est ainsi pas déterminant et la portée de l'initiative doit être examinée objectivement (GRODECKI, op. cit., § 989 et références citées).
25. En l'espèce, le texte de l'article 172, alinéa 4 n'est pas imprécis, incompréhensible ou contradictoire. Un citoyen est à même d'en apprécier la portée, dès lors que le langage choisi est simple et non équivoque.
26. Ainsi, l'initiative respecte le principe de clarté.

E. Conformité au droit :

27. L'initiative dont une partie n'est pas conforme au droit est déclarée partiellement nulle si la ou les parties qui subsistent sont en elles-mêmes valides. A défaut, l'initiative est déclarée nulle (art. 60, al. 4 Cst-GE). La constitution emploie la notion de nullité. Matériellement, il s'agit cependant d'une invalidation (Stéphane GRODECKI, op. cit., § 1181).
28. Cette disposition codifie les principes généraux en matière de droits politiques dégagés par la jurisprudence du Tribunal fédéral, pour lequel les initiatives populaires cantonales ne doivent rien contenir de contraire au droit supérieur, qu'il soit cantonal, intercantonal, fédéral ou international (ATF 133 I 110, c. 4.1; ATF 1C_33/2013 du 19 mai 2014, c. 2.1).
29. De manière plus générale, pour juger de la validité matérielle d'une initiative, il convient d'interpréter son texte sur la base des principes d'interprétation reconnus. On doit se fonder au premier chef sur la teneur littérale de l'initiative, sans toutefois écarter complètement la volonté subjective des initiants. Une motivation éventuelle de la demande d'initiative, ainsi que des déclarations des initiants, peuvent en effet être prises en considération. Parmi les diverses méthodes d'interprétation, on doit privilégier celle qui, d'une part, correspond le mieux au sens et au but de l'initiative et conduit à un résultat raisonnable et qui, d'autre part, apparaît, dans le cadre de l'interprétation conforme, la plus compatible avec le droit supérieur fédéral et cantonal (ATF 129 I 392, c. 2.2). Si l'on peut attribuer à l'initiative un sens qui ne la fait pas clairement apparaître comme inadmissible, alors l'initiative doit être déclarée valable et soumise au vote du peuple (ATF 139 I 292, c. 5.7).
30. L'Assemblée constituante a renoncé à la formulation contenue dans l'ancienne constitution cantonale qui voulait qu'une initiative ne soit annulée que si elle était « manifestement » non conforme au droit. En effet, cette formulation pouvait, en théorie, conduire à des décisions contradictoires. Face à une initiative populaire législative, le Tribunal fédéral ne pouvait en effet annuler celle-ci ou confirmer son annulation que si elle était « manifestement » non conforme au droit. Mais ensuite, saisi d'un recours contre la loi résultant de cette initiative, par hypothèse acceptée par le peuple, le Tribunal fédéral devait vérifier sa conformité « simple » et non seulement « manifeste »

au droit fédéral. Une situation analogue pouvait se produire pour les initiatives constitutionnelles : annulation pour non-conformité manifeste avant le vote, mais, théoriquement, refus de garantie pour non-conformité simple après celui-ci (Michel HOTTELIER et Thierry TANQUEREL, La constitution genevoise du 14 octobre 2012, in SJ 2014 II p. 341 (373)). Le constituant a en effet entendu prévenir qu'un même texte ne soit pas invalidé au stade du contrôle de la validité de l'initiative le proposant, mais le soit ensuite, une fois celui-ci devenu loi du fait de l'adoption de l'initiative, dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes (BOACG tome V, p. 2342 ; Michel HOTTELIER/Thierry TANQUEREL, La constitution genevoise du 14 octobre 2012, SJ 2014 II 341 ss, p. 373 ; Thierry TANQUEREL, Note sur l'ATF 132 I 282, RDAF 2007 I 332 ss, 335, où l'auteur estime douteux qu'une telle situation soit « institutionnellement acceptable » ; ACST/17/2015, du 2 septembre 2015, consid. 4).

31. Le contrôle de la conformité au droit d'une initiative rédigée de toutes pièces s'apparente à un contrôle abstrait des normes. Il ne s'agit pas de prévenir uniquement que les citoyens ne soient exposés à être appelés à voter sur un objet, qui, d'emblée, ne pourrait pas être finalement concrétisé conformément à la volonté exprimée. Une initiative populaire législative formulée se transforme en loi si elle est acceptée par le Grand Conseil ou en votation populaire (art. 61 et 53 Cst-GE ; art. 122A et 122B de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève, du 13 septembre 1985 [LRGC – B 1 01] ; art. 94 al. 2 et 3 LEDP ; art. 5 ss de la loi sur la forme, la publication et la promulgation des actes officiels, du 8 décembre 1956 [LFPP – B 2 05]), sans que son texte puisse être modifié (sous réserve de la correction d'erreurs matérielles de pure forme ou de peu d'importance mais manifeste [art. 216A LRGC]). Il y a lieu de contrôler librement la conformité du texte considéré avec le droit supérieur, tout en s'imposant une certaine retenue et d'annuler les dispositions considérées seulement si elles ne se prêtent à aucune interprétation conforme au droit ou si, en raison des circonstances, leur teneur fait craindre avec une certaine vraisemblance qu'elles soient interprétées ou appliquées de façon contraire au droit supérieur. Pour en juger, il faut tenir compte notamment de la portée de l'atteinte aux droits en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante et des circonstances dans lesquelles ladite norme serait appliquée, sans pour autant négliger les exigences qu'impose le principe de la légalité (ATF 140 I 2 consid. 4 ; 137 I 327 consid. 4 ; 135 II 243 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_668/2013 du 19 juin 2014 consid. 2.2 ; ACST/12/2015 consid. 5, ACST/17/2015, du 2 septembre 2015, consid. 4).
32. Selon la pratique constante, l'autorité appelée à statuer sur la validité matérielle d'une initiative doit en interpréter les termes dans le sens le plus favorable aux initiants. Lorsque, à l'aide des méthodes reconnues, le texte d'une initiative se prête à une interprétation la faisant apparaître comme conforme au droit supérieur, l'initiative doit être déclarée valable et être soumise au peuple. L'interprétation conforme doit permettre d'éviter autant que possible les déclarations d'invalidité. Tel est le sens de l'adage *in dubio pro populo*, selon lequel un texte n'ayant pas un sens univoque doit être interprété de manière à favoriser l'expression du vote populaire. Cela découle également du principe de la proportionnalité (art. 34 et 36, al. 2 et 3 Cst. féd.), selon lequel une intervention étatique doit porter l'atteinte la plus restreinte possible aux droits des citoyens. Les décisions d'invalidation doivent autant que possible être limitées, en retenant la solution la plus favorable aux initiants (ATF 138 I 131, c. 3; ATF 1C_225/2016, du 14 décembre 2016; ATF 128 I 190, c. 4 ; ATF 125 I 227, c. 4a).
33. Par ailleurs, une réserve générale au début du texte d'une initiative comme « dans les limites du droit fédéral » ou « dans le cadre de leurs attributions » ne suffit pas à rendre une initiative conforme au droit supérieur. Dans la mesure où elle refléterait les intentions de l'auteur de l'initiative, la mention du respect du droit fédéral n'est pas non plus déterminante, puisque l'élément essentiel est le texte de la disposition et la

manière dont elle sera vraisemblablement appliquée, et non la volonté de ses auteurs (SJ 2001 I p. 237 et référence citée ; GRODECKI, op. cit., § 1073).

34. Les initiatives doivent respecter le droit fédéral, soit la répartition des compétences entre les cantons et la Confédération, les droits fondamentaux et l'ensemble de la législation fédérale, ainsi que le droit international qui lie la Suisse ou le canton (art. 3, 5, al. 4 et 49 Cst. féd. ; Stéphane GRODECKI, op. cit., § 1069). En vertu du principe de la primauté du droit fédéral ancré à l'article 49, alinéa 1 Cst. féd., les cantons ne sont pas autorisés à légiférer dans les matières exhaustivement réglementées par le droit fédéral. Dans les autres domaines, ils peuvent édicter des règles de droit, pour autant qu'elles ne violent ni le sens ni l'esprit du droit fédéral et qu'elles n'en compromettent pas la réalisation (ATF 134 I 125, c. 2.1; ATF 133 I 286, c. 3.1 et les arrêts cités ; ATF 1C_33/2013 du 19 mai 2014, c. 2.1).
35. L'article 49, alinéa 1 Cst. féd. fait ainsi obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en œuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de façon exhaustive. L'existence ou l'absence d'une législation fédérale exhaustive constitue donc le premier critère pour déterminer s'il y a conflit avec une règle cantonale. Toutefois, même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine si elle poursuit un autre but que celui recherché par le droit fédéral (ATF 133 I 110, c. 4.1 et les références citées ; ATF 130 I 82, c. 2.2 ; ATF 128 I 295, c. 3b ; ATF 127 I 60, c. 4a et les références citées ; ATF 1C_33/2013 du 19 mai 2014).
36. Le principe de la force dérogatoire n'est pas non plus violé dans la mesure où la loi cantonale vient renforcer l'efficacité de la réglementation fédérale. Ce n'est que lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd la compétence d'adopter des dispositions complétives, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci (ATF 133 I 110, c. 4.1 et les références citées ; ATF 130 I 82, c. 2.2 ; ATF 128 I 295, c. 3b ; ATF 127 I 60, c. 4a et les références citées ; ATF 1C_33/2013 du 19 mai 2014, c. 2.1).
37. Dans le domaine du droit public, les cantons restent compétents pour édicter, dans les domaines que la Confédération n'a pas entendu régler de façon exhaustive, des dispositions dont les buts et les moyens envisagés convergent avec ceux que prévoit le droit fédéral (AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, op. cit., § 1112 et références citées).
38. En vertu de l'article 3 Cst. féd., les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération (ATF 140 I 218, c. 5.4 et les références citées).

a) Conformité au droit fédéral et international

39. L'article 41, alinéa 2 Cst. féd. énonce que la Confédération et les cantons s'engagent à ce que toute personne soit assurée contre les conséquences économiques de l'âge, de l'invalidité, de la maladie, de l'accident, du chômage, de la maternité, de la condition d'orphelin et du veuvage. Par ailleurs, la Confédération légifère sur l'assurance-maladie et sur l'assurance-accidents et peut déclarer l'assurance-maladie et l'assurance-accidents obligatoires, de manière générale ou pour certaines catégories de personnes (art. 117 Cst. féd.).

40. Sur cette base ont été adoptées la loi fédérale sur l'assurance-maladie ainsi que la loi sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale.

L'article 1a, alinéa 1 LAMal prévoit que ladite loi régit l'assurance-maladie sociale, qui comprend l'assurance obligatoire des soins et une assurance facultative d'indemnités journalières. Le Conseil fédéral est chargé de l'exécution de la LAMal. Il édicte des dispositions à cet effet (art. 96 LAMal).

Toute personne domiciliée en Suisse doit s'assurer pour les soins en cas de maladie (art. 3, al. 1 LAMal). Le Conseil fédéral peut étendre l'obligation de s'assurer à des personnes qui n'ont pas de domicile en Suisse, en particulier celles qui exercent une activité en Suisse ou y séjournent habituellement ou celles qui sont occupées à l'étranger par une entreprise ayant un siège en Suisse (art. 3, al. 3 LAMal). Les personnes tenues de s'assurer choisissent librement parmi les assureurs autorisés à pratiquer l'assurance-maladie sociale en vertu de la LSAMal (art. 4 LAMal). L'article 1, alinéa 2 de l'ordonnance sur l'assurance-maladie (RS 821.102 ; OAMal) fixe une liste des personnes – hormis celles domiciliées en Suisse - également tenues de s'assurer. Il s'agit ainsi par exemple des ressortissants étrangers qui disposent d'une autorisation de courte durée ou d'une autorisation de séjour, au sens des articles 32 et 33 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, valable au moins trois mois (let. a), ou encore des personnes qui résident dans un Etat membre de l'Union européenne et qui sont soumises à l'assurance suisse en vertu de l'accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres, sur la libre circulation des personnes et de son annexe II, mentionnés à l'article 95a, lettre a LAMal (let. d). La lettre e inclut encore dans cette obligation de s'assurer les personnes qui résident en Islande ou en Norvège et qui sont soumises à l'assurance suisse en vertu de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange, de son annexe K et de l'appendice 2 de l'annexe K, mentionnés à l'article 95a, lettre b LAMal. Il en va de même des personnes qui ont déposé une demande d'asile en Suisse conformément à l'article 18 de la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (let. c).

41. La LSAMal règle la surveillance de la Confédération dans le domaine de l'assurance-maladie sociale sur les caisses-maladie (art. 1, al. 1, let. a LSAMal). Les caisses-maladie sont des personnes juridiques de droit privé ou public sans but lucratif qui pratiquent l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal (art. 2, al. 1 LSAMal). L'autorité de surveillance autorise les assureurs qui satisfont aux exigences de la LSAMal et qui garantissent les intérêts des assurés à pratiquer l'assurance-maladie sociale (art. 4, al. 1 LSAMal). Les assureurs doivent remplir les conditions énoncées à l'article 5 LSAMal, soit notamment la lettre i, selon laquelle les caisses doivent admettre, dans les limites de leur champ d'application territorial d'activité, toute personne tenue de s'assurer et toute personne qui est en droit de conclure un contrat d'assurance d'indemnités journalières. L'OFSP exerce la surveillance au sens de la LSAMal (art. 56 LSAMal). Par ailleurs, les assureurs doivent également offrir aux personnes tenues de s'assurer qui résident dans un Etat membre de l'Union européenne, en Islande ou en Norvège la possibilité de s'affilier à l'assurance-maladie sociale ; dans des cas particuliers, l'autorité de surveillance peut exempter de cette obligation les assureurs qui en font la demande (art. 5, let. g LSAMal). L'article 4 de l'ordonnance sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (RS 832.121 ; OSAMal) précise les cas d'exemptions, qui sont envisageables si l'assureur compte moins de 500 000 assurés, s'il ne veut pratiquer l'assurance-maladie sociale dans aucun de ces Etats ou seulement dans une partie d'entre eux et si ses effectifs d'assurés dans les Etat en questions sont très peu important.

42. En l'espèce, il convient tout d'abord de préciser que la création d'une caisse d'assurance-maladie publique est envisageable en application de l'article 2, alinéa 1 LSAMal, puisque ce dernier, comme rappelé ci-dessus, prévoit que les caisses-maladie peuvent être des personnes de droit privé ou public. Seule la forme juridique est imposée en vertu de l'article 5, lettre a LASAMal, comme l'a rappelé l'OFSP dans sa prise de position du 13 novembre 2017.

Sur ce point, soit le principe même de la création d'une caisse d'assurance-maladie publique, l'initiative ne pose dès lors pas de problème de conformité au droit fédéral.

43. En ce qui concerne la dénomination et les attributions de la caisse cantonale telles que prévues par l'initiative, le choix des termes « caisse d'assurance maladie et accidents ; couverture de soins complète ; caisse d'assurance maladie à but social ; prestations d'assurance maladie et accidents de base » n'est cependant pas exactement conforme à la terminologie employée dans le droit fédéral, notamment à l'article 1a LAMal, qui, comme déjà mentionné, régit « l'assurance-maladie sociale », qui comprend « l'assurance obligatoire des soins et une assurance facultative d'indemnités journalière ». L'assurance-maladie alloue par ailleurs des prestations en cas de maladie, d'accident, dans la mesure où aucune assurance-accidents n'en assume la prise en charge, et de maternité (art. 1a, al. 2 LAMal).

A cet égard, l'emploi des expressions « au sens du droit fédéral » et « telles que définies par le droit fédéral » n'est pas déterminante – comme expliqué supra sous chiffre 32 de la partie en droit - pour la conformité de l'initiative au droit supérieur.

Les initiants indiquent que l'assurance prévue dans le cadre de l'initiative 165 correspond bien à l'assurance-maladie sociale telle qu'énoncée à l'article 1a LAMal.

L'OFSP expose de son côté que les termes « caisse-maladie » et « assurance-maladie sociale » auraient été plus judicieux, afin de garantir une unité terminologique. En effet, selon lui, le terme de caisse-maladie indique implicitement que, dans certaines conditions, l'assurance-maladie selon la LAMal inclut la couverture du risque accident.

44. En l'espèce, il convient de procéder en premier lieu à une interprétation littérale, afin de déterminer le sens de l'alinéa proposé par l'initiative. Doit donc être examiné ce qui est compris à la lecture des mots « caisse d'assurance maladie et accidents » ou « prestations d'assurance maladie et accidents de base ». Les termes étant clairs, il est fait référence tant à l'assurance-maladie qu'à l'assurance-accidents. Il s'agit donc de créer une caisse qui offre à la fois la couverture maladie et accidents. Reste à savoir ce que l'on entend par le mot « base ». A cet égard, l'acception populaire de cette appellation en matière d'assurance est à opposer aux assurances complémentaires. L'on comprend ainsi qu'il est souhaité une caisse qui couvre les risques maladies et accidents sans offrir de couverture complémentaire.
45. Le texte de l'initiative indique encore que la caisse doit être sociale. Or, une caisse-maladie – qui alloue des prestations en cas de maladie et d'accidents - est une personne juridique qui pratique l'assurance-maladie sociale au sens de la LAMal (art. 2, al. 1 LSAMal). Il peut ainsi être compris, dans une perspective d'interprétation conforme, que le sens de cette initiative est de créer une assurance qui s'inscrit dans la base légale précitée, ce qui est confirmé par les explications des initiants.

Dès lors, le texte peut être interprété comme proposant la création d'une caisse-maladie sociale, qui comprend bien tant le risque maladie qu'accident (art. 1a, al. 2 LAMal).

46. Pour le surplus, l'initiative étant de rang constitutionnel, il appartiendra au législateur cantonal de définir plus précisément les contours de cette caisse publique et de le faire de manière conforme au droit fédéral et plus précisément à l'article 1a LSAMal.
47. Ainsi, les imprécisions terminologiques contenues dans le texte de l'initiative 165 ne permettent pas de faire douter du sens de cette dernière, laquelle sera déclarée conforme au droit fédéral sur ce point.
48. Il reste cependant à examiner la question de la domiciliation dans le canton des personnes pouvant s'affilier à une telle caisse maladie.

En effet, l'article 5, lettre i LSAMal étend le champ d'application à des personnes qui ne sont pas domiciliées dans le canton (comme explicité plus haut sous chiffre 40).

L'OFSP a d'ailleurs rappelé à cet égard que la formulation de l'initiative était trop restrictive, le cercle des personnes visées par cet article étant plus large que celui des personnes ayant leur domicile dans le canton de Genève.

Les initiants estiment que cette problématique est marginale, la future caisse devant de toute façon appliquer les dispositions impératives du droit fédéral. Dans leurs dernières observations, ils exposent en outre qu'un tel champ d'application ne restreint en aucune manière les droits des personnes non domiciliées dans le canton.

49. Dans le cas présent, il faut reconnaître que le champ d'application de la caisse publique tel que prévu par l'initiative est plus restreint que celui prévu par la législation fédérale et internationale. Une telle mention est dès lors contraire à ces droits.

Sur ce point, le Conseil d'Etat estime qu'il n'est pas possible de donner une interprétation conforme à l'initiative, contrairement aux explications des initiants. En effet, le texte de la première phrase de celle-ci vise expressément les personnes domiciliées dans le canton de Genève. Or, le texte est clair, de sorte qu'il n'est pas possible, à plus forte raison pas nécessaire, d'envisager de s'en écarter par le biais des autres moyens d'interprétation reconnus. Une autre interprétation ne saurait en effet entrer en ligne de compte, dès lors qu'elle s'écarterait de manière trop évidente de la lettre de celle-ci, et ce, quand bien-même la volonté des initiants serait de se conformer au droit fédéral, ce qui ressort de leurs observations. Enfin, une concrétisation conforme par le législateur, qui étendrait ainsi le champ d'application des personnes couvertes, serait en contradiction évidente avec le texte constitutionnel.

50. L'initiative n'est donc pas conforme au droit supérieur en tant qu'elle limite son champ d'application aux personnes domiciliées dans le canton de Genève.
51. Cela étant, et dès lors que les autres parties de l'initiative sont en elles-mêmes valides, en particulier le principe de l'institution d'une caisse-maladie, le Conseil d'Etat se limitera à l'invalidation partielle de l'initiative. Plus précisément, il invalidera les termes « aux personnes domiciliées dans le canton », qui seront supprimés dans le premier paragraphe du texte.
52. Il en résulte que la caisse-maladie sera ainsi ouverte à toutes les personnes visées par la lettre i de l'article 5 LSAMal.

b) Conformité au droit intercantonal

53. En l'absence de droit intercantonal en la matière, le texte de l'initiative ne saurait y contrevenir.

c) Conformité au droit cantonal

54. S'agissant enfin d'une initiative de rang constitutionnel, la question de la conformité au droit cantonal ne se pose pas.

d) Conclusion

55. Ainsi, la présente initiative remplit la condition de conformité au droit pour autant que les mots «aux personnes domiciliées dans le canton » soient biffés.

F. Exécutabilité :

56. Selon la jurisprudence, une initiative populaire doit être invalidée si son objet est impossible. Il ne se justifie pas, en effet, de demander au peuple de se prononcer sur un sujet qui n'est pas susceptible d'être exécuté. L'invalidation ne s'impose toutefois que dans les cas les plus évidents. L'obstacle à la réalisation doit être insurmontable : une difficulté relative est insuffisante, car c'est avant tout aux électeurs qu'il appartient d'évaluer les avantages et les inconvénients qui pourraient résulter de l'acceptation de l'initiative. Par ailleurs, l'impossibilité doit ressortir clairement du texte de l'initiative ; si celle-ci peut être interprétée de telle manière que les vœux des initiants sont réalisables, elle doit être considérée comme valable. L'impossibilité peut être matérielle ou juridique (ATF 1P.52/2007 du 4 septembre 2007, c. 3.1 et les références citées).

57. En l'espèce, les deux phrases de l'article 172, alinéa 4 de l'initiative sont exécutoires, dès lors qu'il est loisible juridiquement à un canton de créer une caisse cantonale d'assurance-maladie publique et qu'une telle création est matériellement envisageable.

58. Par conséquent, l'initiative 165 est exécutoire.

G. Conclusion :

59. L'initiative 165 sera partiellement invalidée en ce sens que les mots « aux personnes domiciliées dans le canton » seront supprimés de son texte, qui aura dès lors la teneur suivante :

Le canton est doté d'une caisse d'assurance maladie et accidents au sens du droit fédéral, ayant pour mission de garantir ~~aux personnes domiciliées dans le canton~~ une couverture de soins complète.

Cette caisse est constituée sous forme d'établissement public autonome, sous la dénomination « caisse cantonale d'assurance-maladie et accidents à but social », et offre les prestations d'assurance maladie et accidents de base, telles que définies par le droit fédéral.

60. Conformément à l'article 92A, alinéas 2 à 4 de la loi sur l'exercice des droits politiques, du 15 octobre 1982 (A 5 05 ; ci-après : LEDP), le présent arrêté sera notifié aux initiants, transmis au Grand Conseil et publié dans la FAO.

Par ces motifs,

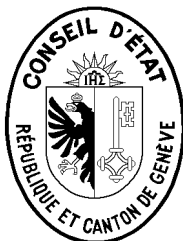
ARRÊTE :

1. L'initiative populaire cantonale 165 « Pour une caisse d'assurance maladie et accidents genevoise publique à but social » est partiellement invalidée, les termes « aux personnes domiciliées dans le canton » étant supprimés.
2. Son texte validé, tel qu'il sera transmis au Grand Conseil, a la teneur suivante :

« Le canton est doté d'une caisse d'assurance maladie et accidents au sens du droit fédéral, ayant pour mission de garantir une couverture de soins complète.

Cette caisse est constituée sous forme d'établissement public autonome, sous la dénomination « caisse cantonale d'assurance maladie et accidents à but social », et offre les prestations d'assurance maladie et accidents de base, telles que définies par le droit fédéral. ».

Conformément aux articles 130B, alinéa 1, lettre c de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (E 2 05), 17, alinéa 4, 62, alinéa 1, lettre a, 64 et 65 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (E 5 10 ; ci-après : LPA), le présent arrêté est susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (rue de Saint-Léger 10, case postale 1956, 1211 Genève 1) dans les 30 jours qui suivent sa notification au comité d'initiative (art. 92A, al. 2 LEDP), mais au plus tard dans les 30 jours qui suivent sa publication dans la Feuille d'avis officielle (art. 92A, al. 4 LEDP). Le délai est suspendu pendant les périodes prévues à l'article 63, alinéa 1 LPA. L'acte de recours doit être signé et parvenir à l'autorité ou être remis à son adresse à un bureau de poste suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse au plus tard le dernier jour du délai avant minuit. Il doit indiquer, sous peine d'irrecevabilité, l'arrêté attaqué, les conclusions du recourant, les motifs et moyens de preuve. Les pièces dont dispose le recourant doivent être jointes à l'envoi.



Certifié conforme,

La chancelière d'Etat :
Anja Wyden Guelpa

Publié dans la Feuille d'avis officielle le 19 janvier 2018