

Expertise relative à

l'incompatibilité entre le mandat parlementaire
et une fonction au sein des caisses-maladie ou
de leur association professionnelle

par

Prof. Dr.iur. Regula Kägi-Diener
Professeur titulaire de droit public, avocate, Saint-Gall

03.11.2008

Etude hälg & kägi-diener
Marktgasse 14
9004 Saint-Gall
www.halgundkagi-diener.ch

kaegi-diener.rechtsanwaeltin@bluewin.ch
Tél. 071 223 81 21; fax. 071 223 81 28

Table des matières

I.	Situation initiale	2
1.	Position des caisses-maladie et de l'association professionnelle „santésuisse“ ...	2
2.	Problématique.....	3
II.	Réflexions	4
3.	Ce que prévoit l'art. 14 LParl.....	4
4.	Du principe de la séparation des pouvoirs	4
5.	La règle d'incompatibilité de l'art. 14 LParl	8
6.	Le régime des personnes ayant des pouvoirs décisionnels au sein de l'assurance-maladie obligatoire (y compris au sein de l'association)	10
III.	Résumé	13

I. Situation initiale

1. Position des caisses-maladie et de l'association professionnelle „santésuisse“

a. En Suisse, les caisses-maladie occupent une position centrale dans le secteur de la santé. Celui-ci est régi avant tout par la loi sur l'assurance-maladie (LaMal, RS 832.10). La LaMal donne mandat aux caisses-maladie privées, créées à l'époque par souci de mutualiser le domaine des assurances, de gérer l'assurance-maladie dite sociale (assurance de base). Les caisses-maladie sont soumises à un régime juridique relativement restrictif, notamment en ce qui concerne le traitement des assurés, l'organisation et la sécurité financière. Le respect de ces prescriptions est assuré d'une part par le biais d'une autorisation étatique (de pratiquer), et d'autre part par la surveillance générale du Conseil fédéral (exercée essentiellement par l'Office fédéral de la santé publique, OFSP).

b. En Suisse, en raison de son histoire, le secteur de l'assurance-maladie est très diversifié malgré les mouvements de concentration des dix à douze dernières années. Ainsi, dès la fin du XIX^e siècle, les caisses-maladie se sont regroupées afin de mieux défendre leurs intérêts et ont fondé le Concordat des assureurs-maladie suisses. En 2002 lui a succédé l'association professionnelle „santésuisse“, active dans toute la Suisse. „santésuisse“ joue un rôle non négligeable, voire important, dans le secteur de la santé. Cette association se voit déléguer certaines tâches, essentiellement de back office, par les caisses-maladie, et assume la fonction de porte-parole. Elle est en outre reconnue, sur la base de la législation fédérale (OAMal) et de la pratique, comme l'asso-

ciation professionnelle qui conclut des contrats tarifaires avec les fournisseurs de prestations (médecins, hôpitaux, etc.).

c. Par le biais de l'assurance-maladie sociale (assurance de base), les caisses-maladie accomplissent une tâche d'intérêt public qui leur a été déléguée par le législateur fédéral (art. 11 ss LAMal). Elles exercent, ce faisant, des prérogatives de puissance publique. Elles doivent dès lors être considérées comme des *organes de l'administration indirecte*, bien qu'elles soient constituées et gérées selon les règles du droit privé. L'activité de l'association professionnelle „santésuisse“ déploie aussi, en partie, des effets analogues à ceux des actes de puissance publique, notamment en ce qui concerne l'octroi ou le refus d'un code créancier aux fournisseurs de prestations, décision qui a une fonction de régulation.¹ Dans la mesure où „santésuisse“ participe à la fixation des tarifs, elle occupe également - bien que les tarifs doivent être approuvés par la Confédération - une position proche de la souveraineté, déployant concrètement des effets contraignants, car les tarifs deviennent applicables de manière généralisée ou sont susceptibles de le devenir (élément législatif).²

2. Problématique

a. L'art. 14 de la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (LParl)³ définit les fonctions incompatibles avec celle de membre du Parlement. Il prévoit notamment que le personnel de l'administration fédérale et les membres de commissions extra-parlementaires avec compétences décisionnelles ne peuvent devenir membres de l'Assemblée fédérale. Dès lors, les membres des organes directeurs de certaines organisations ou personnes morales investies de tâches administratives ne peuvent assumer de mandat parlementaire (voir la formulation exacte sous ch. II./3a ci-dessous).

b. Un projet d'initiative parlementaire a soulevé la question de savoir s'il serait non seulement politiquement judicieux, mais aussi indiqué voire imposé par le système de l'ordre juridique, d'étendre la règle d'incompatibilité aux membres des organes dirigeants des caisses-maladie et de leurs associations professionnelles (en particulier de „santésuisse“). Cette question sera traitée ci-après. Nous nous en tenons à des considérations de droit public.

¹ Sur les effets analogues à ceux d'un acte administratif, voir l'arrêt du TFA du 27.03.2006, K 139/04, cons. 4.4.

² Un tel effet vaut également pour l'activité d'autres associations et organisations, si leurs tarifs ou d'autres recueils de normes édictées par elles sont globalement contraignants, notamment dans le domaine technique.

³ Loi sur le Parlement révisée, RS 171.10, état au 3.12.2007.

II. Réflexions

3. Ce que prévoit l'art. 14 LParl

- a. A l'heure actuelle, l'art. 14 LParl stipule que :

„Ne peuvent être membres de l'Assemblée fédérale:

- a. les personnes qui ont été élues par l'Assemblée fédérale elle-même ou dont la nomination a été confirmée par elle;
 - b. les juges des tribunaux fédéraux qui n'ont pas été élus par l'Assemblée fédérale;
 - c. les membres du personnel de l'administration fédérale centrale, y compris les unités administratives décentralisées, des Services du Parlement et des tribunaux fédéraux ...
 - d. les membres du commandement de l'armée;
 - e. les membres des organes directeurs des organisations et des personnes de droit public ou de droit privé extérieures à l'administration qui sont investies de tâches administratives et dans lesquelles la Confédération occupe une position prépondérante.
 - f. les personnes qui représentent la Confédération dans les organisations ou les personnes de droit public ou de droit privé extérieures à l'administration qui sont investies de tâches administratives et dans lesquelles la Confédération occupe une position prépondérante.“
- b. Cette disposition concrétise l'idée de séparation des pouvoirs. La question de savoir si une telle réglementation doit être complétée par une disposition selon laquelle les personnes appartenant aux organes dirigeants de caisses-maladie ou d'associations de caisses-maladie ne peuvent pas non plus devenir membres de l'Assemblée fédérale s'insère dans une telle problématique. Il se justifie dès lors de rappeler dans un premier temps le principe de la séparation des pouvoirs et les préoccupations qui le sous-tendent.

4. Du principe de la séparation des pouvoirs

- a. La séparation des pouvoirs est considérée comme un principe central de la structure et de la conception de la Constitution fédérale, destiné à limiter et à contrôler le pouvoir étatique. Elle s'exprime sous la forme d'une structure organisationnelle articulée et constitue, comme l'a dit *René Rhinow* (en se référant à *Hesse*) un «principe de constitution, de rationalisation, de stabilisation et de limitation de la puissance étatique» dans l'intérêt des préoccupations fondamentales

des Etats constitutionnels modernes, et avant tout dans l'intérêt des droits fondamentaux et de la démocratie.⁴ Le principe de la séparation des pouvoirs vise ainsi notamment à assurer que les décisions fondamentales (législation) prises dans le cadre du Parlement désigné à cette fin reflètent fidèlement les décisions démocratiques exprimant directement ou indirectement la volonté populaire.

Le plus souvent, le principe de la séparation des pouvoirs est examiné sous trois aspects:

- Tout d'abord, le principe de la séparation des pouvoirs dit *fonctionnel* (distinction des fonctions juridiques en matière de législation, de jurisprudence et d'application/de mise en œuvre du droit⁵),
- le principe de la séparation des pouvoirs dit *organisationnel* (en ce sens que les fonctions juridiques sont réparties entre différents organes: législation > législateur/Parlement, jurisprudence > tribunaux, application/mise en œuvre du droit > administration, gouvernement), et enfin
- le principe de la séparation des pouvoirs dit *personnel* ou principe d'incompatibilité, selon lequel il n'est possible d'être membre que de l'un des organes mentionnés⁶.

Par ses aspects organisationnel et personnel, le principe de la séparation des pouvoirs vise à atténuer le *pouvoir* et à en éviter tout abus en *répartissant* les compétences (à savoir le droit d'exercer le pouvoir), et notamment en évitant *qu'un pouvoir excessif ne soit concentré entre les mains d'un nombre limité de personnes*.

b. Le fait que la séparation des pouvoirs ne constitue qu'un *principe* au sens d'une conception idéale démontre à quel point la synergie des pouvoirs est complexe dans les réalités constitutionnelle et étatique. C'est pourquoi la séparation des pouvoirs est liée à et complétée par l'idée de *l'imbrication des pouvoirs et du frein qui leur est mis*. Ces deux autres aspects font partie de la conception moderne du principe de la séparation des pouvoirs.

- L'imbrication des pouvoirs exprime la collaboration (nécessaire et/ou souhaitable) entre les différents „pouvoirs“ (organes étatiques). On la retrouve notamment dans la participation du Conseil fédéral à l'élaboration de la législation, dans les délibérations parlementaires ou dans le droit à l'information du Parlement et dans la motion en tant que mandat confié au Conseil fédéral.

⁴ Voir René Rhinow, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Bâle 2003, chiffre marginal 2049. Voir également les explications détaillées in Hansjörg Seller, Gewaltenteilung, Berne 1994, p. 62 et passim.

⁵ On distingue encore d'autres fonctions qui ne sont pas développées ici, en particulier la fonction gouvernementale.

⁶ Principe concrètement transposé à l'art. 144 Cst. au niveau constitutionnel et à l'art. 14 LParl au niveau législatif.

- Le frein mis aux pouvoirs s'illustre par les mécanismes de contrôle réciproque dont dispose avant tout le Parlement à l'égard du gouvernement et du Tribunal fédéral et qui sont prévus au niveau suprême.⁷

Il y a lieu de remarquer ici que la stricte répartition des différentes fonctions entre divers organes a fait très tôt l'objet de critiques fondées sur son côté irréaliste,⁸ et qu'il est un peu sommaire de ne considérer que la *répartition ou la séparation* des pouvoirs.

- c. En sa qualité d'organe ayant une légitimité particulière sous l'angle démocratique, le Parlement assume, en tant que législateur, une fonction juridique fondamentale et dirige de manière contraignante la communauté de droit. Toutefois, ainsi que nous l'avons mentionné, un tel contrôle s'effectue en équipe et en collaboration avec le Conseil fédéral. Le gouvernement assume la fonction dirigeante en matière de politique. La coopération entre ces deux organes étatiques est, pour l'essentiel, transparente, car elle est régie par la loi.⁹
- d. Dans le cadre de la réalité de l'Etat moderne, d'autres facteurs de répartition et de séparation des pouvoirs s'associent au principe de la séparation des pouvoirs classique au sens présenté ci-dessus. On pense aux droits démocratiques de participation du peuple en matière de législation et de décisions financières (pour ces dernières, aux niveaux cantonal et communal), au fédéralisme qui transfère le pouvoir vers le bas, au contrôle interne au sein des organes, p. ex. le système de concordance des deux Chambres du Parlement, ou le système collégial au sein du gouvernement, et enfin aux accords internationaux. Tous ces mécanismes contribuent à répartir et à limiter le pouvoir. Ils instaurent ainsi l'équilibre souhaité entre les différents décideurs de la communauté politique.
- e. Bien que le principe de la séparation des pouvoirs s'applique au premier chef à l'Etat, il ne serait pas judicieux de le limiter aux organes étatiques.¹⁰ Les rapports de pouvoir et la nécessité d'y apporter un frein, de répartir et de contrôler le pouvoir, ne peuvent être jugés sous l'angle de la réalité étatique actuelle que si d'autres cumuls de pouvoirs sont également pris en considération, et notamment si les groupes intermédiaires qui participent plus ou moins directement à la formation de la volonté étatique sont aussi pris en compte. Il

⁷ La juridiction constitutionnelle pourrait constituer un autre instrument de contrôle, mais elle n'existe pas au sein de la Confédération.

⁸ Ainsi Georg Jellinek durant la seconde moitié du XIX^e s. déjà, voir à ce sujet Seiler (n. 4), p. 61. Locke et Montesquieu attachaient déjà de l'importance à la participation des différents organes au processus législatif, voir Seiler (n. 4), p. 125.

⁹ Voir à ce sujet notamment l'art. 171 Cst., aux termes duquel l'Assemblée fédérale peut confier des mandats au Conseil fédéral, c'est-à-dire agir dans le domaine d'attributions de la Confédération et ainsi influencer sur son domaine de compétence et son champ d'activité.

¹⁰ Voir également Seiler (n. 4), p. 137.

s'agit d'abord des partis politiques (mais pas uniquement dans les Etats ayant un système de gouvernement parlementaire), des associations économiques, des partenaires sociaux et aussi en partie des organisations non gouvernementales. Tous ces groupes interfèrent, dans une certaine mesure, dans la séparation étatique des pouvoirs aux niveaux organisationnel, fonctionnel et personnel. De tels groupes intermédiaires jouent d'abord un rôle dans la formation de la volonté étatique (législation, gouvernement). Mais d'autres sont impliqués dans la fourniture de prestations et influent ainsi sur la productivité et l'engagement de l'Etat social. Pour ces acteurs puissants (associations) et non étatiques, seule la concurrence équilibre les pouvoirs, à moins que le législateur ne soumette leur influence à une réglementation spéciale. En tout état, la concurrence ne joue ce rôle que si les différentes associations sont sur un pied d'égalité et qu'aucune d'entre elles ne jouit d'un monopole de fait.

- f. En Suisse, il faut encore tenir compte d'un facteur supplémentaire: le Parlement est organisé selon le système de milice. Ce dernier renonce à toute professionnalisation (permanente). Il fait appel, en lieu et place, à des forces et des ressources civiles pour exécuter les tâches étatiques et les rassemble à cette fin. Ce faisant, l'Etat utilise les capacités, notamment ce qu'il est convenu d'appeler le capital social, c'est-à-dire les réseaux acquis au sein de l'économie, dans le milieu professionnel ou la vie en société.¹¹ Il réunit ainsi éléments étatiques et forces intermédiaires. Il en résulte un cumul de pouvoirs et une tendance à l'oligarchie. Ces deux aspects sont relativement peu abordés du point de vue juridique. Ils méritent néanmoins une attention particulière sous l'angle des préoccupations liées à la séparation des pouvoirs.
- g. En résumé, les mécanismes du processus décisionnel collectif doivent être respectés dans le cadre de la séparation des pouvoirs, et ce non seulement en matière d'organisation étatique, mais également en cas d'influence par des groupements extérieurs à l'Etat. Il est vrai que le principe traditionnel de la séparation des pouvoirs n'est généralement pas compris dans ce sens. Il convient toutefois, dans un Etat de droit dont le droit public prévoit la séparation des pouvoirs, de prendre en considération l'incidence effective des détenteurs de pouvoir non étatiques sur l'exécution de tâches reconnues par la loi et d'en tenir compte dans le système de la séparation du pouvoir.

¹¹ Ceux-ci s'intègrent bien dans le système de milice, voire y sont adaptés. Cela signifie que le système de milice ne fonctionnerait pas aussi bien sans réseaux.

5. La règle d'incompatibilité de l'art. 14 LParl

- a. Avant l'entrée en vigueur de la LParl, la loi du 23 mars 1962 sur les rapports entre les conseils, applicable à l'Assemblée fédérale, ne contenait aucune réglementation relative aux fonctions incompatibles avec un mandat parlementaire. Seul l'art. 77 aCst.¹², qui prévoyait que "les membres du Conseil des Etats, du Conseil fédéral et les fonctionnaires nommés par ce dernier¹³ (...) ne peuvent pas siéger au Conseil national", posait une règle d'incompatibilité. Si la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) prévoit une incompatibilité entre les fonctions de conseiller national, de conseiller aux Etats, de conseiller fédéral et de juge fédéral (art. 144, al. 1, Cst.), elle renonce toutefois à englober les représentants de l'administration fédérale. Dans son projet et son message, le Conseil fédéral l'avait encore proposé (moyennant une modification terminologique).¹⁴ L'art. 144, al. 3, Cst. stipule néanmoins que la loi peut prévoir d'autres incompatibilités.
- b. La disposition de l'art. 77 aCst. avait déjà suscité des critiques à l'époque, d'une part parce que le Conseil des Etats et le Conseil national faisaient l'objet d'un traitement différencié, ce à quoi remédie le nouvel art. 144 Cst., et d'autre part parce que le critère de "fonctionnaire" était interprété de manière formelle et empêchait dès lors les professeurs des EPF ou les buralistes postaux de devenir membres du Conseil national, mais pas les membres du conseil d'administration de la Poste ou des CFF.¹⁵ L'article a donc été épuré en ce sens que le droit constitutionnel ne mentionne désormais plus que la séparation personnelle au niveau le plus élevé et que, pour le surplus, la mise en œuvre du principe de la séparation des pouvoirs se fait au niveau législatif. Une telle délégation en faveur du législateur permet de s'adapter de manière flexible aux changements de circonstances et aux nouvelles connaissances en matière de luttes d'influence et de nécessité de les juguler ou de les contrôler.
- c. Dans le cadre de la réforme de la Constitution déjà, les Commissions des institutions politiques (CIP) avaient élaboré un projet de législation d'exécution qui prévoyait, pour l'essentiel, de limiter l'incompatibilité aux hauts fonctionnaires „associés dans une mesure significative au processus décisionnel des pouvoirs exécutifs“ comme aux „membres des conseils d'administration des établissements publics ainsi que pour d'autres personnes qui sont au service de la Confédé-

¹² (ancienne) Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874

¹³ L'original ne contient pas de mise en évidence.

¹⁴ Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1996 I 379 (ad art. 134, al. 3); art. 134 du projet de constitution, FF 1996 I 630.

¹⁵ Voir également les remarques relatives aux résultats de la consultation dans le Message, FF 1996 I 79 ss.

ration et exercent, à ce titre, des fonctions dotées de vastes compétences décisionnelles".¹⁶ Avec l'art. 14 LParl, le législateur est toutefois allé au-delà de telles conceptions, en ce sens que la version (originelle) de 2002 interdisait déjà à tout membre du personnel de l'administration fédérale centrale et décentralisée d'assumer un mandat parlementaire. Il a ensuite complété l'art. 14 en 2006 en étendant la règle d'incompatibilité aux membres des commissions extra-parlementaires.

d. Sous l'angle de la séparation des pouvoirs, la réglementation est stricte et cohérente en ce sens que, par souci de clarté, les influences effectives ne sont pas déterminantes, et la seule *possibilité d'influer* suffit déjà, du moins en ce qui concerne le personnel de la Confédération, à entraîner l'incompatibilité. L'examen de cet article appelle les remarques suivantes :

- La séparation personnelle relative à l'administration est relativement stricte (let. c, 1^{ère} partie);
- D'autres comités (commissions) détenant des compétences décisionnelles sont pris en compte, même s'ils ne font pas partie de l'administration (let. c, 2^e partie);
- Conformément aux tendances actuelles en matière administrative, la privatisation partielle est prise en considération (let. e et f).
- Cette disposition n'inclut pas expressément d'autres tendances en matière administrative, notamment la délégation de tâches (lorsqu'y sont liés des pouvoirs contraignants, cf. la concession) ou le Private Public Partnership.¹⁷
- Elle n'inclut pas non plus les cas dans lesquels des associations sectorielles sont impliquées dans le processus normatif à un niveau sous-législatif, activité qui incombe en général au gouvernement et à l'administration, mais qui, sous l'angle fonctionnel, doit être considérée comme législative.

¹⁶ Rapp. compl. CIP, 260 s., cité in Ruth Lüthi, St. Galler Kommentar, 2^e éd., ad art. 144 Cst., chiffre marginal 10. Voir également l'art. 15 du LParl, FF 2001, 3460, dont l'alinéa 3 contient encore la clause formulée en ces termes : „Sont également frappées d'incompatibilité les personnes au service de la Confédération qui sont *fortement impliquées dans la préparation des éléments sur lesquels l'Assemblée fédérale se fonde pour prendre ses décisions*“ (l'original ne contient pas de mise en évidence). Voir également le Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 1^{er} mars 2001 relatif à l'initiative parlementaire Loi sur le Parlement, FF 2001, 3363 et références.

¹⁷ Bien que le fait que ce dernier ne soit pas aussi durable que la privatisation partielle et la délégation donne à réfléchir.

6. Le régime des personnes ayant des pouvoirs décisionnels au sein de l'assurance-maladie obligatoire (y compris au sein de l'association)

- a. Il convient tout d'abord de se demander si l'actuel art. 14 LParl exclut déjà tout mandat parlementaire en faveur des personnes ayant d'importantes compétences décisionnelles dans le cadre de l'assurance-maladie, c'est-à-dire des personnes siégeant dans les comités stratégiques ou opératifs de ce secteur.
- b. Si l'on considère l'art. 14, let. *b*, LParl, lequel mentionne „l'administration fédérale, y compris les unités administratives décentralisées“, de telles personnes ne peuvent guère être visées par cette disposition. En effet, s'il est vrai que l'administration décentralisée présente certaines particularités en raison de son organisation spéciale, d'une subordination hiérarchique différente et de sa délocalisation géographique, les organisations privées exerçant des tâches administratives et ayant les pouvoirs d'agir de manière contraignante vis-à-vis des particuliers, ne peuvent cependant pas être qualifiées d'unités administratives décentralisées selon l'acception courante (et en tout cas pas d'administration fédérale), et ce même si elles sont classées dans l'administration indirecte.
- c. L'art. 14, let. *e* et *f*, LParl vise la privatisation partielle ou la délégation organisationnelle de tâches administratives à des personnes (morales) de droit public. Il ne se réfère manifestement pas non plus à la délégation exhaustive de tâches administratives au sens d'une privatisation, c'est-à-dire sans implication de la Confédération.
- d. Sur la base de cet état de fait, il s'ensuit que la question relative aux caisses-maladie à examiner en l'espèce *ne* tombe *pas* sous le coup de la réglementation actuelle.
- e. Il convient dès lors d'examiner plus en détail s'il y a lieu d'englober les nouvelles règles d'incompatibilité dans la conception de la séparation des pouvoirs sous-jacente à l'art. 14 LParl.
- f. L'art. 14 LParl ne se limitant pas, à juste titre, à l'administration fédérale collaborant directement avec le gouvernement, mais englobant également l'administration décentralisée et les décideurs des organisations et des formations de droit public ou d'économie mixte (let. *e* et *f*), il est dès lors cohérent d'inclure les représentants de l'administration indirecte, c'est-à-dire de formations de droit privé données en concession, dans la réglementation relative à l'incompatibilité personnelle avec le mandat parlementaire. Plus la tâche administrative concernée est importante et moins on saurait exclure que le législateur doive à nouveau se pencher sur la question, plus il est indiqué de procéder ainsi. Selon nous, l'assurance-maladie sociale revêt non seulement une grande importance générale, mais re-

quiert également l'attention du législateur. Il se justifie dès lors d'envisager de soumettre les organismes actifs dans ce domaine au régime de l'incompatibilité.

- g. Il est vrai, cependant, que sur le marché (encore fortement) diversifié de l'assurance-maladie, les caisses-maladie¹⁸ ne sont pas toutes aussi puissantes les unes que les autres et n'ont pas toutes le même impact sur le marché. Il serait donc envisageable d'exclure les représentants des plus petites caisses (p. ex. des caisses-maladie d'entreprises). Dans la mesure toutefois où ces dernières, parce qu'elles font partie (et, pratiquement, doivent faire partie) de l'association, ne peuvent pas se soustraire sans autre à l'influence de l'association ou d'autres caisses-maladie plus puissantes, on peut soutenir, non sans bonnes raisons, qu'il n'y a pas lieu de faire de différence entre les petites et les grandes caisses. Le fait d'inclure les représentants des caisses-maladie sans faire une telle distinction permet par ailleurs un parallélisme avec la réglementation applicable à l'administration (et aux organisations de droit public et d'économie mixte), laquelle renonce aussi au critère de l'importance par souci de clarté et pour éviter qu'il ne soit contourné.
- h. En d'autres termes, la conception actuelle de l'art. 14 LParl justifie l'élaboration d'une réglementation prévoyant des clauses d'incompatibilité pour les caisses-maladie.
- i. La question du régime applicable aux *associations* se pose en des termes quelque peu différents.
- L'implication de certaines associations dans le processus normatif, laquelle est fréquente (il en va ainsi des syndicats et des organisations d'employeurs dans le cadre des conventions collectives et nationales, ou des associations de professions techniques, p. ex. la SIA, dans le cadre des normes techniques), ne justifie pas forcément de les soumettre à la réglementation d'incompatibilité de la LParl, en dépit du fait que l'édiction des normes d'exécution concernées incombe(ra)it sinon à l'administration ou au gouvernement. Malgré le pouvoir qu'implique un tel cas de figure, il serait toutefois contraire à la conception actuelle des croisements d'intérêts et du fonctionnement politique dans le cadre du système de milice et du transfert de savoir-faire provenant de l'économie et de la société civile, d'écarter purement et simplement de telles associations du Parlement.
 - Cependant, le fait que certaines associations participent de manière déterminante au processus normatif pourrait fonder l'incompatibilité entre un mandat parlementaire et une position diri-

¹⁸ Et autres assureurs de base, auxquels la présente expertise s'applique également, et ce même lorsque seules les caisses-maladie sont mentionnées.

geante au sein d'une telle association, si celle-ci jouit en pratique d'une position de monopole. Dans ce cas, en effet, les mécanismes de régulation du système extra-étatique (en particulier la concurrence¹⁹) sont pratiquement neutralisés. L'inclusion de ces associations dans la clause d'incompatibilité pourrait donc être justifiée sous l'angle d'une conception moderne et élargie de la séparation des pouvoirs (voir ci-dessus. II./4d, p. 6).

- Davantage que l'implication dans le processus normatif généralement contraignant, ce sont les *liens* d'une association sectorielle avec les *organes chargés de tâches administratives*, avant tout avec les concessionnaires, qui sont importants, et ce indépendamment du fait que de tels organes soient ou non de droit privé. Dans ce cas, l'association, qui fait office de plate-forme et de porte-parole et représente les intérêts (des concessionnaires), sert indirectement, mais avec un impact puissant, de tels intérêts, mais également ceux de l'administration. Il y a alors une concentration [d'intérêts] qui justifie d'autant plus que chaque institution administrative porte un regard critique sur la compatibilité de la fonction de ses représentants avec un mandat parlementaire.
 - Dans la mesure où „santésuisse“ constitue sans le moindre doute une telle association d'institutions administratives indirectes, et bénéficie en outre pratiquement d'une situation de monopole, il est logique de soumettre ses représentant(e)s à la règle d'incompatibilité.
 - Enfin, on ne saurait faire abstraction du fait que „santésuisse“ assume vis-à-vis des fournisseurs de prestations une fonction semblable à celle d'une puissance publique dans le cadre de l'octroi des codes créanciers et de ses autres activités de régulation²⁰. Il ne se justifie dès lors pas, dans ce contexte, de la soumettre à un traitement différent de celui des caisses-maladie.
- e. En résumé, une réflexion cohérente et plus approfondie sur l'actuelle règle d'indépendance prévue à l'art. 14 LParl aboutit à la conclusion que les caisses-maladie et les autres sociétés d'assurances gérant l'assurance-maladie sociale doivent être soumises au principe d'incompatibilité. Il en va de même en ce qui concerne leur association sectorielle. Une telle approche se justifie en tout cas si les personnes concernées jouissent d'importantes compétences décisionnelles.

¹⁹ Voir ci-dessus ch. II/4e, p. 7.

²⁰ Voir ci-dessus ch. I./1c, p. 3.

III. Résumé

- a. Le principe de la séparation des pouvoirs a été conçu pour fractionner, contrôler et exercer le pouvoir étatique. Une conception moderne d'un tel principe ne doit toutefois pas occulter le fait que l'Etat (suisse) agit actuellement dans le cadre d'un réseau de relations complexe, y compris avec des acteurs privés. Il faut aussi tenir compte du fait que l'Etat organise aujourd'hui les tâches administratives de manière différente et les assume en partie en collaboration avec des organismes de droit privé, que ce soit par le biais d'une privatisation partielle, d'une délégation de tâches administratives à des personnes de droit privé (concession, externalisation, privatisation) ou d'un Private Public Partnership.
- b. Bien que le système de milice prévale, la réglementation actuelle en matière d'incompatibilité dénote une conception relativement stricte et une conscience bien développée de la séparation personnelle des pouvoirs au sein de la Confédération, et en particulier dans la LParl. Sur la base de cette réglementation, il est cohérent de soumettre également à la règle d'incompatibilité les organes auxquels ont été transférées des tâches administratives (dits concessionnaires), même si c'est peut-être avec un peu plus de prudence qu'en ce qui concerne les institutions administratives directes de l'administration centrale et décentralisée.
- c. Sous un tel angle, il est logique de soumettre aussi à la règle d'incompatibilité de l'art. 14 LParl les décideurs en matière d'assurance-maladie sociale, y compris ceux de leurs associations.
- d. La version actuelle de l'art. 14 LParl ne permet pas d'appréhender une telle problématique. Il est donc nécessaire de compléter cet article.