

**L'INTERPRÉTATION DE  
LA LOI CANADIENNE SUR LA SANTÉ :  
REPÈRES ET BALISES**

**PATRICK A. MOLINARI**

**ÉTUDE PRÉPARÉE POUR :**

**GOUVERNEMENT DU QUÉBEC  
MINISTÈRE DES FINANCES  
GROUPE DE TRAVAIL SUR LE FINANCEMENT  
DES SERVICES DE SANTÉ**

**NOVEMBRE 2007**

# L'INTERPRÉTATION DE LA *LOI CANADIENNE SUR LA SANTÉ* : REPÈRES ET BALISES

Patrick A. Molinari\*

## INTRODUCTION GÉNÉRALE

La *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, c. C-6 [ci-après : LCS] a été adoptée par le Parlement du Canada le 1<sup>er</sup> avril 1984. Les débats publics auxquels elle a donné lieu, que ce soit avant son adoption ou depuis celle-ci, sont aussi nombreux que variés. De manière générale, ces débats ont davantage porté sur les dimensions politiques et idéologiques de la LCS que sur les enjeux que l'interprétation du texte législatif soulevait. Exception faite des décisions judiciaires rendues depuis l'entrée en vigueur de la LCS et de quelques documents émanant d'instances gouvernementales ou produits dans le cadre de travaux de commissions ou de comités mis en place par de telles instances, les juristes canadiens ont surtout discuté de l'adéquation de la LCS et des régimes provinciaux d'assurance-santé aux valeurs sociales auxquelles la loi fédérale faisait référence, de manière explicite ou implicite.

Au risque d'une téméraire généralisation, on peut poser que la LCS a acquis un tel caractère symbolique que sa nature intrinsèque, essentiellement fiscale, a été en quelque sorte subsumée par son champ d'application, celui des soins de santé et, de manière encore plus large, par la place que ceux-ci occupent dans le champ politique canadien, que ce soit dans l'espace fédéral ou dans celui des provinces.

On ne trouvera, dans les pages qui suivent, aucune synthèse ou analyse des propos qui ont pu avoir été tenus sur le rôle de la LCS dans les systèmes de santé du Canada. L'objet de ce texte est tout autre. Il s'agit de déterminer, à la seule lumière des principes

---

\* Avocat et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Les propos et opinions exprimés dans ce texte n'engagent que leur auteur. La recherche ayant conduit à la rédaction de ce texte a été complétée le 15 novembre 2007.

courants d'interprétation des lois, la portée juridique effective des principales dispositions de la LCS au regard du régime juridique de la fourniture des soins de santé au Québec. Il s'agit, pour reprendre un vocabulaire assez connu en théorie de la recherche juridique, de procéder à une analyse interne des normes juridiques en présence pour en dégager le sens, la cohérence et la logique à travers le prisme assez formel du positivisme juridique.

Telle démarche n'est pas à l'abri de critique et elle comporte des limites méthodologiques bien identifiées. On l'oppose souvent à celle qui conduit à l'analyse externe des normes, juridiques ou autres, et qui consiste à étudier celles-ci non plus à partir de la prémisse d'un système juridique fermé mais plutôt en situant ce dernier dans l'univers social qui en est à l'origine. Toutefois, il est indéniable que l'analyse externe du droit, qui repose sur des méthodologies qui lui sont propres, ne peut faire l'économie de l'analyse interne. Posées dans leurs corpus normatif spécifique, les questions d'application ou d'applicabilité de la LCS trouvent réponse, au premier chef, dans l'interprétation juridique des règles en tant que telles. Ce sont ces questions qui sous-tendent le texte qui suit et non pas celles de leur contexte, social ou politique, d'énonciation. Pour aller à l'essentiel, l'analyse prend acte des règles juridiques tel qu'elles sont et non pas tel qu'elles devraient ou pourraient être.

Ce texte comporte deux parties. Une première trace un profil du système de santé du Québec en identifiant et commentant brièvement ses principaux supports juridiques. La deuxième porte, en tant que tel, sur la LCS. Elle examine la portée et les limites des règles qui y sont exprimées et soulève leurs principales difficultés d'interprétations et les hypothèses de solution qui peuvent les résoudre.

## 1.0 UN PROFIL DU CADRE JURIDIQUE DU SYSTÈME DE SANTÉ DU QUÉBEC

L'architecture juridique du système de santé québécois repose sur quatre textes législatifs principaux. L'un, la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, [ci après : LSSSS] est relatif à l'organisation et au fonctionnement des activités exercées par les établissements qui y sont assujettis. Les trois autres instaurent autant de régimes assurant la prise en charge du coût de différents soins et services dispensés non seulement dans le cadre de la LSSSS mais également dans des milieux ou des circonstances que celle-ci ne régleme pas. Il s'agit, dans l'ordre de leur adoption initiale par l'Assemblée nationale du Québec, de la *Loi sur l'assurance hospitalisation*, L.R.Q., c. A-28, [ci après : LAH], de la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., c. A-29, [ci après : LAM] et de la *Loi sur l'assurance médicaments*, L.R.Q., c. A-29.01, [ci après : LAME].

Outre ces quatre lois, il faudrait encore ajouter celles relatives à l'exercice des professions de la santé, celles relatives à la santé publique ou à des milieux spécifiques comme les établissements de santé de certains peuples autochtones ou les laboratoires biomédicaux. Ces lois, dont l'apport au système de santé québécois est indéniable, ne tombent pas dans le champ d'analyse de ce texte bien qu'elles puissent, dans des contextes spécifiques, contribuer à le préciser.

### 1.1 La Loi sur les services de santé et les services sociaux

Prétendre que la LSSSS constitue le seul pôle normatif de la fourniture des soins de santé au Québec serait manifestement faire fausse route. À seul titre d'exemple, il suffirait de reconnaître que les soins et les services dispensés dans des installations qui peuvent être qualifiées, au sens de l'article 95 de cette loi, de cabinet privé de professionnel ne sont aucunement soumis à son emprise pour conclure qu'une portion significative des soins et services dispensés échappent, structurellement, à la LSSSS. S'il est vrai que cette

dernière loi a récemment été modifiée pour viser, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2008, certaines activités se déroulant dans des cabinets privés et assujettir ces installations à des conditions de légalité de maintien de ces activités, elle n'a pas vocation à s'appliquer à l'universalité de l'offre des soins et des services. De même, s'il est tout aussi vrai, que d'autres modifications à la LSSSS rendent compte de la volonté politique de rechercher la mise en réseau de l'ensemble des personnes ou organismes qui dispensent ces soins et services, les textes adoptés continuent à reconnaître l'autonomie fonctionnelle des ceux dont les activités ne relèvent pas du champ d'application de cette loi. Cette caractéristique fondamentale de la LSSSS constitue aussi l'un de ses caractères historiques : dès l'adoption de sa version originale en 1971, il était manifeste que son champ d'application était limité aux institutions qu'elle soumettait à son emprise. Cet état du droit n'a pas changé quoique l'on observe assez aisément que la version actuelle de la LSSSS, en dépit d'une lourdeur qui approche l'excès, traduise l'intention de ses auteurs de placer sous une même logique systémique l'ensemble des moyens de fourniture de soins et de services.

Pour la suite de ce texte, trois observations particulières portant sur la LSSSS doivent être faites. L'une sur le droit aux services de santé. L'autre sur les notions d'établissement public et d'établissement privé. Une troisième sur le financement des services.

La reconnaissance législative du droit aux services de santé et aux services sociaux est probablement la plus importante retombée de la LSSSS. Exprimée à l'origine dans des termes qui sont assez semblables à ceux que l'article 5 actuel de la loi emploie, cette reconnaissance peut utilement servir de fondement à l'existence d'un véritable droit subjectif en faveur de toute personne qui requiert des services visés par la LSSSS. Assorti de plusieurs droits accessoires, y compris celui du libre choix de l'établissement auprès duquel les services sont requis, le droit aux services, dont certains ont dit qu'il n'avait qu'une portée symbolique, constitue pourtant aujourd'hui l'élément central de détermination des obligations corrélatives qu'il emporte.

Or malgré l'apparente générosité des termes et l'interprétation plutôt large que les tribunaux lui ont accordé au fil des ans, il faut noter que ce droit n'a de réelle portée que dans le champ d'application de la LSSSS. Ce sont les établissements, au sens de cette loi, qui sont les uniques débiteurs de l'obligation d'y donner effet. Ceux-ci peuvent choisir d'avoir recours à des tiers pour en assurer l'exécution mais le défaut des tiers d'en assurer l'exercice sera de toute manière imputable à l'établissement qui a confié ce mandat. L'ensemble des dispositifs législatifs et réglementaires mis en place par la LSSSS permet d'affirmer que le droit aux services de santé, tel qu'il est exprimé par celle-ci, n'existe pas hors du champ d'application de la LSSSS. Ce sont plutôt les règles ordinaires du droit commun qui président aux rapports juridiques entourant la prestation de services de santé dans les lieux et circonstances qui existent en marge de cette loi.

Ainsi et sous réserve de considérations tout à fait exceptionnelles comme le péril à la vie, il faut reconnaître que l'accès aux services de santé dans ces lieux et circonstances repose sur la liberté réciproque des parties d'en convenir dans le cadre d'ententes contractuelles. La prestation de soins médicaux en cabinet privé repose donc sur un contrat qui reconnaît tout autant au médecin qu'au patient la liberté d'y consentir. Il en va de même de l'achat de médicaments auprès d'un pharmacien oeuvrant dans la communauté. Au sens strict, ces relations juridiques, malgré le fait qu'elles puissent partiellement être régies par des règles découlant de lois particulières, restent dans le champ des rapports privés comme ils sont communément désignés en théorie du droit.

C'est sans doute la polysémie des termes « public » et « privé » qui est à l'origine des nombreux débats entourant le système de santé québécois pour ne nommer que celui-ci. Lorsqu'ils sont employés dans la LSSSS, ces termes ont une acception très spécifique qui ne traduit manifestement pas la distinction plus générale que d'aucuns peuvent faire entre un système public et un système privé de soins de santé.

L'énoncé de l'article 96 de la LSSSS établit une dichotomie parfaite : les établissements sont publics ou privés. Les articles qui suivent identifient les critères qui permettent de ranger chaque établissement assujéti à la LSSSS dans l'une ou l'autre des deux

catégories énoncées. La qualification ne vise donc que les établissements au sens strict de la LSSSS. Elle ne s'applique pas aux autres personnes ou organismes qui dispensent des services de santé, quelque soit leur statut juridique par ailleurs et quoiqu'ils puissent contribuer à l'offre de services des établissements par le biais d'ententes.

Pour aller à l'essentiel, les établissements qui sont maintenus par des personnes morales sans but lucratif sont qualifiés de publics au sens de la LSSSS. Les autres, forcément et sous réserve d'exceptions fort limitées, doivent en conséquence être qualifiés de privés. La distinction emporte de nombreuses conséquences sur l'organisation et le fonctionnement des établissements de l'une ou de l'autre catégorie mais elle en a peu en ce qui a trait aux principales obligations de tous les établissements à l'endroit des personnes auxquelles elles dispensent des soins ou des services, que ce soit au chapitre de la qualité de ces services, de leur sécurité ou du traitement des plaintes des usagers. On aurait tort de croire que les établissements de santé privés sont soumis à des obligations plus légères à l'endroit de leurs usagers que ne le sont les établissements publics.

Revenant au critère principal qui fonde la distinction entre les deux catégories d'établissements, on doit noter que s'il est exact de constater que les personnes morales à but lucratif, comme les sociétés par actions, ne peuvent être que des établissements privés et que l'on oppose dès lors la recherche du profit ou son contraire comme le fondement implicite de la distinction privé-public, il serait moins exact de postuler que les établissements privés sont exclusivement maintenus par des personnes morales à but lucratif. La LSSSS exige en effet que l'on qualifie aussi d'établissement privé tout établissement qui serait maintenu par une personne physique ou par une société de personnes au sens du Code civil du Québec. Sans débattre de la question de savoir si ces personnes ou société recherchent, explicitement ou implicitement, le profit et sans vouloir ici discuter de cette dernière notion, il reste que la portée de la distinction introduite par la LSSSS est limitée au champ de cette loi. Du reste, hors ce champ, on pourrait observer qu'il existe des organismes constitués en personne morale sans but lucratif qui dispensent des services de santé : ces organismes ne sont évidemment pas pour autant des établissements publics. Ce sont des organismes privés.

La dernière observation tirée de la LSSSS concerne le financement des services dispensés par les établissements, publics ou privés, qui y sont assujettis. De manière tout à fait schématique et en procédant d'une manière sans doute trop simplifiée, on peut tenir que les établissements visés par la LSSSS reçoivent, au titre de leur financement statutaire ou conventionné, des enveloppes budgétaires qu'ils ont généralement la liberté d'affecter aux différentes activités de la mission des centres qu'ils exploitent. Le degré de liberté dont ils disposent peut être infléchi par le biais de différents mécanismes spécifiques de financement, par exemple pour des activités ciblées par les agences régionales, ou par le biais d'impératifs liés à l'affectation de leurs ressources, par exemple pour satisfaire à des exigences ministérielles en matière d'accès à certains soins ou services, mais, compte tenu de ces paramètres, ils jouissent d'une part importante d'autonomie pour offrir tel ou tel autre service et pour en assumer le coût à même la dotation de fonds publics.

Cet état de fait que la LSSSS autorise doit être rappelé pour exprimer un principe par trop souvent occulté. Il ne se trouve, dans la LSSSS, aucun fondement juridique pour étayer la proposition que les établissements de santé soient tenus de dispenser gratuitement les services qu'ils offrent. Tel fondement, lorsqu'il peut être invoqué, découle plutôt d'autres lois. Si celles-ci, comme on le verra plus bas, interdisent aux établissements et à d'autres, de réclamer le coût des services ou des biens qu'elles désignent, aucune disposition juridique n'interdit aux établissements de percevoir des frais en paiement, total ou partiel, des autres biens ou services dispensés à leurs usagers. En revanche, rien ne leur interdit de ne pas percevoir de tels frais à l'égard de ces services qu'ils peuvent décider d'offrir gratuitement si les fonds dont ils disposent par ailleurs permettent d'en assumer le coût. On pourrait tirer argument du fait que les budgets versés aux établissements publics ne sont pas strictement établis pour que ceux-ci assument les obligations de gratuité des services désignés dans les lois spéciales à cet effet et qu'ils comportent des disponibilités pour offrir, selon la même modalité, d'autres services non désignés, mais il est douteux que l'on puisse en inférer, pour les usagers, un droit corollaire à la gratuité. Il découle de cette remarque des incidences significatives sur la



portée juridique réelle de certaines représentations de l'étendue du droit à la gratuité des services dispensés notamment par les établissements publics de santé.

## 1.2 Les lois québécoises instaurant des régimes d'assurance

Comme il a été mentionné plus haut, trois lois québécoises instaurent des régimes d'assurance en matière de soins ou de services de santé. Bien que chacune repose sur des mécanismes ou des structures qui lui sont propres et que les régimes mis en place soient tout à fait distincts, il demeure qu'elles reposent toutes trois sur le principe de la prise en charge par un tiers payeur du coût des biens et des services qu'elles désignent, peu importe le mode de désignation de ceux-ci. Ce principe a un corollaire évident : les biens et les services qui ne sont pas désignés, ne sont pas visés. Le tiers payeur n'a évidemment pas l'obligation d'en assumer le coût pour le bénéfice de celui qui les a obtenus et celui qui a fourni les biens ou les services peut en réclamer le coût auprès de ce dernier.

La LAH a été la première loi québécoise à pourvoir à un régime de gratuité dit universel en ce qu'il était établi au bénéfice de l'ensemble des résidents au sens du règlement d'application de cette loi (c. A-28, r. 1). C'est d'ailleurs ce règlement qui énonce le principe de la gratuité des services visés puisque la LAH, une loi de quatorze articles, ne l'exprime pas explicitement. Il importe de souligner ici que les services assurés énumérés au règlement d'application le sont en fonction de leur lieu de dispensation : ils doivent être fournis dans un centre hospitalier au sens de la LSSSS et l'étendue de la couverture varie encore selon que la personne qui les reçoit est hébergée dans le centre ou ne l'est pas. À titre d'exemple, la fourniture des médicaments, qui constitue un service assuré lorsqu'un usager est hébergé, cesse de l'être lorsque cet usager n'est pas ou plus hébergé.

Le droit de recevoir gratuitement les services assurés vaut, quant à sa durée, pour la période pendant laquelle de tels services sont « *médicalement nécessaires* » et, pour ce

qui est des services eux-mêmes, lorsqu'ils sont « *requis du point de vue médical* ». Aucune de ces deux notions n'est définie par la LAH ou par son règlement d'application. Par ailleurs, le gouvernement, investi des pouvoirs réglementaires prévus à l'article 8 de la loi, peut déterminer les services assurés. Les mesures adoptées à cette fin comportent une liste des services ainsi désignés lorsqu'ils sont requis du point de vue médical de même que d'autres dont il pourrait ne pas être évident qu'ils le soient : c'est la cas, à titre d'illustration, des services requis à des fins de contraception ou de stérilisation chirurgicale. De plus, des mesures réglementaires excluent explicitement du régime les services assurés dont la gratuité est acquise par le biais d'autres lois québécoises ou canadiennes.

La LAH fait obligation au ministre de la Santé et des Services sociaux de voir à ce que soient attribuées aux établissements qui exploitent un centre hospitalier les sommes nécessaire au financement du coût des services assurés. Elle ne détermine pas les modalités d'accès aux services et ne prévoit pas de mesures relatives à la quotité des services ou à leur disponibilité. Malgré ces silences, l'articulation de la LAH avec la LSSSS permet raisonnablement de croire que les établissements qui exploitent des centres hospitaliers sont assujettis à des obligations minimales d'offre des services reliés à leur mission et que, dès lors que ces services sont assurés au sens de la LAH, ils doivent être fournis gratuitement.

La version originale de la LAM a été adoptée en 1970 soit près de dix années après que fut adoptée la LAH et sa structure est d'apparence singulièrement plus complexe que celle de cette dernière. Cette apparence s'estompe plutôt rapidement lorsqu'on constate que bon nombre des dispositions de la LAM portent sur les modalités de rémunération des professionnels de la santé dont les services sont, entièrement ou partiellement, visés par celle-ci. S'agissant, en effet, de la structure générale du régime mis en place et complété par la *Loi sur la régie de l'assurance maladie du Québec*, L.R.Q., c. R-5, ses caractéristiques ne sont pas fondamentalement différentes de celles de la LAH. Tout d'abord, seuls les services décrits dans la LAM ou dans son règlement d'application (c. A-29, r.1) sont assurés. Mais à la différence de la LAH, la LAM reconnaît au

gouvernement de vastes pouvoirs réglementaires pour identifier ces services et les qualifier d'assurés selon des paramètres liés à de nombreux facteurs comme la fréquence de dispensation, l'âge de la personne qui les reçoit, la nature même des services ou les indications de leur fourniture. De plus, il importe de souligner dès à présent que la LAM permet explicitement au gouvernement de déterminer les services qui ne doivent pas être considérés assurés, notamment en fonction des cas, conditions ou circonstances retenus par celui-ci.

Le champ des services assurés visés par la LAM est singulièrement étendu et dépasse largement celui des services dispensés par les médecins pour inclure, par exemple, la prise en charge, dans les cas prescrits par règlement, du coût d'appareils ou équipements qui suppléent à une déficience physique. Se trouvent ainsi assurés certains services qui, visés par la LAH, n'auraient toutefois pas été pris en charge par le régime instauré par celle-ci pour le motif qu'ils n'auraient pas été dispensés selon les conditions qu'elle prévoit. La nomenclature de l'ensemble des services assurés sous la LAM et des exceptions qu'elle autorise dépasse largement le champ de cette étude. Pour ce qui est des services dispensés par des médecins, il faut rappeler qu'ils sont pris en charge par le régime dès lors qu'il sont « *requis du point de vue médical* », un concept analogue à celui de la LAH et qui n'est pas davantage défini dans la LAM que dans cette autre loi.

La garantie de gratuité des services assurés, lorsqu'ils sont dispensés à une personne elle-même assurée au sens de la LAM, est renforcie par deux mesures introduites dans la version originale de cette loi. D'une part, l'article 22 de la LAM prohibe, sous peine de sanctions pénale et civile, la surfacturation en ce qu'elle interdit à tout professionnel soumis au régime des ententes qu'elle prévoit d'exiger ou de recevoir plus que la rémunération prévue à ces ententes. D'autre part, cet article interdit, sous les mêmes peines, que soit exigé ou reçu tout paiement pour un service, une fourniture ou des frais accessoires à un service assuré dispensé par un professionnel assujéti au régime, sous réserve des exceptions autorisées par l'entente de rémunération de ce professionnel. La LAM prévoit, à ce double sujet, une procédure de remboursement des sommes versées en

contravention et les moyens de les réclamer auprès du professionnel ou de toute autre personne qui les auraient perçues.

La LAME est d'adoption assez récente. Le régime qu'elle instaure se distingue nettement des deux premiers en ce qu'il repose avant tout sur une obligation d'assurance assortie de modalités complexes de partage du coût des biens et des services visés en introduisant un système de franchise et de co-assurance assez semblable à celui qui a cours dans le marché privé de l'assurance. Puisque ce régime est étranger à la LCS, comme on l'expliquera dans la prochaine partie de ce texte, il n'est nécessaire qu'il soit décrit ici, même sommairement.

Le système de santé québécois est le produit d'un assemblage complexe de mesures juridiques, législatives ou réglementaires, dont la matrice d'évolution n'est pas toujours aussi cohérente qu'on pourrait le souhaiter. Cette caractéristique n'est pas propre au Québec et il peut être remarqué que les systèmes mis en place dans les autres provinces canadiennes reposent sur des assemblages souvent tout aussi complexes. Le profil tracé plus haut vise strictement à identifier les traits du système de santé québécois qui doivent être superposés sur l'image que la LCS semble requérir des systèmes provinciaux de santé. À cet égard, il faut souligner qu'aucune des lois du Québec relatives à l'organisation et au fonctionnement du système de santé de cette province ne réfère explicitement à la LCS, à l'exception, fort étroite, de la mention de cette dernière dans la définition de la notion de « *régime équivalent* » que l'on trouve à l'article 1 de la LAM. L'omission est sans doute volontaire et repose sur des motifs politiques évidents. En revanche, on doit noter que certaines lois provinciales, notamment de l'Ontario et de la Colombie-Britannique, renvoient, par une technique de rédaction législative assez classique, à la LCS et imposent parfois aux instances qu'elles créent l'obligation d'en respecter les principes directeurs. Ce choix n'est pas sans conséquence au chapitre de l'interprétation des lois qui contiennent de telles références.

Au strict plan de l'interprétation des lois québécoises et de la mise en rapport de leurs dispositions avec celles de la LCS, il faut retenir que le sens des premières n'est pas

tributaire de celui des secondes, bien que l'on veuille faire observer qu'elles portent sur les mêmes objets. Dans une affaire de *Drew v. Attorney General of British Columbia*, [1998] 5 W.W.R. 312, (parfois désignée comme *Brown v. Attorney General of British Columbia*), la Cour supérieure de la Colombie-Britannique, appelée à déterminer si les dispositions de la loi provinciale relatives au remboursement des frais engagés pour des services de santé assurés mais dispensés dans des établissements situés hors du Canada étaient valides, a conclu que la LCS ne pouvait être invoquée pour éclairer le sens des dispositions législatives provinciales. En effet, bien que, selon la cour, le recours à cette technique d'interprétation pouvait être justifiée, il fallait encore que les textes comparés portent sur des sujets connexes ou reliés. Or, de l'avis de la cour qui exprimait un principe généralement reconnu, la LCS est strictement une loi de financement des services qu'elle vise et elle repose sur la théorie constitutionnelle du pouvoir de dépenser. La LCS n'a pas pour objet de constituer un système canadien de soins et de services de santé et elle ne peut prétendre réglementer la compétence des provinces à cet effet. Dès lors, il ne saurait s'agir d'une loi suffisamment connexe aux lois provinciales pour que l'on puisse y avoir recours afin d'interpréter ces dernières.

Cette précision étant apportée, il convient maintenant d'aborder la seconde partie de l'analyse.

## **2.0 LA LOI CANADIENNE SUR LA SANTÉ**

L'historique de la LCS n'a pas besoin d'être fait ici. Il suffira de rappeler que cette loi, sanctionnée le 1<sup>er</sup> avril 1984, venait prendre le relais de deux autres lois fédérales qui, depuis 1957, prévoyaient le versement de contributions fédérales aux provinces qui mettaient en place des régimes de prestation de soins de santé dont les caractéristiques étaient conformes à celles énoncées dans ces lois. Les versions originales de la LAH et de la LAM s'inscrivaient dans cette dynamique de financement partagé, initiée par le Parlement fédéral.

La loi canadienne de 1957, sur l'assurance hospitalisation et les services diagnostiques, et celle de 1966, sur les soins médicaux, étaient structurées de manière telle que les paiements qu'elles autorisaient étaient strictement liés aux dépenses publiques des provinces dans les régimes qu'elles choisissaient de mettre en place. Lorsque les modalités de paiement des services visés par ces deux lois ont été modifiées et intégrées dans des programmes de financement fédéral plus larges, notamment par le moyen de transfert de points d'impôt, il est apparu qu'il devenait impossible de contrôler le respect, par les provinces, de certaines des conditions auxquelles étaient assorties les contributions fédérales puisque celles-ci ne dépendaient plus strictement des dépenses provinciales dans les secteurs visés. Pour aller à l'essentiel, on a pu observer, vers la fin des années soixante-dix, que des provinces permettaient la perception de frais modérateurs auprès des usagers de leurs régimes d'assurance santé ou qu'elles autorisaient la surfacturation des honoraires versés aux professionnels de la santé par ailleurs assujettis à ces régimes.

L'adoption de la LCS, dont les principes fondateurs reprennent ceux énoncés, explicitement ou implicitement, dans les deux lois fédérales de 1957 et de 1966, visait, à la seule lecture de ses dispositions, deux objectifs gouvernementaux fédéraux. Tout d'abord, était recherchée une explicitation des conditions d'octroi de la contribution

fédérale aux provinces et, ensuite, étaient mis en place des moyens de contrôle et de sanction des comportements des provinces jugés contraires à ces conditions.

## 2.1 La qualification juridique de la *Loi canadienne sur la santé*

Le titre complet de la LCS est évocateur de la nature même de cette loi : *Loi concernant les contributions pécuniaires du Canada ainsi que les principes et conditions applicables aux services de santé assurés et aux services complémentaires de santé*. De plus, par un procédé législatif peu fréquent, l'article 4 de la loi exprime la raison d'être de celle-ci :

*La présente loi a pour raison d'être d'établir les conditions d'octroi et de versement d'une pleine contribution pécuniaire pour les services de santé assurés et les services complémentaires de santé fournis en vertu de la loi d'une province*

La LCS est aussi précédée d'un assez long préambule qui, outre une déclaration d'intention de respecter les compétences constitutionnelles dévolues au Canada et aux provinces, exprime l'intention du Parlement du Canada de « *favoriser le développement de services de santé dans tous le pays en aidant les provinces à en supporter le coût* ».

Dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S., 624, la Cour suprême du Canada, ayant affirmé que la « *santé n'est pas un sujet attribué exclusivement à un ordre de gouvernement* », déclare qu'il « *est généralement admis que les programmes d'assurance-hospitalisation et d'assurance-maladie en vigueur dans notre pays ressortissent exclusivement à la compétence des provinces* ». La Cour poursuit en soulignant que le législateur fédéral a joué « *un rôle important dans la fourniture des soins médicaux gratuits dans les diverses régions du pays* » et qu'il a, à cette fin, « *utilisé son pouvoir inhérent de dépenser pour fixer des normes nationales à l'égard des programmes provinciaux d'assurance-maladie* ». La Cour observe qu'aux termes de la LCS, « *le gouvernement fédéral doit contribuer au financement des programmes provinciaux d'assurance-maladie qui satisfont à certaines conditions d'octroi spécifiées* » et elle confirme la position qu'elle avait adoptée quant à la validité

constitutionnelle de ce genre de subventions dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada* (C-B), [1991] 2 R.C.S. 525.

La proposition suivant laquelle la LCS aurait pour objet la constitution d'un régime canadien de soins de santé qui imposerait aux provinces d'adopter les lois et les autres mesures normatives requises pour que leurs propres régimes soient compatibles avec celui-ci ne peut utilement se fonder sur cette loi. Soulevée dans l'affaire *Lexogest c. Manitoba (Attorney-General)*, (1993), 101 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 523, cette proposition a été examinée par le juge Scott de la Cour d'appel du Manitoba, qui, quoique dissident dans le pourvoi pour d'autres motifs, émettait l'opinion que le préambule même de la LCS suffisait à l'écarter. Il ajoutait que si, malgré tout, on tenait à interpréter la LCS comme constitutive d'un régime canadien de soins de santé, cela conduirait vraisemblablement à un constat d'inconstitutionnalité de celle-ci.

Si la compétence législative des provinces en matière d'assurance hospitalisation et d'assurance maladie doit être exclusive, comme l'exprime la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Eldridge*, il s'ensuit qu'il revient aux législatures des provinces de faire les choix qui sont les leurs en matière d'organisation et de fonctionnement de ces régimes d'assurance. Celles-ci ne disposent peut-être pas d'une discrétion absolue à cet égard, notamment au regard des exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés* et aussi, dans le cas du Québec, de la *Charte des droits et libertés de la personne*, mais elles peuvent opter pour l'adoption de mesures qui seraient contraires à la LCS de même que les gouvernements respectifs des provinces pourraient opter de ne pas proposer aux législatures les mesures requises pour assurer la conformité des régimes provinciaux à la LCS. Cette conclusion a été retenue dans l'affaire *Yu et al v. The Attorney General of British Columbia*, (2003), B.C.L.R. (4<sup>th</sup>) 284, alors que la cour supérieure de la Colombie-britannique a conclu que l'invalidité d'une disposition réglementaire relative à la rémunération des médecins pathologistes ne découlait pas d'une violation alléguée à la LCS mais plutôt de son incompatibilité avec la loi sous laquelle elle était prise.



La LCS est une loi de nature fiscale et sa validité constitutionnelle repose sur cet unique fondement. C'est en définitive au Parlement fédéral et au gouvernement du Canada qu'elle impose de véritables obligations : dès lors que sont satisfaites les conditions de la LCS, l'article 5 prévoit que « *le Canada verse à chaque province, pour chaque exercice, une pleine contribution pécuniaire à titre d'élément du Transfert canadien en matière de santé et de programmes sociaux* ». C'est dire que la LCS reconnaît aux provinces un droit de créance dont les instances fédérales sont débitrices à moins qu'elles ne puissent établir qu'une province a failli aux conditions qui en justifient l'expression. Il en découle un principe corollaire : une province peut contrevenir à la LCS et renoncer aux avantages de la LCS ou même s'exposer aux sanctions que cette dernière prévoit. Conclure à l'inverse consisterait à poser que la LCS a un caractère prépondérant sur les lois qui « *ressortissent exclusivement à la compétence des provinces* », selon l'expression de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Eldridge*, ce qui constituerait un énoncé pour le moins surprenant dans l'économie générale du droit constitutionnel canadien.

## 2.2 Les dispositifs de la *Loi canadienne sur la santé*

La LCS est un texte législatif relativement court qui n'a connu, depuis son adoption, que de rares modifications strictement rendues nécessaires pour tenir compte de l'évolution des mécanismes de transfert des contributions fédérales qui y sont prévues. Les concepts, la structure et les mécanismes mis en place par la version originale du texte n'ont guère été modifiés.

On peut retenir que la loi contient un principe directeur qui est celui de la contribution du Canada aux provinces et qui a brièvement été commenté plus haut. Sont intégrés à ce principe, trois dispositifs qui regroupent, chacun, une série de dispositions législatives portant sur des objets semblables. Le premier porte sur les définitions. Il est d'importance capitale puisqu'il détermine notamment le champ d'application de la LCS et qu'il détermine les services de santé assurés qu'elle vise. Le second porte sur les conditions d'octroi et de versement des contributions pécuniaires. Il constitue le point

d’ancrage aux fins de déterminer si une province peut prétendre à la pleine contribution prévue par la LCS ou si, en ne satisfaisant pas ces conditions, elle s’expose aux sanctions qui y sont prévues. Le troisième dispositif porte sur la procédure de détermination des contraventions et sur les mécanismes d’imposition des sanctions.

Chaque dispositif est analysé dans les sections qui suivent.

*a) Les définitions relatives aux services de santé assurés*

La LCS comporte dix-sept définitions dont seize sont d’application générale et une d’application limitée à une disposition particulière. Au nombre des premières, prévues à l’article 2, toutes n’exigent pas qu’elles soient commentées puisque plusieurs ne posent aucune véritable difficulté d’interprétation. Il en est ainsi des définitions de dentiste ou de médecin pour lesquelles on précise seulement qu’il doit s’agir de personnes qui sont légalement autorisées à pratiquer leur profession là où elles l’exercent. Il n’en va pas autrement de la définition du statut de personne assurée qui précise, de manière assez prévisible, que toute personne habitant une province est éligible à ce statut, sous réserve d’exclusions explicites.

Mais une attention toute spéciale doit être portée aux définitions qui servent à configurer les caractéristiques attendues des régimes d’assurance-santé des provinces aux fins d’apprécier leur adéquation aux conditions d’octroi des contributions. Ces définitions sont celles qui déterminent la liste des services de santé assurés et les lieux ou circonstances de leur fourniture.

La notion de service de santé assuré retenue dans la LCS reflète l’origine de celle-ci : elle regroupe celles des services hospitaliers et des services médicaux. Les définitions de chacune de ces notions doivent être reproduites :

«**services hospitaliers**» Services fournis dans un hôpital aux malades hospitalisés ou externes, si ces services sont médicalement nécessaires pour le maintien de la santé, la prévention des maladies ou le diagnostic ou le traitement des blessures, maladies ou invalidités, à savoir :

- a) l'hébergement et la fourniture des repas en salle commune ou, si médicalement nécessaire, en chambre privée ou semi-privée;
- b) les services infirmiers;
- c) les actes de laboratoires, de radiologie ou autres actes de diagnostic, ainsi que les interprétations nécessaires;
- d) les produits pharmaceutiques, substances biologiques et préparations connexes administrés à l'hôpital;
- e) l'usage des salles d'opération, des salles d'accouchement et des installations d'anesthésie, ainsi que le matériel et les fournitures nécessaires;
- f) le matériel et les fournitures médicaux et chirurgicaux;
- g) l'usage des installations de radiothérapie;
- h) l'usage des installations de physiothérapie;
- i) les services fournis par les personnes rémunérées à cet effet par l'hôpital.

Ne sont pas compris parmi les services hospitaliers les services exclus par les règlements.

«**services médicaux**» Services médicalement nécessaires fournis par un médecin.

[soulignés ajoutés]

Plusieurs observations peuvent être tirées de ces définitions. D'entrée de jeu on remarquera une différence essentielle entre les deux textes. La rédaction du premier est de type fermé en ce qui a trait à la liste des services visés alors que celle du second est plutôt de type ouvert.

La nomenclature des services hospitaliers est exhaustive : seuls ceux qui sont énumérés peuvent constituer des services de santé assurés. Il faut souligner que, s'agissant des produits pharmaceutiques et substances biologiques, seuls ceux qui sont administrés à l'hôpital peuvent être qualifiés de services hospitaliers et, en conséquence, assurés. Quant aux services dispensés par les personnes rémunérées par l'hôpital, ce sont ceux

rendus en lien avec les autres rubriques et non pas, de manière générale, tous ceux qu'ils pourraient rendre. Si telle était l'interprétation de cette modalité, la notion de « *services hospitaliers* » devrait être étendue à tous les services dispensés par les personnes rémunérées par un hôpital pour fournir de tels services, ce qui est assez peu compatible avec la méthode retenue par le texte de la LCS d'énumérer des services. En outre, on aurait dû, pour dissiper toute ambiguïté, rédiger la rubrique en précisant « *les autres services fournis* », ce qui n'a pas été fait.

Les services hospitaliers sont ceux fournis dans les installations maintenues par un hôpital et non pas, par exemple, ceux qui sont fournis au domicile de l'utilisateur ou dans d'autres installations à moins, par implication, que l'hôpital n'ait conclu une entente avec un tiers selon laquelle ce dernier s'engage à fournir, pour le compte de cet hôpital et au bénéfice de ses usagers, des services hospitaliers désignés. Les services sont ceux offerts aux usagers « *hospitalisés ou externes* », deux catégories que la LCS ne définit pas et dont le sens usuel pourrait signifier, pour les premiers, qu'ils séjournent à l'hôpital et, pour les seconds, qu'ils y reçoivent des soins et des services sans y séjourner. Si l'on devait chercher des notions semblables dans les lois québécoises, on ne trouverait pas de parfait équivalent. La LAH, par exemple, a recours à la notion d'hébergement pour déterminer l'étendue de la gratuité des services hospitaliers alors la LSSSS et ses règlements d'application renvoient plutôt à celle d'admission, puisque l'hébergement ne constitue pas une caractéristique intrinsèque à la mission des centres hospitaliers. Quoiqu'il en soit de ces variations sémantiques, le texte de la LCS n'établit aucune distinction fondée sur le statut des usagers pour établir la liste des services hospitaliers qui doivent constituer des services de santé assurés.

Il faut souligner, comme il est mentionné en première partie de ce texte, que le règlement d'application de la LAH crée une telle distinction, par exemple en excluant la fourniture de médicaments lorsqu'ils seraient requis par des usagers non hébergés. Au sens strict, il y aurait conflit entre ce texte réglementaire et la LCS. Toutefois, dans l'hypothèse où les établissements visés choisissent d'étendre à l'ensemble des usagers, hébergés ou non, la fourniture gratuite des biens et services prévus pour les premiers, il n'existerait pas, au

sens propre, de restriction d'accès à la gratuité des services hospitaliers et l'on pourrait difficilement conclure qu'il y a contravention à la LCS. Celle-ci ne peut formellement exiger la conformité des normes provinciales à ses dispositions. Elle tient plutôt compte des pratiques observées.

Se qualifient au titre de services hospitaliers ceux qui sont fournis dans un hôpital et qui sont médicalement nécessaires. Malgré que ces deux critères soient d'apparence neutre, ils sont la source de nombreuses imprécisions et incertitudes.

La LCS définit le mot « hôpital » comme suit :

**«hôpital»** Sont compris parmi les hôpitaux tout ou partie des établissements où sont fournis des soins hospitaliers, notamment aux personnes souffrant de maladie aiguë ou chronique ainsi qu'en matière de réadaptation, à l'exception :

- a) des hôpitaux ou institutions destinés principalement aux personnes souffrant de troubles mentaux;
- b) de tout ou partie des établissements où sont fournis des soins intermédiaires en maison de repos ou des soins en établissement pour adultes ou des soins comparables pour les enfants.

Cette définition, au contraire d'autres que comporte la LCS, ne renvoie pas à celles que l'on pourrait retrouver dans les lois provinciales. Elle est propre à cette loi quoique l'on puisse, avec raison, faire valoir que l'organisation des soins de santé relève de la compétence constitutionnelle des provinces mais le choix du législateur canadien reste vraisemblablement valide.

Le sens qui est attribué à la notion d'hôpital dans la LCS peut ainsi avoir une portée différente de celle que les lois provinciales lui attribuent. Il s'agit, en effet, de toute installation où sont offerts des services que cette loi range dans la catégorie des « *services hospitaliers* ». Une telle installation, qualifiée ici d'établissement et désignée par le terme « *facility* » dans la version anglaise, n'a pas à offrir tous les services hospitaliers prévus à la LCS pour autant que les services qu'il dispense le soient à des personnes « *souffrant de maladie aiguë ou chronique* » ou qui requièrent des services de

réadaptation, étant précisé par ailleurs que cette exigence est ouverte et pourrait être plus large encore que ce qu'il ne paraît à une première lecture. Pas plus n'est-il requis que cette installation soit conçue pour héberger les personnes qui y reçoivent des soins et des services puisque, de toute façon, les services sont assurés pour tous les usagers, « *hospitalisés ou externes* ».

On peut donc aisément imaginer qu'une installation, peu importe la qualification ou le statut, public ou privé, que les lois provinciales lui reconnaissent, puisse constituer un hôpital au sens de la LCS dès lors que les activités qu'y s'y déroulent incluent des services hospitaliers. Cette interprétation est celle qui a été retenue par la Ministre de la Santé et du Bien-être social dans le cadre de la « *Politique fédérale sur les cliniques privées* » dont elle informait ses homologues provinciaux en janvier 1995 et qui en tirait certaines conséquences d'application en matière de frais modérateurs perçus dans des cliniques privées de médecins dont les services étaient par ailleurs pris en charge par les régimes publics d'assurance maladie. [disponible à : [http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/medi-assur/interpretation/index\\_f.html](http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/medi-assur/interpretation/index_f.html)]. Cette interprétation, qui semble conforme à la lettre de la LCS et qui tient compte, comme l'autorisent les principes juridiques applicables, de l'évolution des modes de dispensation des soins de santé, y compris chirurgicaux, permet de poser qu'il faut ranger dans la catégorie des services hospitaliers des services dispensés dans des installations qui pourraient ne pas être désignées comme des hôpitaux en vertu des lois provinciales. Toutefois, un argument de texte pourrait être invoqué pour restreindre la portée d'une interprétation trop large de la notion d'hôpital. Parmi les services visés à la LCS s'en trouvent certains dispensés par les dentistes. À leur sujet la loi énonce :

«**services de chirurgie dentaire**» Actes de chirurgie dentaire nécessaires sur le plan médical ou dentaire, accomplis par un dentiste dans un hôpital, et qui ne peuvent être accomplis convenablement qu'en un tel établissement. [soulignés ajoutés]

Si le sens du mot « *hôpital* » devait être étendu à tous les lieux où sont dispensés des services aussi dispensés dans les hôpitaux, au sens usuel du terme et au sens que la plupart des lois provinciales lui donne, devraient être considérés comme « *services de chirurgie dentaire* » les actes posés par un dentiste dans un cabinet privé pourvu des

équipements équivalents à ceux qui sont disponibles dans un hôpital et qui seraient nécessaires pour la fourniture des actes de chirurgie requis par l'état d'un patient. En déterminant que certains actes ne pouvaient convenablement être accomplis que dans un hôpital, l'auteur de la LCS a vraisemblablement voulu établir une distinction entre ce type d'installation et d'autres, de sorte que le simple fait que des actes puissent être fournis à la fois dans un hôpital et dans un autre lieu, ne permettrait pas de conclure que cet autre lieu doit aussi être qualifié d'hôpital au sens de la LCS. Dès lors, l'interprétation invoquée par la ministre et qui repose sur une approche dynamique pourrait être trop large, surtout si l'on tient compte de l'historique législatif de la LCS.

L'exigence que les services hospitaliers soient « *médicalement nécessaires* » pour se qualifier au titre de services assurés est la même que la LCS emploie pour préciser la notion de « *services médicaux* » ainsi que, par analogie, celle de « *services de chirurgie dentaire* ». À titre de comparaison, les lois québécoises utilisent l'expression « *requis du point de vue médical* » pour identifier les services assurés en vertu de la LAH ou de la LAM. Nulle part ces expressions ne sont-elles définies. Elles sont pourtant la source d'importantes controverses puisqu'elles constituent le principal critère pour délimiter l'enveloppe des services visés par la LCS. Quelques observations s'imposent.

Tout d'abord et à titre préalable, il faut retenir que les deux expressions doivent avoir le même sens malgré l'emploi de mots différents. C'est la conclusion à laquelle souscrit la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire *Cameron v. Nova Scotia (Attorney General)*, (1999), 177 D.L.R. (4th) 611. Ensuite, il est généralement admis, y compris par les instances fédérales compétentes, que « *les provinces, de même que les médecins, ont le privilège et aussi la responsabilité de dire en quoi consistent les services médicaux nécessaires pour des raisons médicales* » [Lettre du ministre Jake Epp du 15 juillet 1985, reproduite à : [http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/medi-assur/interpretation/index\\_f.html](http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/medi-assur/interpretation/index_f.html)]. Quant aux tribunaux qui ont été saisis de questions soulevant la validité de l'exclusion de certains services médicaux, ils n'ont jamais remis en cause la compétence intrinsèque des provinces d'intervenir en la matière bien qu'ils aient pu conclure à l'invalidité de mesures pour des motifs reposant sur le droit administratif. [À seul titre d'exemple, voir : les

affaires *Camero* et *Lexogest*, citées plus haut ainsi que *British Columbia Civil Liberties Association v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 4 W.W.R. 100 et *P.E.I. (Minister of Health and Social Services) v. Morgentaler*, (1996), 139 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 600].

L'ensemble des enjeux que pose la définition de la notion de « *requis du point de vue médical* » dépasse largement les cadres de ce texte. Il s'étend, notamment, à l'application de larges pans de la LAM, que ce soit pour l'appréciation de pratique ou d'actes médicaux ou pour définir l'aire d'application du régime que celle-ci met en place. Ici, le véritable enjeu est probablement plus limité. Lorsque le régime d'assurance-santé d'une province prévoit que sont assurés « *les services requis du point de vue médical* » sans autre précision, on devra généralement conclure, par implication nécessaire, que le champ de ces services est analogue à celui visé dans la définition de la LCS. Les difficultés surviennent lorsque le régime provincial permet que, par divers modes d'intervention, soient soustraits des services dont on détermine alors qu'ils ne sont pas requis du point de vue médical ou qu'il sont considérés, sur la base d'une présomption de source législative ou réglementaire, non assurés au motif, implicite, qu'ils ne sont pas non plus requis du point de vue médical. C'est ce qu'autorise l'article 69 de la LAM.

Se pose alors, la question de savoir si, malgré la reconnaissance de la compétence des provinces pour définir les services qui sont requis du point de vue médical, la LCS pouvait avoir pour effet d'affecter incidemment cette compétence en déterminant que la décision de la province d'exclure tel ou tel autre service en lui niant le caractère de médicalement requis puisse constituer une contravention à la loi fédérale.

Les éclairages pour répondre à cette question sont plutôt diffus. Dans l'arrêt *Cameron*, alors que le débat portait sur la qualification de techniques de procréation assistée au titre de services requis du point de vue médical, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse écrivait :

¶ 101 A very important limitation in the policy is that insured services be medically necessary or medically required. Of necessity, what is or is not medically required must be judged by those placed in charge of the administration of the policy. The judgment call requires an appreciation



not only of medical procedures, but the availability of funds to finance them. The exercise of such judgment is not a function of this Court. Our role is limited to requiring that those who make and administer the policy follow their own rules - in particular, the Act and the Regulations - in doing so. We are not accountable for the raising and expenditure of public monies. The persons who make these decisions under the policy are persons who are directly or indirectly so accountable. Charter considerations aside, as long as their decisions are reached in good faith and are not shown to be clearly wrong, we have no power to overturn them. [soulignés ajoutés]

Lorsque la loi provinciale, par renvoi, exige que les instances autorisées à statuer sur le caractère médicalement requis de certains services agissent en conformité avec la LCS, il en découlerait que ces instances seraient tenus de respecter les finalité essentielles du caractère médicalement nécessaire des services sur lesquels elles ont autorité en vertu de la loi provinciale. La LCS assigne, en effet, une finalité au critère de nécessité médicale des services hospitaliers. Celle-ci doit concerner « *le maintien de la santé, la prévention des maladies ou le diagnostic ou le traitement des blessures, maladies ou invalidités* ».

Dans deux arrêts rendus par la Cour suprême du Canada, l'exigence de conformité à la LCS en raison d'un renvoi explicite de lois provinciales a été tenue pour valide. C'est ce qui peut être dégagé de l'arrêt *Eldridge* (au para. 28) et inféré de l'arrêt *Auton c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657 (au para. 35). Dans le contexte de l'interprétation d'autres dispositions de la LCS, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a récemment donné à la technique du renvoi le même effet. [*B.C.G.E.U. v. British Columbia (Minister of Health Services)*, 2007 BCCA 379].

En revanche, lorsque un tel renvoi n'est pas inclus dans la loi provinciale, comme c'est le cas au Québec, la discrétion des instances de déterminer que certains services ne seront pas assurés, parce qu'ils ne sont pas, de l'avis de ces instances, requis du point de vue médical, est certainement plus étendue mais il n'est pas du tout certain qu'elle puisse être interprétée comme autorisant l'exclusion de services à propos desquels il y aurait par ailleurs un consensus, médical ou scientifique, sur leur nécessité. Cela dit, il se dégage toutefois de la jurisprudence la nette impression, comme l'évoque le passage de l'arrêt

*Cameron*, que la détermination du caractère médicalement requis d'un service repose sur une discrétion politique à l'endroit de laquelle les tribunaux adopteront une attitude de retenue et de déférence.

S'agissant des « *services médicaux* », la LCS précise que ce sont uniquement ceux qui sont fournis par un médecin qui doivent être considérés comme des « *services de santé assurés* ». Il y a peu à ajouter à cette exigence sauf à souligner que le champ d'application de la LCS à cet égard est restreint aux services rendus par des médecins et non pas, sauf pour ce qui est des services hospitaliers, par d'autres professionnels de la santé.

La LCS réfère à la notion de « *services complémentaires de santé* » qu'elle définit pour inclure, notamment, les soins à domicile ou les soins ambulatoires. Il est fait mention à ces services à l'article 4 de la LCS, qui exprime la raison d'être de celle-ci. Ces services doivent être déterminés par règlement du gouverneur en conseil suivant les exigences de l'article 22 de la LCS et, tout particulièrement, celle de l'accord de chaque province sauf des exceptions expresses. À ce jour aucun tel règlement n'a été pris et il en découle que ces services ne sont pas considérés dans les autres dispositifs de la LCS.

Si l'on devait succinctement tracer l'aire des services de santé assurés au sens de la LCS, il en découlerait le constat principal que ceux-ci sont définis de manière assez stricte. Sous réserve des commentaires exprimés plus haut, il est clair qu'on ne saurait, du point de vue juridique, leur donner une portée qui va au-delà de l'énonciation des textes qui les définissent. Le recours aux arguments interprétatifs courants pour définir le champ d'application de la LCS n'autorise pas que l'on cherche à donner une interprétation élargie des éléments qui le compose, notamment en raison du cadre constitutionnel dans lequel cette loi s'inscrit.

Dans l'arrêt *Auton*, la Cour suprême du Canada, appelée à se prononcer sur l'exigibilité juridique de thérapies spéciales destinées aux enfants autistes au regard, notamment, de la

LCS et, comme il a été souligné plus haut, du régime provincial qui incorporait expressément celle-ci, s'est ainsi exprimée :

32 Le régime définit deux catégories distinctes de services thérapeutiques financés sur les deniers publics. Premièrement, il prévoit le financement intégral des services d'un médecin (les services « essentiels »). C'est ce que prescrit la LCS. Bon nombre de services médicalement nécessaires ou requis, dont la thérapie ABA/ICI destinée aux enfants autistes, n'entrent pas dans cette catégorie.

33 Deuxièmement, la LCS permet aux provinces de financer à leur gré des services médicaux non essentiels, soit des services qui ne sont pas fournis par un médecin. La Colombie-Britannique énumère les catégories de « professionnels de la santé » dont les services peuvent être partiellement financés. Il appartient dès lors à la commission des services médicaux, un organisme administratif, de désigner, à l'intérieur de ces catégories, les professionnels et les actes dont le financement sera assuré.

34. [...]

35 En résumé, le régime législatif ne garantit pas à tout Canadien le financement de tout traitement médicalement requis. La loi ne prévoit que le financement des services essentiels fournis par un médecin, celui des services non essentiels étant laissé à la discrétion des provinces. L'avantage recherché en l'espèce — le financement de tous les services médicalement requis — n'était donc pas prévu par la loi.

[soulignés ajoutés]

Ces propos reflètent l'état du droit au Canada sur la question. Ils peuvent être aisément appliqués aux autres services de santé que la LCS énumère, comme les services hospitaliers. Il faut rappeler que lorsqu'une province choisit d'étendre la couverture d'assurance à des services qui ne sont pas compris dans la LCS, elle exerce une discrétion que les tribunaux respecteront à moins de circonstances exceptionnelles.

Il serait juste d'observer que la définition des services médicaux, aussi qualifiés par la Cour suprême dans l'arrêt *Auton*, de « *services essentiels* » pour lesquels il doit y avoir un financement intégral, comporte une large part d'imprécision en raison de la référence à leur caractère médicalement requis. Comme il a été écrit précédemment, cette imprécision, qui est aussi celle qu'induisent la plupart des lois provinciales, ne peut être dissipée au terme d'une démarche d'interprétation juridique qui ne reposerait pas sur un

ensemble de faits. À ce sujet, bien que la littérature scientifique puisse fournir des indicateurs pour éclairer cette démarche, on constate assez rapidement qu'ils ne constituent pas des prédicteurs très fiables de la conclusion qu'un tribunal serait appelé à exprimer au terme d'un processus judiciaire classique. [Voir, à titre d'illustration, : Choudhry, Sujit, "*Bill 11, The Canada Health Act and the Social Union : the Need for Institutions*", (2000) 38 Osgoode Hall Law Journal 39 et Caulfield, T.A., "*Wishful Thinking: Defining 'Medically Necessary' in Canada*, (1996) 4 Health Law Journal 63.].

Des éclairages supplémentaires peuvent provenir de la mise en relation des définitions retenues par la LCS avec les conditions que celle-ci prévoit pour le versement des contributions pécuniaires aux provinces.

*b) Les conditions d'octroi des contributions pécuniaires*

La LCS contient deux séries de conditions d'octroi des contributions pécuniaires. Ces conditions sont formulées de manière substantiellement similaire mais elles se distinguent respectivement en raison de la teneur des conséquences que leur contravention peut emporter.

Aucune décision judiciaire, accessible selon les moyens usuels de repérage, ne propose d'interprétation directe de ces conditions pour le motif principal, qui sera explicité plus loin, que la structure de la LCS, de l'avis des tribunaux qui se sont exprimés sur le sujet, empêche que soient traitées des questions de simple interprétation de la LCS, notamment lorsqu'il n'existe pas de décision administrative d'application de l'une ou l'autre des sanctions envisagées par celle loi. Par contre, quelques jugements ont, de manière incidente, pu contribuer à préciser la portée des conditions énumérées à la LCS parce que celles-ci avaient été incorporées, par référence, à des lois provinciales. Enfin, comme en fait état un rapport de la vérificatrice générale du Canada [disponible à : <http://www.oag-bvg.gc.ca/domino/rapports.nsf/html/20020903xf02.html>], le manuel d'interprétation de la LCS qui a été préparé par les instances fédérales chargées de l'application de celle-ci, n'est pas disponible au public. Ce manuel serait pourtant recevable dans le cadre d'une

procédure judiciaire même s'il ne constitue pas une source formelle d'interprétation de la LCS. Dans un tel contexte, le sens qu'il faut donner aux différentes conditions d'octroi énoncées par la LCS est tributaire des seuls indices que le texte de celle-ci peut révéler.

L'article 7 de la LCS énonce cinq conditions d'octroi qui forment la première série. Il est utile de les citer dans leur contexte :

7. Le versement à une province, pour un exercice, de la pleine contribution pécuniaire visée à l'article 5 est assujéti à l'obligation pour le régime d'assurance-santé de satisfaire, pendant tout cet exercice, aux conditions d'octroi énumérées aux articles 8 à 12 quant à :

- a) la gestion publique;
- b) l'intégralité;
- c) l'universalité;
- d) la transférabilité;
- e) l'accessibilité.

Chacune de ces conditions, dont le texte original de 1984 n'a jamais encore été modifié, appelle quelques commentaires.

**La condition de gestion publique** est celle sur laquelle ont pu avoir été exprimés des commentaires sur le caractère public de ce qui est parfois qualifié de « *système national d'assurance-santé canadien* » qui « [p]lutôt que d'avoir un régime unique à la grandeur du pays » a consisté pour le Canada « [à mettre] sur pied un système national regroupant treize régimes d'assurance-santé provinciaux et territoriaux distincts » [ [http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/medi-assur/index\\_f.html](http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/medi-assur/index_f.html) ].

L'article 8 de la LCS énonce :

8. (1) La condition de gestion publique suppose que :

- a) le régime provincial d'assurance-santé soit géré sans but lucratif par une autorité publique nommée ou désignée par le gouvernement de la province;

*b)* l'autorité publique soit responsable devant le gouvernement provincial de cette gestion;

*c)* l'autorité publique soit assujettie à la vérification de ses comptes et de ses opérations financières par l'autorité chargée par la loi de la vérification des comptes de la province.

(2) La condition de gestion publique n'est pas enfreinte du seul fait que l'autorité publique visée au paragraphe (1) a le pouvoir de désigner un mandataire chargé:

*a)* soit de recevoir en son nom les montants payables au titre du régime provincial d'assurance-santé;

*b)* soit d'exercer en son nom les attributions liées à la réception ou au règlement des comptes remis pour prestation de services de santé assurés si la désignation est assujettie à la vérification et à l'approbation par l'autorité publique des comptes ainsi remis et à la détermination par celle-ci des montants à payer à cet égard.

Cette condition a pour seul objet d'exiger que le régime mis en place par une province aux fins d'assurer la prise en charge du coût des services de santé assurés soit administré par un organisme dont la constitution, le statut et les règles de gestion financière soient conformes à ce qui est prévu au paragraphe (1) de l'article 8. C'est donc la gestion publique des régimes d'assurance qui est visée et non pas la gestion publique des organismes ou institutions chargés de rendre les services accessibles ou de les fournir.

Le modèle retenu par la LCS n'est absolument pas innovateur : c'est celui qui avait présidé à la mise en place de la plupart des régimes provinciaux sous l'impulsion des lois canadiennes sur l'assurance hospitalisation et sur les services médicaux dont il est fait état en introduction à ce texte. Pour faire simple, c'est le payeur qui doit satisfaire la condition et non pas les fournisseurs de services. Bien évidemment cette condition doit être lue comme ne s'appliquant qu'aux services de santé assurés au sens de la LCS et ne saurait viser les systèmes privés de prise en charge des coûts des services qui ne répondent pas à cette définition, que ceux-ci reposent sur l'assurance ou sur une autre formule.

Le seul enjeu juridique véritable qui semble découler de la condition de gestion publique porte sur l'étendue du mandat qui pourrait être confié à un tiers en vue de l'exécution de fonctions décrites au paragraphe (2) *b*) de l'article 8. Cette question a été longuement discutée dans l'arrêt *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Minister of Health Services)*, 2007 BCCA 379. S'il n'est pas essentiel de reprendre ici toutes les conclusions retenues par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans cette affaire, il importe de noter que celle-ci a conclu à la validité d'une entente, intervenue entre les autorités de la province et une entreprise privée, ayant pour objet la délégation de la vaste majorité des activités de gestion du régime provincial d'assurance maladie. Pour qu'une délégation d'une telle ampleur soit valide il fallait, selon la Cour, prendre en compte les exigences juridiques suivantes qu'il convient de citer au long :

[61] In my opinion, an examination of the provisions in the *Canada Health Act* and the *Medicare Protection Act* demonstrate that public administration in relation to the health insurance scheme requires that the scheme be administered and operated on a non-profit basis by a public authority appointed or designated by the provincial government. It requires a single-payer system as opposed to a multi-payer, private insurance scheme. A publicly administered health insurance scheme requires that benefits and services be administered in accordance with publicly known policy, thus ensuring equitable access to the Medical Services Plan.

[62] Subsection 8(2)(b) of the *Canada Health Act* states that it is not a contravention of the requirement for public administration if the public authority designates an agency to carry out "any responsibility in connection with the receipt or payment of accounts", as long as the public authority retains the power to assess and approve of the agency's actions. The question is therefore whether the tasks the Ministry has contracted with Maximus to perform come within the description of "any responsibility in connection with the receipt or payment of accounts" and whether those tasks are subject to assessment and approval by the Commission or by the provincial government. The use of the word "any" in subsection 8(2)(b) denotes that "responsibility" is to be construed expansively.

[63] Reading s. 8(1) and subsection 8(2)(b) of the *Canada Health Act* and the *Medicare Protection Act* together leads to the conclusion that adherence to the public administration principle does not necessarily require that all of the tasks required to operate the Medical Services Plan must be performed by a public, non-profit service provider. In other words, the public administration criterion does not prevent a province from contracting out the delivery of certain services to private, for-profit

providers provided the government maintains control of policy and ensures that there is a mechanism or path to review any discretionary decisions of such a service provider.

Il y a peu à ajouter à cette analyse qui repose sur la conclusion que la LCS autorise une vaste délégation des pouvoirs des autorités publiques en faveur de gestionnaires privés du régime public d'assurance.

**La condition d'intégralité** est énoncée à la LCS en peu de mots :

9. La condition d'intégralité suppose qu'au titre du régime provincial d'assurance-santé, tous les services de santé assurés fournis par les hôpitaux, les médecins ou les dentistes soient assurés, et lorsque la loi de la province le permet, les services semblables ou additionnels fournis par les autres professionnels de la santé.

Le principe énoncé a une double portée. Tout d'abord, il fonde l'exigence de gratuité des services de santé assurés, au sens de la LCS, et, ensuite, il reconnaît la discrétion des provinces d'ajouter à ceux-ci. L'énonciation est d'apparence simple mais elle recèle probablement les plus importantes difficultés que pose l'interprétation de la LCS.

Ces difficultés sont celles découlant de la garantie de gratuité de « *tous les services de santé assurés* » et non pas tant de la décision des provinces d'y ajouter. Dans ce dernier cas, il est généralement admis que celles-ci peuvent à la fois identifier ces services et déterminer les modalités suivant lesquelles ils seront pris en charge par leurs régimes d'assurance-santé. Ces modalités peuvent être fort variées et porter sur le lieu de dispensation du service, sur la fréquence de celui-ci, sur les catégories de personnes auxquelles il pourra être dispensé gratuitement et sur d'autres encore.

Les modalités peuvent également porter sur l'étendue de la gratuité : elle peut être partielle ou totale. Ce n'est, au sens strict, que la part des services additionnels qui comporte une prise en charge par le régime provincial d'assurance-santé qui se trouverait soumise à la condition d'intégralité, réduisant ainsi significativement la portée réelle de cette conséquence. On voit mal, en effet, comment l'on pourrait conclure à une



quelconque contravention à cette condition en matière de services additionnels puisque, par définition, c'est la province qui détermine librement l'ensemble des caractéristiques de ces services.

Ainsi, dès lors que le service ne peut être associé à l'un de ceux qui serait assuré, au sens de la définition que donne la LCS des services de santé assurés, l'exercice de la discrétion des provinces ne sera sujette à contrôle judiciaire que si elle emporte une discrimination au sens de l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans les autres cas, comme l'exprime la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Auton*, la discrétion des provinces est souveraine:

**41.** Il n'est pas loisible au Parlement ou à une législature d'adopter une loi dont les objectifs de politique générale et les dispositions imposent à un groupe défavorisé un traitement moins favorable : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. Par contre, la décision du législateur de ne pas accorder un avantage en particulier, lorsque l'existence d'un objectif, d'une politique ou d'un effet discriminatoire n'est pas établie, ne contrevient pas à ce principe ni ne justifie un examen fondé sur le par. 15(1). Notre Cour a conclu à maintes reprises que le législateur n'a pas l'obligation de créer un avantage en particulier, qu'il peut financer les programmes sociaux de son choix pour des raisons de politique générale, à condition que l'avantage offert ne soit pas lui-même conféré d'une manière discriminatoire : *Granovsky c. Canada (Ministre- 26 -de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28, par. 61; *Nouvelle-Écosse (Procureur général) c. Walsh*, [2002] 4 R.C.S. 325, 2002 CSC 83, par. 55; *Hodge*, précité, par. 16.

S'il est vrai que le débat judiciaire pourrait porter sur la compétence d'instances réglementaires de moduler l'étendue des services additionnels au regard des loi qui les habilitent à le faire, ce débat porterait alors sur des questions relevant, au sens strict, du droit administratif.

Il est plus difficile de circonscrire la portée exacte de la condition d'intégralité en ce qui concerne les services de santé assurés. Comme il a été discuté plus haut, cette difficulté provient essentiellement de la méthode d'identification de ces services et, tout particulièrement, des services, dispensés par les médecins, qui sont médicalement nécessaires. Posée de manière plus étroite, la question est celle de savoir dans quelle

mesure une province peut déterminer que certains services dispensés par les médecins ne sont pas « *requis du point de vue médical* » ou bien encore déterminer que la gratuité dont ils feront l'objet serait limitée à certaines circonstances ou à certains lieux de dispensation.

Lorsque les tribunaux ont été saisis de cette question, leur démarche a essentiellement consisté à examiner si les mesures adoptées, habituellement par voie réglementaire, étaient compatibles avec la loi qui en autorisait l'adoption. Les réponses ont pu certes varier mais jamais elles n'ont été directement fondées sur le fait que la norme provinciale pouvait contrevenir à la LCS.

Les propos de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *Cameron* sont explicites à cet égard :

[97] If, without deciding that the Act fails to meet the standards or objectives of the Canada Health Act, it does not follow that the appellants would be entitled to relief in this Court. Jurisdiction over health care is exclusively a provincial matter. Failure of a province to comply with the Canada Health Act may result in the Government of Canada imposing a financial penalty on the province. It raises a political, not a justiciable issue. It does not render the provincial legislation unconstitutional. I refer to *Brown v. British Columbia (Attorney General)* (1997), 41 B.C.L.R. (3d) 265; (1998), 5 W.W.R. 312 (B.C.S.C.) and *Lexogest Inc. v. Manitoba (Attorney-General)* (1993), 101 D.L.R. (4th) 523 (Man.C.A.).

Ils reprennent la conclusion tirée par la Cour supérieure de la Colombie britannique dans l'affaire *British Columbia Civil Liberties Association* à propos d'éventuels conflits entre une norme provinciale et la LCS :

Before I examine the Legislation I wish to dispose of another matter that was mentioned in argument. The Canada Health Act 1984 32-33 Eliz.II c.6 provides financial assistance to Provincial Health Care Plans that satisfy certain criteria which are described in the Federal Act, particularly universality and accessibility. In my view, the possibility that the impugned Regulation may disqualify the British Columbia Plan from federal funding, if such is the case, is of no consequence in deciding this administrative law question. It is for the Cabinet to assess the risk of losing federal funding and take such other political steps and political responsibility as it may be advised.

En définitive, la validité des mesures provinciales peut être soumise à l'appréciation d'un tribunal en tant que telles et non pas en tenant compte de leur conformité à la LCS. C'est uniquement, comme il a été démontré plus haut, lorsque ces mesures seront fondées sur des textes législatifs provinciaux qui incorporent la LCS que celle-ci devient pertinente mais alors uniquement à titre d'élément du cadre interprétatif interne de la mesure provinciale.

La détermination des services de santé assurés relève incontestablement de la compétence des provinces. Il en va évidemment de même de la détermination de ceux qui ne le sont pas ainsi que des modalités de fourniture des premiers. L'enjeu interprétatif que soulève la condition d'intégralité de la LCS découle de cette double affirmation. Il consiste à se demander si, compte tenu du fondement constitutionnel de la LCS, il peut exister une définition canadienne des services « *médicalement nécessaires* » qui soit différente de celles que chacune des provinces, dans l'exercice de ses propres compétences constitutionnelles, a pu ou peut adopter. La réponse à cette question pourrait être affirmative si l'on convenait que le Parlement peut assortir ses contributions de conditions qu'il détermine et qui, à défaut d'autres indices, doivent être interprétées selon les préceptes qui ont généralement cours. Le conflit de normes qui pourrait alors en résulter ne serait toutefois résolu en faveur de la LCS que pour les fins de celle-ci et ne pourrait avoir pour conséquence de tenir la norme provinciale comme inconstitutionnelle.

Il est impossible, dans le cadre de ce texte, de commenter au-delà de cette conclusion en ce qui aurait trait, comme la Cour suprême du Canada l'indiquait dans l'arrêt *Auton*, au financement « *des services essentiels fournis par un médecin* » et au sens qu'il faut donner à cette expression qui n'est pas tout à fait celle utilisée dans la LCS ni dans bon nombre d'autres lois provinciales dont la LAM.

**La condition d'universalité** est exprimée à l'article 10 de la LCS :

**10.** La condition d'universalité suppose qu'au titre du régime provincial d'assurance-santé, cent pour cent des assurés de la province ait droit aux

services de santé assurés prévus par celui-ci, selon des modalités uniformes.

Elle n'appelle aucun commentaire. Le texte est clair et seule la question de l'uniformité des modalités pourrait exiger quelque précision. On retient généralement que cette expression vise, par exemple, les exigences d'inscription aux régimes publics d'assurances, celles relatives à la présentation d'une carte ou d'un document émis par les instances compétentes pour obtenir gratuitement les soins ou les services ainsi que d'autres modalités de même nature. Seraient aussi rangé sous cette condition tout régime public d'assurance prévoyant le paiement, par les bénéficiaires de primes explicitement affectées au financement du régime. Suivant l'interprétation proposée par le ministre Epp dans sa lettre d'interprétation du 15 juillet 1985 [[http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/medi-assur/interpretation/index\\_f.html](http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/medi-assur/interpretation/index_f.html)], la condition d'intégralité pourrait jouer lorsque la structure de ces primes serait telle que certains résidents d'une province seraient incapables d'en payer le prix.

**La condition de transférabilité** est énoncée à l'article 11 de la LCS. Elle vise plusieurs objets portant sur l'accessibilité aux soins et aux services. Tout d'abord, elle impose une limite sur le délai d'attente auquel une personne peut être soumise afin d'obtenir son éligibilité au régime d'assurance-santé lorsqu'elle devient résidente d'une province. Ensuite, et c'est sans doute son principal objet, elle exige que les résidents d'une province puissent obtenir, dans une autre province ou à l'étranger, des services de santé assurés selon des modalités spécifiques.

Pour ce qui est des services obtenus dans une autre province, le régime de la province de résidence d'une personne temporairement absente de celle-ci, devrait prendre en charge le coût des services dispensés dans la province de séjour, à moins d'un accord particulier des provinces concernées pour une autre règle de partage de ces coûts. De même, le régime de la province d'origine d'un résident qui s'installe dans une autre province devrait supporter le coût des services dispensés à ce résident pendant la période de carence imposée par la province d'accueil. Toutefois, la LCS reconnaît que les provinces peuvent assortir l'exécution de cette obligation de l'autorisation préalable de l'instance

chargée de l'administration du régime d'assurance-santé sauf lorsque les services de santé assurés sont fournis d'urgence ou dans des circonstances où ils doivent être dispensés sans délai.

La LAM comporte une telle exigence mais, lorsque les services sont dispensés sans l'autorisation préalable de la Régie de l'assurance maladie du Québec, le taux de remboursement pour les services assurés est le moindre de celui effectivement payé ou du tarif qui aurait été payé au professionnel si les services avaient été dispensés au Québec. Pour ce qui est des services relevant du régime mis en place par la LAM, la technique, quoique légèrement différente, produit des effets semblables à moins d'accords de réciprocité. Il y a conflit apparent entre les exigences de la LCS et les normes, législatives ou réglementaires, en vigueur au Québec.

Pour ce qui est des soins obtenus à l'étranger, l'exigence de l'article 12, également assortie à la possibilité de prévoir une procédure d'autorisation préalable sauf urgence et circonstances similaires, l'article 11 (1) b) (ii) de la LCS énonce :

(ii) s'il sont fournis à l'étranger, selon le montant qu'aurait versé la province pour des services semblables fournis dans la province, compte tenu, s'il s'agit de services hospitaliers, de l'importance de l'hôpital, de la qualité des services et des autres facteurs utiles ;

Dans l'affaire *Drew (Brown) v. Attorney General of British Columbia*, était contestée la validité d'une norme provinciale selon laquelle le montant maximal payé au titre du régime public d'assurance pour les services hospitaliers fournis à l'étranger était fixé à soixante-quinze dollars par journée d'hospitalisation. On y prétendait que cette somme était bien inférieure à celle qui aurait été assumée par le régime provincial si des services analogues avaient été fournis dans un hôpital de la province. Après avoir conclu que la norme provinciale avait été valablement adoptée au regard de l'habilitation législative dont elle tirait son origine, la Cour a refusé d'intervenir malgré l'apparence de violation de la LCS qui pouvait en résulter. Reprenant une position constante et unanime de la jurisprudence portant sur la LCS, la Cour a conclu :

[64] Counsel for the Attorney-General of Canada conceded that the \$75.00 limit did not seem to meet the portability requirement of section 11(1)(b)(ii) of the *Canada Health Act*. However, he adopted the position and arguments of the Attorney-General of British Columbia and submitted that any violation of the *Canada Health Act* is a matter of consultation between the provincial and federal governments.

[65] In my opinion, the statement of the law above from *Lexogest* correctly states the law in British Columbia. There is no provision in the *Act*, such as the one in *Collett*, which limits the Lieutenant Governor in Council's regulation-making powers to comply with the *Canada Health Act*. While it is arguable that such a provision could be the basis of a finding that a non-complying regulation was *ultra vires*, there is no such peg for the petitioners to hang their hat on in this case. The *Canada Health Act* provides a complete code of remedies for violations of it and, as stated by the Manitoba Court of Appeal, such violations are political, not justiciable issues.

[66] I have concluded that there is no purpose to be served by a declaration such as the one the petitioners have applied for. It would not have any practical effect such as striking the regulation down. The only purpose it would appear to serve is to put political pressure on the provincial and federal governments to correct any alleged violation. Inasmuch as this further indicates that this is a political and not justiciable issue, I do not think that it would be appropriate for the court to make the declaration applied for.

De manière assez nette ici, puisque le coût des services équivalents dispensés dans la province était alors établi à 553.00\$ et que le texte de la condition énoncée par la LCS est clair, la question de la violation alléguée de cette dernière loi ne peut servir de fondement juridique valable à une déclaration de nullité de la mesure provinciale qui en est la cause. Cette même conclusion s'imposerait au regard de la LAH dont le règlement d'application fixe à 100.00\$ le taux maximum de remboursement pour les services assurés au sens de cette loi lorsque les services ont été dispensés d'urgence ou en raison d'une maladie subite. Le coût réel des services n'est assumé que lorsqu'ils ont été au préalable autorisés.

**La condition d'accessibilité** est énoncée à l'article 12 de la LCS. Elle regroupe des éléments relativement peu homogènes. Trois de ceux-ci sont de nature relativement technique même si celui relatif à la rémunération des médecins a provoqué des débats

judiciaires notoires. C'est toutefois l'exigence d'accès satisfaisant aux services de santé assurés qui est à la fois la plus importante et la plus incertaine :

12. (1) La condition d'accessibilité suppose que le régime provincial d'assurance-santé :

a) offre les services de santé assurés selon des modalités uniformes et ne fasse pas obstacle, directement ou indirectement, et notamment par facturation aux assurés, à un accès satisfaisant par eux à ces services;

Dans sa lettre de juillet 1985, le ministre Epp écrivait :

Je tiens à vous assurer que le gouvernement fédéral ne recourra pas à la disposition relative à l'accès raisonnable pour intervenir directement dans des questions comme l'existence matérielle ou géographique des services ou la régie par les provinces des établissements et des professions qui fournissent les services assurés. Les grandes questions ayant trait à l'accès aux services de santé me seront inévitablement signalées [...]

L'accessibilité aux soins et aux services de santé constitue sans doute l'une des préoccupations les plus pressantes du système de santé du Québec et, probablement, de toutes les provinces canadiennes. Sa traduction dans l'univers juridique a, notamment, conduit, à l'arrêt *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, dont les motifs, sans les exposer ici, démontrent combien la preuve de l'existence de contraintes excessives à l'accès aux services est sujette à controverse. Ce qui est clair, c'est que l'appréciation de l'accessibilité repose sur une série ouverte de facteurs contextuels. Ces facteurs relèvent tout autant de choix politiques que de contraintes structurelles inhérentes aux sociétés dans lesquels ces choix peuvent être exercés.

Pour parvenir à conclure à l'existence de contraintes excessives et à la violation des droits sur lesquels l'accès aux soins et services de santé peuvent reposer, y compris les droits fondamentaux, l'analyse des faits propres à chaque affaire est jalonnée d'obstacles, factuels et intellectuels. Ceci est amplement démontré dans l'arrêt *Chaoulli* et dans les décisions précédentes des tribunaux, d'instance et d'appel, qui en sont à l'origine. Lorsqu'il faudrait, pour les fins de la LCS, déterminer que tel ou tel autre régime provincial ne satisfait pas l'exigence « *d'accès satisfaisant* », en raison de choix d'allocation de ressources par la province concernée, il est peu probable que le débat

puisse être porté devant les tribunaux même si les circonstances dans lesquelles ce débat serait fait puissent donner ouverture à un recours judiciaire qui opposerait alors le gouvernement de cette province et celui du Canada.

À la différence d'autres règles énoncées par la LCS et dont on peut imaginer qu'elles puissent être débattues dans un contexte judiciaire en cas de conflit entre les gouvernements concernés, encore que cette hypothèse soit politiquement improbable, celle de l'accès raisonnable, en dépit de sa formulation dans un texte législatif, n'y trouverait pas un forum approprié.

La condition d'accessibilité porte aussi sur des aspects plus techniques. L'un de ceux-ci mérite quelques commentaires. Il s'agit de l'exigence que le régime provincial d'assurance-santé « *prévoie une rémunération raisonnable des tous les services de santé assurés fournis par les médecins ou les dentistes* » comme il est énoncé à l'article 12 (1) c) de la LCS.

Dans l'affaire *Waldman v. British Columbia (Medical Services Commission)*, (1999), 177 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 321, la Cour d'appel de la Colombie-britannique, appelée à statuer sur l'exigence de rémunération raisonnable prévue à la LCS et incorporée dans la loi provinciale, écrivait, à propos de l'intention de l'auteur de cette exigence :

[30] [...] I see the legislative intent of the *Canada Health Act* and of the accessibility provisions in particular to ensure that beneficiaries of provincial medical plans will have adequate access to required medical services. I seriously doubt that it has anything to do with the rights of individual practitioners or the compensation of individuals.

[31] [...] The requirement of "reasonable compensation" is part of a list of criteria relating to the "accessibility" of health services required by s. 12. Thus, reasonable compensation for doctors is not an end in itself, but only one of a number of provisions enacted to ensure that Canadians can obtain reasonable access to necessary medical care. Creating a system that, on the whole, provides for reasonable compensation is necessary to ensure a sufficient supply of doctors and services for the needs of the Canadian populace.



La Cour examinait alors la validité d'un modèle de rémunération des nouveaux médecins qui faisait varier le tarif payable pour des services assurés suivant le lieu d'installation de ces médecins. Elle a retenu le principe que ce n'est pas la rémunération individuelle de chaque médecin qui devait satisfaire le critère énoncé à la LCS mais bien plutôt celui du régime de rémunération dans son entier. Elle a reconnu que ce dernier pouvait, puisque la loi d'habilitation le permettait par ailleurs, prévoir des modes différentiels de rémunération dont l'objectif était celui de favoriser la répartition des nouveaux médecins sur l'ensemble du territoire de la province. À ce propos, la Cour a conclu :

[32] [...] It would be ironic indeed if measures designed to *improve* accessibility to health care services by providing incentives for new billers to move to underserved locations were found to be in violation of the accessibility provisions of the *Canada Health Act*.

Deux autres conditions d'octroi sont énoncées par la LCS. Elles se distinguent de celles qui précèdent en raison de la nature des sanctions que leur contravention emporte. L'une porte sur l'interdiction de surfacturation par les médecins ou les dentistes pour les services de santé assurés qu'ils dispensent et l'autre porte interdiction de percevoir des frais modérateurs.

Il peut être important de souligner dès à présent que, depuis l'entrée en vigueur de la LCS, les seules sanctions qui ont été imposées à des provinces l'ont été en raison de violations à ces deux conditions.

Les deux catégories de frais dont il s'agit ici sont mutuellement exclusives. La LCS définit les frais modérateurs comme les « *frais d'un service de santé assuré autorisés ou permis par un régime provincial d'assurance-santé mais non payables, soit directement soit indirectement, au titre d'un régime provincial d'assurance-santé, à l'exception des frais imposés par surfacturation* ».

**La surfacturation** n'est pas définie explicitement mais le sens que ce terme doit recevoir ne porte pas à controverse. Est visée la pratique qui consisterait, pour un médecin ou un dentiste, à réclamer ou à percevoir, en contrepartie de la fourniture de services de santé assurés, des sommes en sus des honoraires qui lui sont versés en application du régime

d'assurance-santé de la province. La condition exprimée par la LCS est rédigée de manière assez singulière. Il ne s'agit pas simplement d'exiger que le régime d'assurance-santé mis en place par une province interdise la surfacturation mais plutôt, comme l'exprime le texte de l'article 18 de la LCS, de prévoir que le régime « *ne permet pas pour cet exercice le versement de montants à l'égard des services de santé assurés qui ont fait l'objet de surfacturation par les médecins ou les dentistes* ». C'est dire que le régime devrait prévoir que les médecins, qui ont recours à la surfacturation malgré l'interdiction qui leur en est faite, ne devraient pas recevoir du régime d'assurance-santé les sommes ou honoraires relatifs aux services assurés qui ont été dispensés et pour lesquels ils ont surfacturé.

L'exigence est assez lourde si on l'interprète strictement : elle supposerait l'existence de mécanismes de remboursement, par compensation ou autrement, des sommes versées aux médecins concernés en application du régime d'assurance-santé. Ce n'est pas l'approche retenue au Québec où la LAM prévoit plutôt une modalité de remboursement au patient des sommes qu'il a déboursées alors que celles-ci ne pouvaient être réclamées par le médecin, ainsi qu'une procédure de recouvrement de ces sommes, majorées de frais, auprès du médecin. Le médecin perçoit tout de même le paiement auquel il a droit en vertu du régime ce qui, au premier abord, paraît ne pas être conforme à l'article 18 de la LCS. À moins de procéder à une analyse extrêmement fine du cadre normatif du régime des provinces auxquelles ont été imposées, ces dernières années, des sanctions au chapitre de la surfacturation, il est difficile de déterminer dans quelle mesure des mécanismes, comme celui du Québec, qui seraient jugés substantiellement semblables à celui qui paraît être exigé par la LCS par les instances fédérales d'application de celle-ci, seraient considérés suffisants.

**Pour ce qui est des frais modérateurs**, l'approche retenue par la LCS est un peu différente de la précédente. Elle rend suspect le paiement de toute somme en sus de celle que le régime d'assurance-santé prévoit pour la prise en charge de services de santé assurés. L'article 19 de la LCS prévoit :

**19.** (1) Une province n'a droit, pour un exercice, à la pleine contribution pécuniaire visée à l'article 5 que si, aux termes de son régime d'assurance-santé, elle ne permet pour cet exercice l'imposition d'aucuns frais modérateurs.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux frais modérateurs imposés pour l'hébergement ou les repas fournis à une personne hospitalisée qui, de l'avis du médecin traitant, souffre d'une maladie chronique et séjourne de façon plus ou moins permanente à l'hôpital ou dans une autre institution.

L'interdiction vise à la fois les services hospitaliers et les services médicaux et dentaires, au sens de ces expressions dans la LCS. Elle prescrit que le régime d'assurance-santé d'une province ne doit pas permettre que puissent être réclamés des frais modérateurs. Cette prescription sous entend non seulement que les normes qui régissent le régime provincial interdisent un telle réclamation mais elle signifie aussi, même en supposant l'existence d'une interdiction législative ou réglementaire à cet effet, que des frais soient tout simplement réclamés et, vraisemblablement, défrayés par une personne qui a reçu des services de santé assurés. Au contraire, toutefois, de ce qui est prévu pour la surfacturation des services médicaux, le régime provincial n'a pas à incorporer un système de remboursement puisque l'interdiction énoncée par la LCS concerne tous les frais modérateurs qui peuvent être réclamées par toute personne, que ce soit, par exemple, par un établissement de santé ou par le gestionnaire d'une clinique privée.

Pour être qualifiées de frais modérateurs, les sommes perçues doivent l'avoir été à propos de services de santé assurés. L'interprétation de cette règle d'apparence simple n'est absolument pas évidente, notamment parce que son objet, les services de santé assurés, est, comme il a été amplement démontré plus haut, imprécis.

L'alinéa 9 de l'article 22 de la LAM interdit à toute personne d'exiger ou de recevoir tout paiement d'une personne assurée pour un service, une fourniture ou des frais accessoires à un service assuré, à moins qu'ils ne soient autorisés dans une entente de rémunération visée à l'article 19 de cette loi. À titre d'exemple, les frais ainsi autorisés dans l'entente de rémunération des médecins omnipraticiens s'appliquent aux médicaments et aux agents anesthésiants utilisés lors de la prestation de services médicaux assurés en cabinet privé. La liste est limitative et, en conséquence, un médecin omnipraticien ne pourrait

réclamer de son patient le coût de champs stériles utilisés lors d'une intervention tout comme il ne pourrait réclamer une compensation pour la présence d'une infirmière assistante lors de la prestation de soins médicaux assurés [voir l'interprétation de la FMOQ à ce sujet : <http://www.fmoq.org/Documents/MedecinDuQuebec/janvier-2007/085-086QBE0107.pdf>]. Comme c'est le cas en matière de surfacturation, la LAM prévoit le remboursement des sommes perçues en contravention avec cette disposition et prévoit un mécanisme de recouvrement.

Au sens étroit, les frais accessoires autorisés par la LAM peuvent être considérés comme des frais modérateurs au sens de la LCS puisqu'ils sont directement rattachés à la prestation d'un service de santé assuré. Il en irait de même des frais exigés pour la constitution ou la conservation du dossier médical que le médecin doit établir pour chacun de ses patients ou des frais de prise de rendez-vous quoique, dans ce dernier cas, ils ne soient pas directement liés à la prestation par le médecin d'un service assuré. Ce qui paraîtrait justifier les frais autorisés par la LAM c'est le fait que les substances visées ne soient couvertes par aucun régime public d'assurance à moins qu'elles n'aient été obtenues par le patient dans le cadre de la LAME. Ces substances étant fournies en cabinet privé, elles ne sont évidemment pas visées par la LAH et bien qu'elles soient indissociables de l'acte médical par lequel elles sont administrées, elles ne sont pas considérées intégrées à celui-ci.

Cet argument est relativement fragile puisque les actes médicaux posés en cabinet privé par des médecins participants au régime d'assurance maladie comportent tous, à divers degrés, le recours à des biens ou à des services dont la gratuité n'est pas acquise autrement qu'en déterminant qu'ils sont intrinsèquement liés à ces actes. L'extension de la notion de frais accessoires autorisés par la LAM à ces biens ou services, en supposant que le champ, même étroit, déjà prévu par les ententes soit compatible avec les exigences de la LCS, pourrait emporter qu'ils soient, de fait, des frais modérateurs.

Suivant l'interprétation élargie donnée au terme « *hôpital* » par la ministre fédérale de la Santé et du Bien-être social dans sa lettre de janvier 1995 [disponible à : <http://www.hc->

[sc.gc.ca/hcs-sss/medi-assur/interpretation/index\\_f.html](http://sc.gc.ca/hcs-sss/medi-assur/interpretation/index_f.html)], les services analogues à ceux offerts dans un hôpital, au sens étroit, dispensés dans tout autre lieu doivent être considérés comme des services hospitaliers au sens de la LCS et sont, en conséquence, des services de santé assurés. Lorsqu'un régime provincial prévoit la rémunération des médecins qui dispensent, dans un cabinet privé, des services médicaux assurés, il doit, suivant cette interprétation, également prévoir que l'ensemble des services associés à ces derniers soit pris en charge par le régime public d'assurance sans quoi les sommes perçues des patients à titre de services connexes seront qualifiées de frais modérateurs. La ministre visait alors la perception, autorisée par une province, explicitement ou, en l'absence de prohibition, implicitement, de sommes pour des frais dits d'établissements lorsque certains services médicaux assurés étaient dispensés dans des cliniques privées. Ces frais sont ceux destinés à couvrir le coût de maintien des équipements, des plateaux techniques et de certains personnels professionnels nécessaires à la prestation de soins spécialisés de même nature que ceux qui peuvent être dispensés dans un hôpital, au sens courant de ce terme. Dès lors, selon le point de vue retenu par la ministre, ils devraient être inclus dans l'enveloppe des « *services hospitaliers* » définie par la LCS et être pris en charge par les régimes provinciaux d'assurance-santé.

C'est dire que si une province prend en charge le coût des services médicaux en cabinet privé, elle doit prendre en charge, comme le précise la ministre, « *le paiement des services (hospitaliers) connexes associés à la prestation de ces services* ». L'interdiction relative aux frais modérateurs porterait ainsi non seulement sur ce qui est intrinsèque à la prestation du service médical assuré en tant que tel mais également à ce que la prestation requiert pour être exécutée. À l'exception des frais accessoires autorisés par entente, les prescriptions de la LAM sont suffisantes pour satisfaire l'interprétation large que suggère la LCS en matière de frais modérateurs.

La LAH, pour sa part, ne comporte pas de disposition explicite relative aux frais qui seraient qualifiés de modérateurs mais, en disposant que les services qui y sont désignés doivent être dispensés gratuitement, elle énonce implicitement l'illégalité de la perception auprès de l'utilisateur de toute somme relative à ces services. C'est plutôt l'interprétation du

contenu ou de l'étendue de chacun de ces services qui peut donner ouverture à la facturation de frais : si les frais sont perçus pour des biens ou services qui ne peuvent être rattachés à ceux prévus au règlement d'application de la LAH, il ne peut alors s'agir de frais modérateurs. L'exemple le plus élémentaire est celui des frais reliés à l'usage d'un téléphone lorsqu'un patient est hospitalisé. Il s'en trouve, toutefois, qui ne sont pas aussi évidents, comme les frais qui découleraient du choix d'un usager d'obtenir une prothèse procurant un degré de confort plus élevé que celle mise gratuitement à sa disposition dans le cadre du régime d'assurance hospitalisation.

Il reste à examiner le troisième dispositif de la LCS : celui portant sur l'imposition de sanctions.

*c) Les régimes de sanctions prévus à la Loi canadienne sur la santé*

La LCS prévoit deux régimes de sanctions des contraventions à ses dispositions. L'un repose sur l'exercice de vastes pouvoirs discrétionnaires du ministre de la Santé et de celle du gouvernement du Canada: il vise les cinq conditions générales analysées plus haut. L'autre découle de la loi seule mais son application repose aussi, au moins partiellement, sur la discrétion du ministre de la Santé : il vise l'interdiction de surfacturation et de perception de frais modérateurs.

**Le premier régime** est décrit aux articles 14 à 17 de la LCS, qu'il n'est pas utile de reproduire ici. Sa mise en œuvre dépend, dans un premier temps, de l'initiative du ministre, sans doute sur la base d'informations qu'il aura obtenues selon les mécanismes prévus par la loi [voir, à ce sujet : [Règlement concernant les renseignements sur la surfacturation et les frais modérateurs](#), D.O.R.S./86-259], de consulter le ministre de la province pour laquelle il estime qu'elle ne satisfait pas aux conditions prévues aux articles 8 à 12 de la LCS ou qu'elle n'a pas accompli les obligations de rapport prévues à l'article 13. Si la consultation ne conduit pas, de l'avis du ministre, à un engagement suffisant de la province de remédier au défaut observé par celui-ci, il peut alors, à sa

discrétion, renvoyer le dossier au gouverneur en conseil, c'est-à-dire, en mots courants, au gouvernement du Canada.

La LCS prévoit en outre que le ministre peut passer outre à l'obligation de consulter son homologue de la province concernée s'il « *conclut à l'impossibilité d'obtenir cette consultation malgré des efforts sérieux déployés à cette fin au cours d'un délai convenable* ». Rien dans la LCS ne détermine quelle doit être la durée de la consultation, celle requise pour l'obtenir ou celle du délai de mise en place des mesures provinciales pour remédier à la situation. L'ensemble du processus est strictement de nature administrative et laissé à l'initiative du ministre. Ce dernier doit sans doute agir en conformité avec sa responsabilité de voir à la bonne application de la LCS mais, comme on le verra plus bas, l'appréciation de sa conduite à cet égard relève strictement du Parlement du Canada.

Le ministre doit, avant de renvoyer le dossier au gouvernement du Canada, faire tenir au ministre de la province concernée un avis et doit faire rapport à celle-ci dans un délai de quatre vingt dix jours après, le cas échéant, avoir requis de celle-ci, dans le cadre de discussions bilatérales, des informations supplémentaires sur la situation visée. De plus, le ministre doit, à la demande de la province, tenir « *une réunion dans un délai acceptable afin de discuter du rapport* ». Ici encore, la durée des délais, sauf en ce qui concerne l'obligation du ministre de faire rapport à la province, est laissée au libre arbitre de celui-ci.

C'est au terme de cette seconde étape que le gouvernement du Canada, peut être saisi du dossier. Il lui revient également de déterminer, à sa discrétion mais de toute évidence sur avis en ce sens du ministre, s'il y a eu violation des conditions de la LCS tout comme il peut déterminer, à sa discrétion, la teneur de la sanction ou, après l'avoir imposée par voie de décret, annuler ou modifier ce décret « *s'il l'estime justifié dans les circonstances* ».

**Le second régime** est prévu par l'article 20 de la LCS. Il s'applique aux situations où une province ne se serait pas conformée aux exigences de la loi en matière de surfacturation ou de frais modérateurs. Son dispositif est le même dans l'un et l'autre cas :

**20.** (1) Dans le cas où une province ne se conforme pas à la condition visée à l'article 18, il est déduit de la contribution pécuniaire à cette dernière pour un exercice un montant, déterminé par le ministre d'après les renseignements fournis conformément aux règlements, égal au total de la surfacturation effectuée par les médecins ou les dentistes dans la province pendant l'exercice ou, si les renseignements n'ont pas été fournis conformément aux règlements, un montant estimé par le ministre égal à ce total.

Le critère justifiant la prise des mesures visées par ce régime est objectif : dès lors qu'une province ne se conforme pas aux dispositions concernées, il doit y avoir une déduction de la contribution pécuniaire fédérale. Seul le calcul du montant de cette déduction permet l'exercice par le ministre d'une certaine discrétion encore que celle-ci soit au moins partiellement liée aux renseignements fournis par la province à cet égard. Dans tous les cas, le ministre doit toutefois, avant d'arrêter le montant de la déduction, consulter celui de la province concernée.

Malgré l'apparence que ce régime ne laisse qu'une faible part de discrétion au ministre, il faut préciser que ce dernier détient toujours la discrétion d'initier sa mise en œuvre et qu'il dispose à cette fin de la même marge de manœuvre juridique que toute personne chargée de l'application de la loi.

Il peut être intéressant de relever que l'imposition d'une sanction au titre de la surfacturation ou des frais modérateurs n'empêche pas que le Gouvernement du Canada puisse aussi prendre un décret en application du premier régime de sanction lorsque la non-conformité au second permet de constater, selon les règles du premier régime, un non-conformité à ce dernier.

Enfin, l'application de ces deux régimes doit annuellement faire l'objet d'un rapport du ministre au Parlement comme le prévoit l'article 23 de la LCS. Cette exigence est



évidemment imposée par la nature des pouvoirs exercés par le ministre et par le principe de la responsabilité de celui-ci devant le Parlement pour les fonctions qu'il exerce.

La question des sanctions prises en application de la LCS a fait l'objet de nombreuses controverses dans de nombreux milieux. Ces controverses sont clairement de nature politique, au sens large de cette expression et il n'y pas lieu de leur faire écho dans ce texte. Toutefois, il est opportun de rappeler que la vérificatrice générale du Canada, dans un rapport de 1999 puis dans celui de 2002, a exprimé à ce sujet des critiques assez sévères. [voir : <http://www.oag-bvg.gc.ca/domino/rapports.nsf/html/20020903cf.html> et <http://www.oag-bvg.gc.ca/domino/rapports.nsf/html/9929cf.html> ]

La plupart de ces critiques on porté sur l'insuffisance par Santé Canada de la surveillance de la conformité des régimes et pratiques des provinces ainsi que sur la faiblesse des données colligées par ce ministère aux fins de déterminer s'il y avait non-conformité. En outre, la vérificatrice générale a soulevé et réitéré que, lorsque ces cas de non-conformité étaient relevés, la résolution des problèmes requérait une trop longue période. Le rapport de 2002, révélait que onze cas étaient en suspens depuis au moins cinq ans sur les quatorze identifiés en 1999 (par. 3.60). De plus, la vérificatrice générale relevait que « *le gouvernement fédéral n'avait jamais imposé de sanctions discrétionnaires pour les cas de non-respect des conditions d'octroi prévues à la Loi* » (par. 3.66).

Dans le plus récent rapport annuel du ministre de la Santé au Parlement du Canada, celui de 2005-2006, [disponible à : [http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/pubs/cha-lcs/2005-cha-lcs-ar-ra/index\\_f.html](http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/pubs/cha-lcs/2005-cha-lcs-ar-ra/index_f.html) ] il est fait mention que, pour cette année :

Des déductions au titre du Transfert canadien en matière de santé de mars 2006 ont été appliquées à la Colombie-Britannique pour la surfacturation pratiquée et les frais exigés des patients à des cliniques de chirurgie en 2003-2004. Ces déductions ont été de 29 019 \$, en fonction des frais indiqués à Santé Canada par la province.

Un rajustement positif ponctuel de 8 121 \$ en faveur de la Nouvelle-Écosse a été appliqué au TCS de 2006 afin de faire concorder les sommes effectivement exigées sous forme de surfacturation et de frais d'utilisation à une clinique privée avec les pénalités déjà imposées sur la base des estimations de la province pour l'exercice financier 2003-2004.

Le rapport fait de plus état de l'historique des déductions et des remboursements en vertu de la LCS. Sauf pour la période transitoire de 1984 à 1987, le rapport évalue qu'en date de mars 2005, des déductions totales de 8 853 076\$ ont été appliquées aux provinces depuis l'entrée en vigueur de la LCS. Ces déductions n'ont porté que sur des contraventions en matière de surfacturation et de frais modérateurs.

En septembre 2004, la Cour fédérale du Canada rendait jugement dans l'affaire *Syndicat canadien de la fonction publique c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CF 1334. Le recours à l'origine du jugement recherchait une déclaration judiciaire sur le fait que le ministre de la Santé n'exerçait pas les fonctions qui lui sont imposées par la LCS en alléguant qu'il ne surveillait pas adéquatement le respect des exigences prévues par celle-ci et qu'il ne faisait pas dûment rapport de son application au Parlement. On lui reprochait plus particulièrement qu'il n'examinait pas la mesure dans laquelle les régimes provinciaux d'assurance-santé satisfaisaient aux conditions d'octroi énoncées aux articles 8 à 12 de la LCS de même qu'à son article 13

Après avoir longuement décrit la preuve que les deux parties ont soumise et qui conduisait, de manière assez prévisible, à des conclusions contradictoires sur l'exercice de la discrétion du ministre en matière d'application de la LCS, la cour écrit :

[39] Comme l'a exprimé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources)*, précité, aux pages 90-91, l'examen de la justiciabilité consiste :

... d'abord et avant tout, en un examen normatif de l'opportunité pour les tribunaux, sur le plan de la politique judiciaire constitutionnelle, de trancher une question donnée ou, au contraire, de la déferer à d'autres instances décisionnelles de l'administration politique [...] Il existe tout un éventail de questions litigieuses exigeant l'exercice d'un jugement judiciaire pour déterminer si elles relèvent à bon droit de la compétence des tribunaux. Finalement, un tel jugement dépend de l'appréciation par le judiciaire de sa propre position dans le système constitutionnel.

[40] En ma qualité de membre de l'appareil judiciaire, j'estime que même si la présente demande soulève d'importantes questions, elles sont

intrinsèquement de nature politique, et c'est devant un forum politique et non devant les tribunaux qu'elles doivent être examinées.

Puis, reprenant les deux principales prétentions au soutien du recours, savoir que le ministre ne présentait pas au Parlement les informations suffisantes pour que soit appréciée l'application de la LCS et que le gouvernement du Canada avait négligé d'adopter les règlements qui imposeraient aux provinces de fournir les données appropriées pour que ces informations soient disponibles, la cour concluait :

[42] L'obligation du ministre de faire rapport annuellement au Parlement de la mesure dans laquelle les provinces satisfont aux conditions établies par la Loi est claire. C'est au ministre qu'il revient de déterminer ce qui constitue « tous les renseignements pertinents » à inclure pour satisfaire à l'obligation de rendre compte, après consultation avec les provinces, et cette détermination fait intervenir des questions de principe et de politique dont il n'appartient pas aux tribunaux de fixer les paramètres. Le ministre est responsable devant le Parlement de la portée et de l'exactitude des renseignements contenus dans le rapport. Je conviens avec le défendeur que le créancier de l'obligation énoncée à l'article 23 est le Parlement et non les demandeurs ou le public en général, même si l'obligation de présenter un rapport annuel contribue certainement au débat public sur la question. Tout recours relatif à l'accomplissement de l'obligation imposée à l'article 23 relève donc du Parlement et non des tribunaux.

[43] L'argument des demandeurs selon lequel les provinces décident de la nature et de la substance des renseignements qu'elles fournissent au ministre fédéral repose, selon moi, sur la contestation sous-jacente du fait que le gouverneur en conseil n'a pas pris de règlement prescrivant les renseignements qu'elles doivent fournir au sujet de leur régime d'assurance-santé. Un tel argument ne saurait fonder la justiciabilité d'une question. Les tribunaux n'ont pas à se prononcer sur l'absence de règlement, car la LCS n'oblige pas le ministre à en proposer ni le gouverneur en conseil à en prendre. Le pouvoir réglementaire conféré par l'alinéa 22(1)c) est d'ordre strictement permissif et non obligatoire.

[44] Pour ce qui est de l'argument des demandeurs reprochant au ministre et à ses prédécesseurs de ne pas avoir pris de mesures d'application en vertu des articles 14 et 15 de la LCS, il s'agit encore là, à mon avis, d'une question non justiciable. En effet, le processus par lequel le ministre entreprend une enquête puis transmet un avis relatif à un problème portant sur un cas possible de non-respect de la LCS par la province est un processus de nature politique orienté vers des programmes, qui mène à la prise d'une décision discrétionnaire, savoir : déterminer s'il convient de retenir en totalité ou en partie le financement fédéral des soins de santé. Comme le juge en chef Scott l'a affirmé dans la décision *Lexogest Inc.*,

précitée, à la p. 542, les conséquences du non-respect des exigences de la LCS sont prévues par la Loi elle-même et sont de nature politique

Le jugement rendu dans cette affaire s'inscrit dans le droit fil de plusieurs autres, comme ceux rendus dans les affaires *Cameron*, *Drew* et *Lexogest*, qui concluent que les questions d'interprétation de la LCS ne sont pas du ressort des tribunaux lorsqu'elles émanent de personnes qui sollicitent des déclarations de non-conformité de normes ou de pratiques provinciales. La jurisprudence sur ce sujet est donc constante.

Mais elle ne signifie pas que tout litige portant sur la LCS soit hors de portée des tribunaux. Puisque l'absence d'intervention des instances fédérales ne peut fonder quelque recours utile, la seule hypothèse possible, encore que tout à fait théorique, est celle par laquelle une province, qui se verrait imposer une réduction de la contribution pécuniaire qui lui est acquise et qui serait en désaccord avec cette décision, entreprendrait de la contester devant un tribunal. Le recours serait certainement recevable et la question, pour reprendre un néologisme de la langue juridique, justiciable. Toutefois, ce sont les motifs de contestation qui, dans un tel cas, poseraient problème parce que l'étendue des pouvoirs discrétionnaires des instances fédérales est telle que seule la démonstration de leur usage impropre autoriserait une intervention judiciaire, ce qui, au regard de l'économie générale du droit administratif canadien, reste un phénomène plutôt exceptionnel.

Le caractère essentiellement politique de toutes les questions soulevées par la LCS, qu'il s'agisse de son interprétation ou de son application invite à conclure qu'il est somme toute inconcevable qu'une province entreprenne un tel recours. Non pas parce qu'elle ne disposerait pas des preuves et arguments suffisants pour obtenir gain de cause, à l'une ou l'autre des niveaux du système judiciaire canadien, mais bien parce que les questions qui seraient débattues devant les juges seraient immédiatement relayées dans l'espace public. Comme tenu de la portée symbolique de la LCS, la province qui contesterait judiciairement l'interprétation de celle-ci par les instances fédérales serait aussitôt perçue comme voulant se soustraire aux objectifs généraux de cette loi.

## CONCLUSION

Pour des raisons qui découlent probablement de la nature du fédéralisme canadien et de l'objet même sur lequel porte la *Loi canadienne sur la santé*, il est, à toutes fins utiles, impossible d'abstraire celle-ci des enjeux politiques et sociaux que son interprétation et son application suscitent. Il ne serait d'ailleurs pas exagéré de poser que cette loi du Canada a acquis, dans la sphère publique, un statut que l'on ne reconnaît généralement qu'aux documents constitutionnels et, surtout, à ceux qui expriment les libertés et droits fondamentaux de la personne.

L'objet de ce texte, comme il a été écrit en introduction, n'était pas celui d'analyser la LCS comme vecteur d'affirmation des politiques, canadiennes ou provinciales, en matière de santé. Il n'était pas davantage celui d'observer comment cette loi, dont il ne fait aucun doute que le fondement constitutionnel est étroit et limité, pouvait être invoquée dans l'expression d'arguments idéologiques portant sur telle ou telle autre caractéristique des systèmes de santé des provinces qui seraient évalués à l'aulne d'un système national ayant pour seule fonction d'énoncer des principes généraux sans assumer la responsabilité de l'organisation et du fonctionnement des institutions destinées à dispenser les services que ces systèmes exigent.

On peut sans doute affirmer que le statut politique de la LCS masque presque entièrement son statut législatif. Isoler ce dernier pour chercher à donner aux règles juridiques énoncées par la LCS le sens qui soit le plus approprié à leur nature intrinsèque est d'autant difficile que les tribunaux canadiens ont généralement refusé de statuer sur les questions d'interprétation qui leur ont été soumises. La jurisprudence est à cet égard constante et cohérente. Les rares éclairages judiciaires qui ont été fournis sur la portée de certaines dispositions de la LCS ne l'ont été que parce que des provinces avaient choisi d'incorporer celle-ci dans leurs propres textes législatifs.

La position des tribunaux est fondée sur deux prémisses. D'une part, celle de la compétence exclusive des provinces de légiférer sur la plupart des aspects relevant des services de santé offerts à leurs citoyens et tout particulièrement sur les régimes publics d'assurance de ces services. D'autre part, celle des mécanismes d'application de la LCS dont la teneur est tributaire de la qualification constitutionnelle de celle-ci. En filigrane de ces prémisses, l'on devrait sans doute conclure que la LCS ne confère aux individus aucun droit dont ils pourraient se prévaloir pour obtenir que leur province de résidence adopte les mesures destinées à leur donner accès aux services de santé, quelque soit l'étendue de cette dernière expression, qui seraient conformes à la LCS. Les arbitrages qu'exigent semblables revendications ne sont pas d'ordre juridique, tout au moins s'ils se fondent sur la comparaison entre les exigences de la LCS et l'action, voire plus encore l'inaction, normative des provinces.

Ce n'est toutefois pas dire que la LCS ne peut infléchir les choix normatifs des provinces en raison, précisément, du caractère éminemment politique que chaque décision des autorités publiques revêt. Dans le cas du Québec, qui n'a pas souscrit à certaines initiatives des autres provinces et du gouvernement canadien, que ce soit en matière de règlement des différends découlant de la LCS ou à propos de l'Entente cadre sur l'union sociale, ce sont les énoncés politiques en matière de services de santé qui sont soumis au débat public. Leur traduction juridique est, dans cet environnement, plutôt accessoire et l'on pourrait même affirmer que la légalité formelle des normes adoptées, qu'elles soient législatives ou réglementaires, n'exerce pas un effet de persuasion très fort sur la perception que les politiques qui en sont à l'origine seraient plus ou moins légitimes.

Il reste que la LCS, pour toutes les raisons évoquées plus haut, n'est pas sans causer de tensions dans le champ de compétence formel des provinces en matière de services de santé. L'imprécision de plusieurs de ses concepts, comme celui de « *médicalement nécessaire* », d'« *accès raisonnable* » et d'« *hôpital* » pour ne mentionner que ceux-ci, exige sans doute des instances provinciales un degré de vigilance assez élevé pour éviter les allégations de non-conformité.

L'analyse qui a conduit à la rédaction de ce texte ne comportait pas l'exigence que la conformité des normes québécoises à la LCS soit évaluée. Telle exigence aurait été, de toute manière, impossible à satisfaire et assez peu opportune. Il demeure que des zones de tension peuvent être identifiées.

Par exemple, le fait que l'article 69 de la LAM accorde au gouvernement du Québec une vaste discrétion dans la détermination de services médicaux qui ne doivent pas être considérés assurés, y compris lorsqu'ils pourraient être requis du point de vue médical, pourrait ne pas être entièrement compatible avec la condition d'intégralité de la LCS, notamment lorsque cette détermination est fondée sur l'exclusion de certaines catégories de personnes assurées ou lorsqu'elle est fonction du lieu de dispensation des services. Dans ce dernier cas, au surplus, les divergences d'interprétation sur la définition d'un hôpital, au sens de la LCS, peuvent contribuer à exacerber les tensions.

Dans la même logique, s'il est vrai que la LCS ne peut, au sens strict, infléchir la liberté des professionnels soumis à la LAM de s'y soustraire, elle pourrait implicitement, au chapitre de la condition d'accessibilité, exiger que les normes québécoises limitent l'exercice de cette liberté, ce qui est toutefois prévu au texte actuel. De même, le fait que la LAM autorise que certains frais accessoires aux services médicaux assurés puissent être réclamés auprès des usagers lorsque les ententes entre les organismes représentatifs des médecins et le ministre y pourvoient, doit être apprécié au regard de l'interdiction de perception de frais modérateurs.

Ces exemples n'épuisent sans doute pas la liste des situations envisagées par les normes législatives ou réglementaires québécoises dont on pourrait prétendre qu'elles s'écartent des balises fixées par la LCS. Aucune de ces situations ne peut être correctement qualifiée sans avoir été appréciée dans son contexte propre au terme d'analyses fines.

Mais toute démarche de ce type devient presque impossible lorsqu'il s'agit de calibrer les zones laissées ouvertes par la LCS. La postulat de départ est assez simple : les provinces sont entièrement libres, sous réserve des droits constitutionnels de leurs citoyens, de

légiférer comme elles l'entendent pour tout ce qui est exclu du champ d'application de la LCS. Cette proposition est juridiquement sûre et elle a été confirmée par la Cour suprême du Canada non pas pour prétendre que les provinces ne disposaient pas de la même souveraineté pour ce qui est des services de santé assurés au sens de la LCS mais pour indiquer le plus clairement possible les limites de cette dernière.

Les provinces peuvent donc étendre leurs régimes d'assurance-santé au-delà de ce que la LCS envisage. Elles ont également toute la compétence juridique de ne pas agir en ce sens tout comme elles ont celle de diminuer des avantages consentis. Le choix politique de diminuer la couverture de services de santé qui ne sont pas visés par la LCS mais qui seraient actuellement pris en charge par la LAM ou par la LAME n'est pas limité par des contraintes d'ordre juridique mais bien par l'appréciation des risques politiques.

De même en irait-il du choix politique d'intervenir fiscalement pour rehausser la capacité des régimes publics d'assurance d'assumer le coût des services assurés, que ceux-ci tombent dans le champ d'application de la LCS ou non. Ce choix, qui pourrait être cependant partiellement infléchi par la condition d'accessibilité de la LCS, ne porte pas tant sur le recours à cette technique de financement que sur ses modalités. Son expression juridique suppose, dans tous les cas de figure, que les énoncés politiques préalables soient socialement recevables. Il n'en va pas autrement du choix d'autoriser des régimes privés d'assurance duplicative pour le financement d'activités de prestations de services de santé en marge de la LAM ou de la LAH, même si ceux-ci devaient être étendus à des circonstances autres que celles analysées dans l'arrêt *Chaoulli*.

Mais, en matière de financement des services de santé, l'enjeu juridique qui est peut-être le plus préoccupant, ne découle pas de la LCS. Le jugement rendu dans l'affaire *Association pour l'accès à l'avortement c. Québec (Procureur général)*, 2006 QCCS 4694, a conclu à la responsabilité civile du gouvernement du Québec pour ne pas avoir pourvu au financement adéquat des cabinets privés dans lesquels étaient fournis des avortements avec pour conséquence que les gestionnaires de ceux-ci, en contravention avec la LAM, ont perçu des frais accessoires de patientes qui y avaient obtenu des



avortements dont le coût était par ailleurs pris en charge par le régime d'assurance-maladie. Dans ce jugement qui n'a pas été porté en appel malgré que les conclusions qu'il énonce puissent paraître étonnantes, la cour écrit :

101 Le Tribunal partage l'opinion du Procureur général lorsqu'il affirme que le MSSS peut décider de ses orientations politiques, que le pouvoir d'élaborer des orientations est de nature politique qui ne peut constituer une source de droit pour un tiers et ne peut faire l'objet d'une sanction judiciaire.

104 Le Gouvernement du Québec, conservant toujours le pouvoir d'amender ou d'abroger les lois, ne peut prendre de décisions politiques qui ont comme conséquences de faire en sorte qu'elles ne soient pas respectées ou qu'elles soient contournées, que ce soit par l'État ou ses citoyens.

105 L'État ne peut, pour des raisons politiques ou économiques, prendre des mesures qui amènent des organismes qu'il a créés et dont il dicte la conduite, de pouvoir contourner les lois ou à permettre la mise en place de systèmes qui y contreviennent.

106 Les citoyens ne peuvent faire indirectement ce que la loi leur interdit; il en est ainsi pour l'État. Permettre aux cliniques privées d'exiger des frais supplémentaires pour des services assurés, et ce en sachant qu'il y va de leur survie, érige en système, ce que la loi interdit.

S'ensuivent une série de conclusions qui retiennent la responsabilité civile du gouvernement du Québec d'indemniser directement les femmes concernées même si celles-ci avaient disposé, en vertu de la LAM, d'un moyen utile pour obtenir un remboursement et qu'elles avaient choisi de ne pas y avoir recours.

Il n'y a pas lieu ici de commenter ce jugement sauf à souligner qu'il impose au gouvernement du Québec d'appliquer ses lois ou d'assumer la responsabilité de ne pas le faire lorsqu'il en résulte un dommage pour ses citoyens. Certes les faits à l'origine du litige sont assez particuliers et la preuve du comportement des instances étatiques révélait des comportements suspects mais il reste que la proposition initiale a une portée considérable sans même en extrapoler les effets. Aussi, on pourrait conclure que le défaut du gouvernement de financer adéquatement les services assurés, dans le cadre d'ententes contractuelles visés à l'article 19 de la LAM, constituait également une faute du gouvernement puisqu'il conduit à des pratiques illégales qu'il a choisi de ne pas réprimer.

Le jugement rendu est d'autant innovant que, peu de temps auparavant, la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Cilinger c. Québec (Procureur général)*, [2004] R.J.Q. 2943, maintenait la décision de la Cour supérieure de soustraire le gouvernement du Québec d'un recours collectif visant le paiement de dommages à des femmes atteintes d'un cancer du sein au motif que ces dommages résultaient du défaut des établissements de santé de leur prodiguer les soins requis en temps utile parce qu'ils ne disposaient pas de budgets suffisants pour le faire. La cour a alors retenu que les tribunaux ne pouvaient s'immiscer dans les choix politique de l'État, réitérant un principe bien établi par la jurisprudence.

La réponse à la question de savoir si le jugement de la Cour supérieure de 2006 marquera une tendance jurisprudentielle est tout à fait prématurée. Mais ce jugement invite d'autant à la réflexion qu'il repose au moins partiellement sur des faits qui avaient fait l'objet de demandes de renseignements du ministère canadien de la Santé en application des critères de la LCS.

Quoique que celle-ci ne soit pas, comme on l'a souligné, justiciable et quoiqu'elle ait une portée constitutionnelle limitée qui ne devrait pas affecter la compétence constitutionnelle du Québec en matière de financement des services de santé, elle ne peut simplement être reléguée au rôle que son statut de loi fiscale lui impartit.

---