

Hôpital intercantonal Riviera – Chablais (HIRC)

Structure de droit public ou structure de droit privé – avantages et inconvénients

Plan du rapport

1. Origine et but du rapport

2. Contexte général de l'étude

- 2.1. L'état actuel des législations sanitaires vaudoise et valaisanne
 - 2.1.1. Législation sanitaire vaudoise
 - 2.1.2. Législation sanitaire valaisanne
 - 2.1.3. Résumé
- 2.2. Le cadre de planification posé par la LAMal
- 2.3. Hôpitaux publics et hôpitaux privés – privatisation des hôpitaux publics ?
- 2.4. Perspectives de révision de la LAMal dans le domaine hospitalier
- 2.5. Tendances et situation actuelles en matière d'organisation hospitalière
 - 2.5.1. Tendances actuelles en matière d'organisation hospitalière
 - 2.5.2. Situation actuelle au niveau de la forme d'organisation des hôpitaux publics

3. Evolution des structures hospitalières dans la future zone desservie par l'HIRC

- 3.1. Evolution des structures hospitalières dans les secteurs Riviera et Chablais
 - 3.1.1. Hôpitaux de la Riviera
 - 3.1.2. Hôpital du Chablais
- 3.2. Naissance et stade actuel du projet HIRC

4. Critères déterminant le choix d'une structure juridique

- 4.1. Point de départ : la structure suit la fonction
- 4.2. La fonction de l'HIRC : conséquences pour le choix d'une structure juridique

5. Formes juridiques entrant en ligne de compte

- 5.1. Forme de droit public et formes de droit privé
 - 5.1.1. Possibilités théoriques
 - 5.1.2. Association (60 CC)
 - 5.1.3. Autres formes
- 5.2. Structures portées par des sociétaires et structures basées sur un patrimoine
- 5.3. Vue d'ensemble et premier choix

6. Avantages et inconvénients

- 6.1. Avantages et inconvénients d'une structure de droit public (établissement autonome ou fondation de droit public)
- 6.2. Avantages et inconvénients d'une structure de droit privé (société anonyme ou fondation de droit privé)
- 6.3. Importance de la définition du détenteur du contrôle et des modalités de son exercice pour le statut de l'hôpital
 - 6.3.1. Rôle des cantons par rapport à l'HIRC
 - 6.3.2. Possibilité d'agir par le biais d'une société simple
- 6.4. Discussion des avantages et des inconvénients
 - 6.4.1. Création des bases de la collaboration hospitalière intercantonale
 - 6.4.1.1. Démarche préalable
 - 6.4.1.2. Intervention des parlements cantonaux
 - 6.4.1.3. Convention intercantonale
 - 6.4.2. Constitution de l'entité nouvelle
 - 6.4.3. Transfert des biens
 - 6.4.4. Rapport avec les autorités des deux cantons
 - 6.4.5. Représentation des cantons au sein des organes de l'HIRC
 - 6.4.5.1. Droit de la SA révisé
 - 6.4.5.2. Délégation de représentants de l'Etat dans un Conseil d'administration
 - 6.4.6. Financement de l'HIRC
 - 6.4.7. La construction du nouveau site de soins aigus
 - 6.4.8. La variante de la société d'exploitation

7. Conclusions

8. Recommandation concernant le processus de réalisation du projet HIRC

Annexes

1. Origine et but du rapport

Le présent rapport a été établi à la suite du mandat octroyé à Me Pierre Boillat par les Services de santé publique des cantons du Valais et de Vaud, mandat qui s'inscrit dans le cadre de la création d'un hôpital intercantonal couvrant les zones sanitaires Riviera et Chablais.

Le mandataire a été chargé de fournir un document décrivant **les avantages et inconvénients d'une structure de droit public, respectivement d'une structure de droit privé pour le futur Hôpital intercantonal Riviera-Chablais** (ci-après: HIRC). Le document doit notamment tenir compte de l'état des législations sanitaires des deux cantons intéressés, de l'histoire propre à chacun des deux cantons et de la création récente de l'Hôpital du Chablais, de la dynamique et du calendrier prévu pour la réalisation de l'HIRC et de la dimension politique du dossier au plan cantonal et local. Des éléments comme la situation prévalant dans d'autres cantons suisses dans le domaine de l'organisation hospitalière et les perspectives de l'évolution de la LAMal (projets de révision) doivent être intégrés dans le rapport.

2. Contexte général de l'étude

2.1 L'état actuel des législations sanitaires vaudoise et valaisanne

2.1.1 Législation sanitaire vaudoise

La loi vaudoise du 5 décembre 1978, sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public et des réseaux de soin (LPFES; RSVD 810.01), représente le texte principal applicable à l'organisation hospitalière du canton. D'autres dispositions liées avant tout à l'organisation et à l'autorisation d'exploitation des hôpitaux se trouvent dans la loi sur la santé publique du 29 mai 1985 (LSP; RSVD 800.01) aux articles 144 à 157.

L'article 3, alinéa 1 LPFES, distingue quatre catégories d'établissements sanitaires, soit:

1. les établissements sanitaires cantonaux exploités directement par l'Etat;
2. les établissements sanitaires constitués en institutions de droit public;
3. les établissements sanitaires privés reconnus d'intérêt public;
4. les établissements sanitaires privés qui ne bénéficient pas de la reconnaissance d'intérêt public.

L'alinéa 2 de l'article 3 LPFES ajoute la précision suivante:

"Les trois catégories mentionnées sous chiffres 1, 2 et 3 constituent le réseau des établissements sanitaires reconnus d'intérêt public (ci-après: "les établissements sanitaires d'intérêt public").

Les conditions posées, en vue de la reconnaissance d'intérêt public, sont fixées par l'article 4, alinéa 1 LPFES.

Le financement des établissements sanitaires d'intérêt public est réglé, au plan cantonal, par les articles 25 à 31 LPFES.

Il faut encore relever les dispositions régissant la planification cantonale qui figurent aux articles 18, 22 et 23 LPFES. L'article 22, alinéa 1, lettre a) LPFES, mentionne en particulier la carte des zones et des secteurs sanitaires et l'implantation des établissements sanitaires d'intérêt public.

On signale encore l'existence de la loi sur les hospices cantonaux (LHC) du 16.11.1993 (RSVD 810.11).

Notons enfin que le Conseil d'Etat a soumis au Grand Conseil un rapport sur la politique sanitaire en mars 2004 (document no 171, R. 46/03; ci-après: le Rapport). Ce rapport fait notamment le point sur l'organisation hospitalière en tirant un bilan (p. 36 ss du Rapport) et en abordant les perspectives (p. 45 ss du Rapport). Le rapport mentionne expressément le projet de l'HIRC (p. 50 s. du Rapport).

2.1.2 Législation sanitaire valaisanne

Les bases de l'organisation hospitalière valaisanne se trouvent en principe dans la loi sur la santé du 9 février 1996. Les dispositions de cette loi ont toutefois été modifiées par le décret du 1^{er} février 2002 sur le Réseau Santé Valais, remplacé ensuite par le décret du 4 septembre 2003 sur le Réseau Santé Valais (DRSV; RSV 800.10). La durée du DRSV est limitée car ses dispositions devraient être insérées, au plus tard jusqu'au 1^{er} février 2007, dans la loi sanitaire (art. 18, al. 2 DRSV).

Le DRSV a jeté les bases de la nouvelle organisation hospitalière valaisanne qui repose dorénavant sur l'existence d'un établissement autonome régi par le droit public cantonal qui regroupe en son sein les différents établissements hospitaliers et instituts médico-techniques qui lui sont rattachés. Cet établissement porte le nom de "Réseau Santé Valais" (RSV) et dispose de larges compétences d'organisation et de direction tout en étant tenu de se conformer à la planification sanitaire cantonale (voir art. 4 et 5 DRSV). A terme, le RSV reprendra le patrimoine des différents hôpitaux qui étaient exploités jusqu'ici essentiellement par des associations de communes surtout (voir art. 14 et 15 DRSV).

Le DRSV réserve à plusieurs endroits les dispositions des conventions intercantionales relatives à l'Hôpital du Chablais (art. 5, al. 3, art. 14, al. 4 et art. 15, al. 4, DRSV).

2.1.3 Résumé

Comme on vient de le voir, à l'exception de l'Hôpital de Monthey qui fait partie intégrante de l'HDC, l'ensemble des établissements hospitaliers, sis sur territoire valaisan, sont regroupés dans le Réseau Santé Valais (RSV), qui est un établissement autonome de droit public.

Le RSV a succédé aux associations de communes dans la gestion des hôpitaux publics valaisans.

Les hôpitaux vaudois revêtent, pour leur part, des formes juridiques différentes. Schématiquement, on relève deux catégories d'établissements subventionnés par l'Etat :

- le CHUV, qui relève du droit public, et
- les autres hôpitaux, dont la structure juridique correspond aux formes prévues par le droit privé fédéral et plus précisément le Code civil

2.2 Le cadre de planification posé par la LAMal

Avant l'entrée en vigueur de la LAMal, la planification hospitalière était régie uniquement par le droit cantonal. Le législateur fédéral a modifié cette situation en adoptant des dispositions qui imposent aux cantons une obligation fédérale de planifier le système hospitalier ainsi que certaines règles de planification à respecter (notamment l'établissement d'une liste des hôpitaux).

Un hôpital est admis à pratiquer à charge de l'assurance maladie sociale s'il remplit les conditions posées par l'article 39, alinéa 1, lettres a à e, LAMal. Il s'agit des conditions suivantes:

- a) garantir une assistance médicale suffisante;
- b) disposer du personnel qualifié nécessaire;
- c) disposer d'équipements médicaux adéquats et garantir la fourniture adéquate de médicaments;
- d) correspondre à la planification établie par un canton ou, conjointement, par plusieurs cantons, afin de couvrir les besoins en soins hospitaliers, les organismes privés devant être pris en considération de manière adéquate;
- e) figurer sur la liste cantonale fixant les catégories d'hôpitaux en fonction de leurs mandats.

Une autre disposition de la LAMal revêt une importance considérable pour la planification: il s'agit de l'article 49, alinéa 1, LAMal qui précise que les forfaits convenus avec les assureurs couvrent au maximum, pour les habitants du canton, par patient ou par groupe d'assurés, 50% des coûts imputables dans la division commune d'hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics. Cela signifie que les cantons ne peuvent plus déterminer eux-mêmes le degré de couverture des coûts des hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics. La disposition vise à empêcher les cantons de se retirer du financement des hôpitaux¹.

Il faut relever, en vue de la création de l'HIRC, la disposition de l'article 39, alinéa 1, lettre d, LAMal qui prévoit la possibilité d'établir une planification conjointe entre plusieurs cantons. Cette possibilité devra certainement être utilisée par les cantons de Vaud et du Valais en ce qui concerne le futur HIRC qui remplacera les capacités hospitalières actuellement inscrites séparément dans la planification vaudoise et valaisanne (hôpital du Chablais et hôpital Riviera). Dans ce contexte, les cantons veilleront à faire figurer l'HIRC sur la liste des hôpitaux.

2.3 Hôpitaux publics et hôpitaux privés – privatisation des hôpitaux publics?

Comme cela a déjà été relevé, l'article 39, alinéa 1, lettre d) LAMal, oblige les cantons à prendre en considération, dans le cadre de leurs planifications, les **organismes privés**² de manière adéquate. La portée de cette disposition n'est pas très claire. Ainsi, on ne sait

¹ Thomas Mattig, Grenzen der Spitalplanung aus verfassungsrechtlicher Sicht, thèse Bâle 2003, p. 110

² Le terme "organisme privé" est traduit en allemand par "private Trägerschaft" et en italien par "enti privati"; il est utile de le savoir parce que les trois notions ne se recouvrent pas.

pas si les hôpitaux subventionnés par les pouvoirs publics sont des "organismes privés" au sens de cette disposition. On peut dire que la distinction entre hôpitaux publics et organismes privés ne coïncide pas avec le traitement différencié introduit par l'article 49, alinéa 1, LAMal pour les hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics par rapport aux autres hôpitaux (la clause dite "des 50%"). Selon la jurisprudence du Conseil fédéral, un "organisme privé" au sens de la LAMal peut très bien toucher des subventions versées par les pouvoirs publics³. Il s'en suit que la distinction entre hôpitaux publics et hôpitaux privés n'est pas aisée.

Le critère déterminant devrait en principe être la nature de celui qui exploite un hôpital, qui en est propriétaire ou en tout cas détenteur du pouvoir de contrôle. Si un hôpital est exploité par des collectivités publiques, il s'agit d'un hôpital public même s'il est organisé sous une forme relevant du droit privé. S'il est par contre exploité par des acteurs relevant du secteur privé, il s'agit d'un hôpital privé⁴.

Si la LAMal mentionne les hôpitaux privés (en les appelant "organismes privés") à l'article 39, alinéa 1 lettre d, LAMal dans le contexte général du droit de pratiquer à charge de l'assurance-maladie sociale, il en va autrement quant à la question de savoir à quel tarif et sur quelles bases il faut rémunérer les prestations fournies par un hôpital privé qui figure sur la liste des hôpitaux d'un canton, mais qui ne touche pas de contributions aux frais d'exploitation versées par les pouvoirs publics. Cette question n'est pas explicitement réglée par la LAMal. Le Conseil fédéral a décidé, à plusieurs reprises, que la limite de 50% fixée à l'article 49, alinéa 1, LAMal ne s'applique pas aux hôpitaux privés non subventionnés figurant sur la liste des hôpitaux, de sorte que les tarifs peuvent prévoir des montants plus élevés à charge de l'assurance-maladie sociale; seules les frais de formation et de recherche ainsi que les surcapacités ne peuvent pas être mis à charge de l'assurance obligatoire⁵.

Cette situation particulière pourrait théoriquement amener un canton à se soustraire de l'obligation de supporter au moins 50% du coût d'exploitation des divisions communes de ses hôpitaux en les transformant en hôpitaux privés non subventionnés⁶. Deux obstacles majeurs s'opposent à un tel scénario:

- d'une part, un tel canton devrait, théoriquement, transformer tous ses hôpitaux en hôpitaux privés (égalité de traitement), ce qui nécessite l'accord du législateur qui a créé les bases légales qui fondent, du point de vue juridique, l'existence même des hôpitaux publics et subventionnés, étant entendu que le législateur ne donnera son accord que si le financement cantonal ainsi supprimé est remplacé par un autre financement viable et supportable pour les patients et assurés;
- d'autre part, les assureurs pourraient contester ce procédé en avançant l'argument de l'abus de droit⁷, étant entendu qu'une telle transformation des

³ Mattig, op. cit., p. 132 s., avec renvoi à la décision du Conseil fédéral du 25 juin 1997 concernant la liste des hôpitaux établie par le canton de Zurich

⁴ Mattig, op. cit., p. 8 ss

⁵ RAMA 1997, KV 8, p. 220 ss, cons. 7 et 8; voir également les indications chez Guy Longchamp, Conditions et étendue du droit aux prestations de l'assurance-maladie sociale, Berne 2004, p. 433 s.

⁶ Cette possibilité des cantons de contourner la clause des 50% figurant à l'article 49, alinéa 1 LAMal est notamment mentionnée par Ruedi Spöndlin, Wo bleibt die Garantie einer ausreichenden Gesundheitsversorgung für alle?, in: Pierre Gobet et Ruedi Spöndlin, Spital AG – Deregulierung, Privatisierung, Ausgliederung, Zurich 2002, p. 26 à 33, p. 30 en particulier; voir également Mattig, op. cit., p. 110

⁷ Cela semble être l'avis du Conseil fédéral qui estime qu'un canton abuserait du droit s'il devait transmettre un hôpital financé par les pouvoirs publics (investissements et exploitation) à un organisme privé dans le seul but d'échapper à l'obligation qui lui est faite par l'article 49, alinéa 1 LAMal (clause de 50%); il est renvoyé à la

hôpitaux publics en entités privées s'opérerait, dans le contexte légal actuel, au détriment des assureurs-maladie qui devraient en fait se substituer, pour une bonne partie du coût, au canton qui finançait ses hôpitaux publics.

Pour ce qui est de la privatisation, il faut bien sûr distinguer différents types de privatisations. Généralement, on en mentionne quatre, soit la privatisation de l'organisation, des tâches, du financement et de la propriété⁸. Le canton qui voudrait se soustraire à la clause de 50% devrait sans doute procéder à une privatisation assez complète qui porterait sur l'organisation (transformation de l'organisation étatique par un organisme privé), le financement (suppression des subventions) et de la propriété (transfert de la propriété à un organisme privé, car tant que le canton reste propriétaire de ses hôpitaux, ces derniers seront considérés comme hôpitaux publics). En fait, seules les tâches liées aux soins stationnaires continueraient de faire partie des tâches du canton puisque sa planification et sa liste des hôpitaux devront mentionner les hôpitaux privatisés afin qu'ils puissent pratiquer à charge de l'assurance-maladie sociale (art. 37, al. 1, lettres d et e LAMal).

Cela signifie, en d'autres termes, qu'il ne suffirait pas que le canton qui entend se soustraire à la clause des 50% procède à une privatisation de l'organisation en transformant la structure juridique de ses hôpitaux en sociétés anonymes de droit privé (par exemple) aussi longtemps qu'il reste actionnaire majoritaire et que les tâches hospitalières sont financées, en partie, par des subventions versées par les pouvoirs publics; tant que ces dernières conditions sont réunies, il s'agirait alors d'hôpitaux publics organisés sous une forme relevant du droit privé qui tomberaient sous la clause des 50% au sens de l'article 49, alinéa 1 LAMal.

A noter finalement que les réflexions qui précèdent ne concernent pas les divisions privées ou semi-privées qui ont le droit de figurer sur la liste des hôpitaux du canton de leur siège afin de pouvoir pratiquer à charge de l'assurance-maladie sociale. C'est la concurrence qui prévaut entre de telles divisions⁹. Ce principe a pour conséquence que les hôpitaux qui exploitent des divisions privées ou semi-privées ont droit aux prestations de base de l'assurance obligatoire dès le moment qu'ils figurent sur la liste des hôpitaux du canton de leur siège¹⁰.

2.4 Perspectives de révision de la LAMal dans le domaine hospitalier

Le Conseil fédéral a élaboré un projet de modification de la LAMal qui prévoit des aménagements à apporter à la planification hospitalière et au financement des hôpitaux. Dans son message du 18 septembre 2000, il a soumis son projet aux Chambres, projet qui ne met pas fondamentalement en question le mode de financement des hôpitaux toute en renforçant les instruments de planification¹¹, étant entendu que le mode de

décision de principe du Conseil fédéral du 27 avril 1998 dans l'affaire des tarifs applicables au Centre de réadaptation de Bâle, chiffre 5.5.5, dont un extrait est cité par Andreas Schwarz, Privatisierung öffentlicher Spitäler – Das Zuger Modell, in: Barbara Hürlimann et al., Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht, Zurich 2000, p. 75 à 85, p. 77

⁸ D'après Tobias Jaag, Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: Tobias Jaag et al., Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zurich 2000, p. 23 à 48; Jürg Lutz, Zusammenschlüsse öffentlicher Unternehmen – Kooperationen und Fusionen im Spitalsektor, Berne 2004, p. 51 ss; Ulrich Häfelin et Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4ème édition, Zurich 2002, p. 316s., nos 1534 ss

⁹ Longchamp, op. cit., p. 363

¹⁰ Longchamp, op. cit., p. 368, avec renvoi à RAMA 1999 (KV 84), p. 364, consid. 4.3 ("Sockelbeitrag")

¹¹ Voir les indications chez Longchamp, op. cit., p. 375 s.

financement "moniste" représentait tout de même un objectif à long terme. Le projet a été accueilli de manière très diverse par les principaux milieux intéressés¹².

Par la suite, il s'est avéré que le modèle d'un financement moniste a actuellement peu de chance d'aboutir en Suisse. Le transfert de flux financiers très importants pose problème parce qu'il nécessiterait une définition claire des rôles et des responsabilités des différents acteurs.

Actuellement, les Chambres fédérales vont délibérer sur une réforme minimaliste qui porte sur des ajustements du système dualiste du financement des hôpitaux. Ainsi, le législateur devrait:

- étendre la contribution de base du canton ("Sockelbetrag") aux hôpitaux privés figurant sur la liste cantonale, ce qui pourrait justifier, de la part des cantons, une attitude plus restrictive à l'égard des hôpitaux privés en matière de planification hospitalière;
- limiter les prestations de l'assurance obligatoire des soins (AOS) aux hôpitaux figurant sur la liste (les hôpitaux qui ne figurent pas sur la liste n'obtiennent ni la contribution de base du canton ni les prestations de l'AOS);
- ou, à titre de variante, obliger les assureurs à verser les prestations de l'AOS également aux hôpitaux qui ne figurent pas sur la liste, le reste étant couvert par des assurances complémentaires.

Au niveau du calendrier, il est possible que le Conseil des Etats examine le projet en automne 2005 et le Conseil national au printemps 2006; le nouveau mode de financement pourrait alors entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2007. Si l'extension de la contribution de base aux hôpitaux privés est combattue, l'entrée en vigueur du nouveau mode de financement serait retardée.

2.5 Tendances et situation actuelles en matière d'organisation hospitalière

2.5.1 Tendances actuelles en matière d'organisation hospitalière

Les obligations de planification imposées aux cantons par la LAMal (voir chiffre 2.2 ci-devant) ont amené les autorités cantonales à conduire des réflexions sur l'aménagement des structures hospitalières existantes, souvent caractérisées par des problèmes de surcapacité. De même, le nombre des établissements hospitaliers était généralement élevé, beaucoup de petits hôpitaux n'atteignaient pas la taille critique minimale garante de prestations fiables et de bonne qualité.

Si la LAMal introduit les obligations cantonales de planification évoquées sous chiffre 2.1.1 ci-devant, elle prévoit d'autre part également la mise en concurrence des acteurs du système de soins, notamment par son article 46, alinéa 3, qui a été introduit à la suite de l'intervention de la commission des cartels¹³. La portée et le jeu de la concurrence dans un domaine marqué par des mesures de planification font l'objet de vives controverses. Ainsi, l'économiste bâlois Sommer estime que seule une mise en concurrence des hôpitaux et le passage à un mode de financement moniste permet

¹² Un résumé des réactions se trouve chez Mattig, op. cit., p. 116 s.

¹³ Mattig, op. cit., p. 20 ss, p. 123; Lutz, op. cit., p. 217 s; d'autres dispositions de la LAMal contiennent également des éléments en faveur de la concurrence, notamment les articles 32, 49, alinéas 6 et 7, et 56 LAMal

d'avancer¹⁴. Un tout autre avis est défendu par le spécialiste zurichois en économie de santé, Peter Zweifel, qui affirme qu'il n'est pas important, en vue de l'allocation optimale des ressources, que les acteurs du système de santé évoluent dans un marché dominé par la concurrence, mais qu'il suffit qu'ils se comportent comme s'ils évoluaient dans un tel marché¹⁵. Il existe tout de même un consensus sur le fait que le domaine hospitalier ne peut pas être totalement exposé à la concurrence, en tout cas pas tant qu'il est financé par des primes obligatoires et par des impôts¹⁶. Par ailleurs, une concurrence basée sur le prix uniquement aurait des répercussions sur la qualité des prestations, sachant que la qualité ne présenterait un intérêt pour les acteurs que si elle était directement liée au niveau des prix¹⁷. En plus, le sujet du coût de la concurrence n'est quasiment pas abordé dans toute la discussion autour de la concurrence dans le domaine de la santé en Suisse, alors qu'il est connu que toute entreprise doit investir pour devenir et rester compétitive¹⁸.

Au niveau de la LAMal, on peut relever que le grand écart entre le système de planification introduit en matière hospitalière et le principe de la mise en concurrence des acteurs n'a pas pu être comblé. Preuve en est notamment le fait que les cantons ne sont pas tenus de retenir le potentiel d'hôpitaux privés lors de l'établissement de la liste cantonale des hôpitaux¹⁹. Le Conseil fédéral est d'avis que les hôpitaux privés ne peuvent pas invoquer la neutralité de la concurrence dans le contexte de l'établissement de la liste des hôpitaux et qu'un canton peut exclure un hôpital privé de la liste des hôpitaux s'il n'est pas nécessaire pour couvrir les besoins du canton, ce qui peut le menacer dans son existence²⁰. Pour le surplus, il est renvoyé à la discussion approfondie chez Longchamp²¹ qui met en balance les différents arguments pour aboutir au constat que la réglementation de la LAMal est lacunaire et que le système de planification n'est pas satisfaisant, que beaucoup de questions importantes ont dû être réglées par la jurisprudence et que la portée effective de la planification hospitalière selon les dispositions de la LAMal est toute relative, notamment du fait que ses effets sont atténués par le principe du libre choix de l'établissement hospitalier (art. 41, al. 1 LAMal).

Le système mixte tel qu'il vient d'être évoqué peut être caractérisé par le terme de la "concurrence réglementée", mais force est de reconnaître que les éléments de planification et de régulation sont actuellement plus forts que les éléments de concurrence. Les activités des hôpitaux privés intégrés dans la planification cantonale sont largement régies par le droit public²². La coopération entre hôpitaux et le regroupement d'hôpitaux s'inscrivent dans une stratégie qui devrait permettre de faire face à tous ces éléments²³.

¹⁴ Jürg H. Sommer et Ortrud Biersack, *Monistische Spitalfinanzierung als notwendiger Wettbewerbsparameter*, in: Pierre Gobet et Ruedi Spöndlin, *Spital AG – Deregulierung, Privatisierung, Ausgliederung*, Zurich 2002, p. 49 à 53

¹⁵ Breyer F./Zweifel P., *Gesundheitsökonomie*, 3^{ème} éd., Berlin, p. 432, cité d'après Pierre Gobet, *Ein staatsrechtliches und gesundheitspolitisches Abenteuer*, in: Pierre Gobet et Ruedi Spöndlin, *Spital AG – Deregulierung, Privatisierung, Ausgliederung*, Zurich 2002, p. 11 à 25, p. 15

¹⁶ Voir les indications chez Mattig, op. cit., p. 42; de manière plus détaillée: Lutz, op. cit. p. 225 ss

¹⁷ Pierre Gobet, op. cit., p. 15

¹⁸ Il est significatif, par exemple, que le message du Conseil fédéral relatif à la LAMal ne mentionne nulle part le coût induit par la concurrence.

¹⁹ Indications détaillées chez Mattig, op. cit., p. 129 ss

²⁰ RAMA 1999 (KV 83), p. 350, consid. 2; voir Longchamp, op. cit., p. 360, p. 368 ss, avec renvoi à Jean-Louis Duc qui conteste la position du Conseil fédéral, tout comme Mattig, op. cit., p. 133 s.; également Thomas Eichenberger, *Wettbewerb aus der Sicht der Spitäler*, in: Barbara Hürlimann et al., *Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht*, Zurich 2000, p. 133 à 155, p. 139 en particulier

²¹ Longchamp, op. cit., p. 360 à 364

²² Ce constat est valable également pour d'autres pays; pour la France, voir Eric Rossini, *Les établissements de santé privés à but non lucratif*, Paris 1992, p. 257

²³ Lutz, op. cit., p. 206 ss (ch. 6.2), p. 209 en particulier; Andreas Müller, *Grundlegende Überlegungen zur Privatisierung öffentlicher Spitäler*, in: Barbara Hürlimann et al., *Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht*, Zurich 2000, p. 9 à 36, p. 17 ss

D'autre part, les cantons étaient et sont encore impliqués dans des réformes inspirées du modèle de la nouvelle gestion publique ("new public management"). Dans ce contexte, les tâches qui étaient confiées à des entreprises publiques intégrées de manière plus ou moins étroite dans l'administration générale peuvent être détachées et confiées à des entités plus indépendantes qui fonctionnent selon le modèle des entreprises privées. Si une tâche publique est confiée à une entité régie par le droit privé, il faut respecter plusieurs principes relevant du droit public qui sont résumés dans le tableau suivant²⁴:

| Principe | Exigences qui en découlent |
|--------------------------|---|
| Légalité | Base légale, protection des droits des individus et garanties de procédure, surveillance exercée par la collectivité, responsabilité de la collectivité |
| Démocratie | Respect de la séparation des pouvoirs, en particulier des pouvoirs du législatif, respect des droits démocratiques lors de la création de l'entité privée (référendum, compétences financières) |
| Droits fondamentaux | Egalité de traitement, neutralité de l'acteur privé mandaté (p. ex. conflits d'intérêts), interdiction d'arbitraire, principe de subsidiarité, principe de la neutralité de la concurrence |
| Etat social | Garantie des prestations de service vitales, ubiquité des services offerts, protection d'assurance financièrement supportable |
| Proportionnalité | Interdiction de mesures inadéquates |
| Principe de la bonne foi | Prévisibilité du comportement de l'acteur privé (comportement attendu) |

Le projet de confier des tâches en matière hospitalière à une entreprise privée doit également provoquer une réflexion au niveau des bénéfices qu'elle pourrait éventuellement réaliser. Un canton qui ferait le pas en confiant des tâches hospitalières à un organisme de droit privé devrait veiller à ce qu'elle soit organisée en entité sans but lucratif; dans le cas contraire, le coût des prestations s'en trouverait forcément augmenter²⁵.

Tous ces éléments, mais surtout la précarité des finances publiques, ont amené les cantons à réfléchir également sur les tâches du canton en matière hospitalière, étant entendu que d'éventuels mandats de prestations à formuler et à attribuer doivent découler de tâches publiques²⁶. Le fait que les dépenses de santé augmentent constamment et que les mécanismes prévus par la LAMal n'ont pour l'instant pas permis d'endiguer cette évolution a obligé les cantons à revoir la liste des tâches à accomplir et la manière de les mettre en œuvre. Le regroupement d'hôpitaux et la réflexion sur la réorganisation structurelle des hôpitaux s'inscrit aussi et peut-être même surtout dans cette problématique.

²⁴ D'après Müller, op. cit., p. 21 à 23

²⁵ Voir les nombreuses indications, notamment les renvois à des études concernant le marché américain, chez Guido Schüpfer et al., Privatisierung von öffentlichen Spitälern in der Schweiz, in: Barbara Hürlimann et al., Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht, Zurich 2000, p. 65 à 73, p. 69 s. en particulier (notes marginales nos 15 à 21); également Remo Gysin, Neoliberale Privatisierungsreformen gefährden den öffentlichen Auftrag, in: Pierre Gobet et Ruedi Spöndlin, Spital AG – Deregulierung, Privatisierung, Ausgliederung, Zurich 2002, p. 34 à 46, p. 43 en particulier

²⁶ Pour le lien entre la planification et la tâche publique à assumer par des entreprises publiques, en particulier Lutz, op. cit., p. 37 ss, p 65 ss; également Mattig, op. cit., p. 103 ss, au sujet de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons en matière de santé

2.5.2 Situation actuelle au niveau de la forme d'organisation des hôpitaux publics

Pour les besoins du présent rapport, il a paru intéressant de se pencher sur les différents groupements d'hôpitaux qui ont vu le jour ces dernières années et qui sont mentionnés dans la liste des membres de l'association suisse des hôpitaux (H⁺)²⁷. Le tableau joint en annexe 1 mentionne 27 regroupements, dont un a été modifié. On examinera les 26 autres regroupements de plus près. Le tableau indique le nombre de sites, le nombre total des lits du groupement, la nature des entités qui forment le groupement, la forme juridique du groupement ainsi que le détenteur du contrôle du groupement (soit les sociétaires, les propriétaires ou les titulaires du droit de désigner les membre de l'organe dirigeant du groupement).

Pour ce qui est de la forme juridique des groupements, on peut dresser le tableau suivant (les numéros se réfèrent au tableau joint en annexe 1):

| Forme juridique | Nombre de groupements | Numéros du tableau |
|---------------------------------|-----------------------|------------------------------|
| Etablissement de droit cantonal | 7 | 3, 6, 11, 21, 22, 23, 24 |
| Etablissement communal | 1 | 15 |
| Associations de droit privé | 3 | 1, 2 & 9bis |
| Fondation de droit privé | 5 | 4, 9, 14, 18, 26 |
| Société simple | 3 | 8, 10, 12, |
| Société anonyme | 8 | 5, 7, 13, 16, 17, 19, 20, 25 |

Si on se tourne maintenant vers la question de la propriété ou pour le moins du contrôle des différents groupements, on constate que les établissements de droit cantonal sont tous contrôlés par le canton du siège de l'établissement. De même, le seul établissement communal répertorié est contrôlé par un groupement de communes.

La seule association figurant dans la liste est dirigée par une assemblée générale formée par 23 délégués désignés par les entités de droit privé qui étaient (ou sont encore) propriétaires des sites, soit deux fondations et une association regroupant les communes intéressées.

Quant aux fondations, il y lieu de distinguer deux types de structure. Certaines fondations remplissent la fonction d'une fondation d'exploitation contrôlée par des groupements ou associations de communes (nos 4, 14, 18). Deux fondations (nos 9, 26) sont assez autonomes dans la mesure où les membres du conseil de fondation sont désignés par cooptation, la seule contrainte étant de choisir une partie des membres sur proposition des autorités cantonales et locales.

Les trois sociétés simples (nos 8, 10, 12) regroupent des associations de communes qui géraient auparavant les différents sites regroupés maintenant au sein de la société simple qui assume des fonctions de coordination et de coopération.

Quant aux sociétés anonymes, les actionnaires sont dans la majeure partie des cas des groupements de communes (nos 13, 16, 20) ou des communes (no 25); dans un cas (no 7), les communes se sont organisées en société simple pour la détention des actions. Dans d'autres cas, ce sont les anciens propriétaires de sites qui sont actionnaires (nos 5, 19). Dans un cas, le canton est l'actionnaire unique (no 17).

²⁷ Liste des membres de H⁺, édition février 2005, p 79 à 90

Le tableau, reproduit en annexe, fournit un aperçu de la situation actuelle qui, pour certains groupements hospitaliers, est susceptible d'être modifiée, même à très court terme. Ainsi, la SA grisonne (Spitäler Chur AG, no 19) va être dissoute à la fin de cette année, les autorités ayant constaté que cette structure de société anonyme n'était pas appropriée.

Pour les regroupements d'hôpitaux sis sur le canton de Berne, il convient de préciser qu'il y aura, pour autant que la nouvelle Loi hospitalière (LH) passe le cap du référendum, une modification dans l'actionnariat. Le canton deviendra, presque dans tous les cas, soit fortement majoritaire, soit actionnaire unique.

3. Évolution des structures hospitalières dans la future zone desservie par l'HIRC

3.1 Evolution des structures hospitalières dans les secteurs Riviera et Chablais

3.1.1 Hôpitaux de la Riviera

A la fin de l'année 1997, l'association de l'Hôpital de Montreux, la fondation de l'Hôpital de Mottex et la fondation de l'Hôpital du Samaritain ont réuni leurs activités au sein d'une nouvelle fondation constituée le 22 décembre 1997 sous le nom de "Fondation de l'Hôpital Riviera". Le but de la fondation était fixé à l'article 4 des statuts qui avait la teneur suivante:

"La fondation a pour but :

- *de procurer aux patients les soins que nécessite leur état,*
- *d'exploiter divers établissements constituant ensemble une structure hospitalière multisite comprenant tous les services médicaux jugés utiles,*
- *de veiller à maintenir l'existence d'un hôpital performant sur la Riviera, notamment en procédant à toutes démarches en vue de la construction d'un hôpital unisite ou, à défaut, de la transformation et de l'agrandissement de l'un des établissements existants.*

La fondation reçoit des patients de tous âges et de toutes conditions, sans distinction de nationalité et de confession."

Six ans plus tard, la Fondation de l'Hôpital Riviera est entrée en fusion avec la fondation de l'Hôpital de la Providence. La nouvelle fondation a été constituée le 19 décembre 2003 sous le nom de "Fondation des hôpitaux de la Riviera". L'article 5 des statuts énumère le patrimoine des différentes entités juridiques réunies au sein de la nouvelle fondation. L'acte de constitution précise, dans la partie consacrée au capital constitutif, que la nouvelle fondation entre en possession et jouissance des biens en date du 1^{er} janvier 2004 et que le transfert de la propriété aura lieu ultérieurement selon les modalités fixées dans l'acte de constitution. Le but de la fondation est fixé à l'article 4 des nouveaux statuts qui n'a pas subi de modifications par rapport à l'article 4 des statuts de la Fondation de l'Hôpital Riviera.

Dans la perspective de la réalisation du nouvel hôpital (HIRC), l'utilisation et l'affectation des différents sites exploités par la Fondation de l'Hôpital Riviera sera redéfinie.

3.1.2 Hôpital du Chablais

Les bases de la structure actuelle ont été jetées par la convention du 7 octobre 1997 pour l'Hôpital du Chablais et la libre circulation des personnes (ci-après: "convention 1997"). La convention 1997 a été conclue entre les cantons de Vaud et du Valais, les deux hôpitaux préexistants d'Aigle et de Monthey ayant été associés à la convention 1997. L'article 2, lettre a de la convention 1997 dit ceci :

"Sous le nom d'Hôpital du Chablais, un hôpital unique multisite est mis en place au 1^{er} janvier 1998, par fusion juridique des hôpitaux de soins aigus d'Aigle et Monthey, telle que demandée par les organes responsables des établissements et approuvée par les deux cantons, avec une Direction et un Collège des médecins uniques, ainsi que des organes responsables composés paritairement de représentants vaudois et valaisans. Cette fusion assure une répartition des activités telle qu'elle garantit l'économicité et la qualité des prestations".

A noter que les deux hôpitaux impliqués dans la fusion étaient gérés par des associations formées par les communes des districts de Monthey, d'Aigle et de St-Maurice. Ces communes ont constitué l'Association de l'Hôpital du Chablais en adoptant ses statuts en date du 24 mars 1998. L'article 4 des statuts de l'association de l'Hôpital du Chablais (ci-après: "HDC") définit le but de la manière suivante:

"¹L'association a pour buts, en conformité avec les législations et planifications sanitaires vaudoise et valaisanne ainsi qu'avec la convention pour l'Hôpital du Chablais (HDC) et la libre circulation des patients vaudois et valaisans du 7 octobre 1997:

- *de prodiguer aux patients des soins de qualité aux meilleures conditions économiques et sociales possibles;*
- *d'exploiter divers établissements qui constituent ensemble une structure hospitalière multisite comprenant tous les services médicaux jugés utiles, voire d'autres structures sanitaires;*
- *de maintenir l'existence d'une structure hospitalière performante dans le Chablais, notamment en procédant à toutes démarches en vue de la construction d'un hôpital sur site unique.*

²L'association reçoit des patients de tous âges et de toutes conditions, sans distinction de nationalité et de confession."

L'association se compose de toutes les communes municipales des districts de Monthey, d'Aigle et de St-Maurice (art. 5, al. 1, des statuts). En toute logique, l'assemblée générale de l'association est composée de trente-quatre délégués dont 17 du district d'Aigle, 14 du district de Monthey et 3 du district de St-Maurice (art. 10, al. 2, des statuts).

3.2 Naissance et stade actuel du projet HIRC

Le projet HIRC est parti à la suite d'une déclaration commune du 8 octobre 2001 par laquelle les gouvernements vaudois et valaisan se sont prononcés en faveur de la construction d'un centre hospitalier unique d'environ 300 lits reposant sur une collaboration intercantonale plus intense en matière hospitalière. Ce centre hospitalier sera financé conjointement par les deux cantons sur un nouveau site pour la région Riviera-Chablais. Un groupe de travail a déposé un rapport en novembre 2002 recommandant le site de "La Grange des Tilles" à Rennaz. Une analyse nouvelle figurant dans le rapport complémentaire "Albatros" du 7 juillet 2004 a confirmé l'option en faveur de ce site. Ce rapport énonce également un planning actualisé pour la réalisation de l'HIRC (p. 17 du rapport cité).

4. Critères déterminant le choix d'une structure juridique

4.1 Point de départ : la structure suit la fonction

Pour une entreprise, le choix d'une forme juridique plutôt que d'une autre n'est jamais un but en soi. Il dépend toujours des fonctions assignées à l'entité qui doit être dotée d'une structure juridique. Cette structure doit être adaptée le mieux possible aux buts de l'entité et lui permettre un fonctionnement optimal. Ainsi, on ne créera pas une société anonyme dont les titres sont cotés en bourse pour exploiter une entreprise de peinture qui emploie trois personnes, comme il ne paraît pas adéquat de faire exploiter une usine de produits pharmaceutiques qui emploie 10'000 personnes dans 35 pays du monde par une société en nom collectif formée par deux personnes physiques.

Le choix d'une forme juridique dépend donc notamment de la taille de l'entreprise, de la nature (économique) de ses activités, des risques qui y sont liés, des fournisseurs des capitaux nécessaires qui entendent exercer le contrôle de l'entreprise, du contexte légal et institutionnel et du champ d'activité de l'entreprise, pour ne citer que ces paramètres principaux.

Dans le contexte particulier de l'HIRC, il faut tenir compte de l'importance des qualifications personnelles particulières requises pour diriger et gérer l'entreprise hospitalière. Les capacités et expériences personnelles jouent un rôle déterminant, que ce soit au niveau stratégique ou opérationnel et tant dans le domaine médical qu'administratif.

Pour le surplus, la structure d'organisation doit être souple pour assurer la capacité d'adaptation nécessaire dans un domaine en pleine mutation.

Si on souhaite se tourner vers une structure portée par des membres (ou des sociétaires), il y a lieu d'analyser soigneusement les divergences d'intérêt qui peuvent naître du fait que les autorités cantonales cumulent les fonctions de sociétaire, de police (autorisation d'exploiter), de surveillance, de financeur, d'autorité qui fixe les tarifs et approuve les conventions tarifaires passés avec les assureurs, etc. Il est bien connu que l'Etat, en sa qualité d'actionnaire par exemple, n'a pas forcément les mêmes intérêts qu'en tant que financeur des investissements ou des frais d'exploitation.

Il faut également être conscient du fait que les personnes déléguées ou nommées par l'Etat au sein des organes de l'entité hospitalière intercantonale peuvent être pris dans un conflit d'intérêt parce que certaines décisions à prendre au sein de l'institution mettent en opposition les intérêts de l'hôpital et les intérêts de l'Etat (p. ex. la décision du conseil d'administration portant sur un investissement important dont la nécessité est contestée par les autorités sanitaires cantonales).

4.2 La fonction de l'HIRC – conséquences pour le choix d'une structure juridique

L'HIRC sera appelé à exploiter un nouvel hôpital de soins aigus d'environ 300 lits qui desservira la zone hospitalière bicantonale Riviera-Chablais. Il s'agira d'un hôpital public placé sous la surveillance des cantons de Vaud et du Valais. Il revêtra un statut particulier tant par rapport au Réseau Santé Valais que par rapport à l'organisation vaudoise basée sur des zones hospitalières. Il figurera dans la planification hospitalière des deux cantons, ce qui signifie qu'il aura également un mandat de prestations lié à la liste des hôpitaux. Par ailleurs, il bénéficiera de contributions financières versées par les deux cantons pour les frais d'investissement et d'exploitation. Pour le surplus, l'HIRC exploitera également d'autres sites qui font actuellement partie de la Fondation des hôpitaux de la Riviera (ch. 3.1.1 ci-devant) et de l'Hôpital du Chablais (chiffre 3.1.2 ci-devant). L'HIRC aura donc le caractère d'un hôpital multisite dont le fonctionnement sera axé autour du nouvel hôpital de soins aigus à ériger sur le site de Rennaz.

Tout cela signifie que le futur HIRC agira dans un contexte largement dominé par le droit public fédéral (législation sur les assurances sociales, en particulier la LAMal), par le droit public intercantonal (conventions hospitalières passés entre les deux cantons au sujet de l'HIRC) et par le droit public des deux cantons intéressés qui s'applique à l'organisation hospitalière cantonale et au financement des hôpitaux publics ou reconnus d'intérêt public.

En vue du choix d'une structure juridique, on doit en déduire que les deux cantons ne peuvent pas "privatiser" l'HIRC. Ils peuvent tout au plus, dans le cadre de l'administration décentralisée, confier les tâches dévolues à l'HIRC à une entité organisée selon les règles du droit privé fédéral (privatisation de l'organisation, voir ch. 2.3 ci-devant). Cette entité doit être à même, de par son organisation interne, d'appliquer correctement les normes de droit public tout en assurant la direction et la gestion de l'HIRC selon des critères d'efficacité et d'économicité posés à l'égard des entreprises économiques privées.

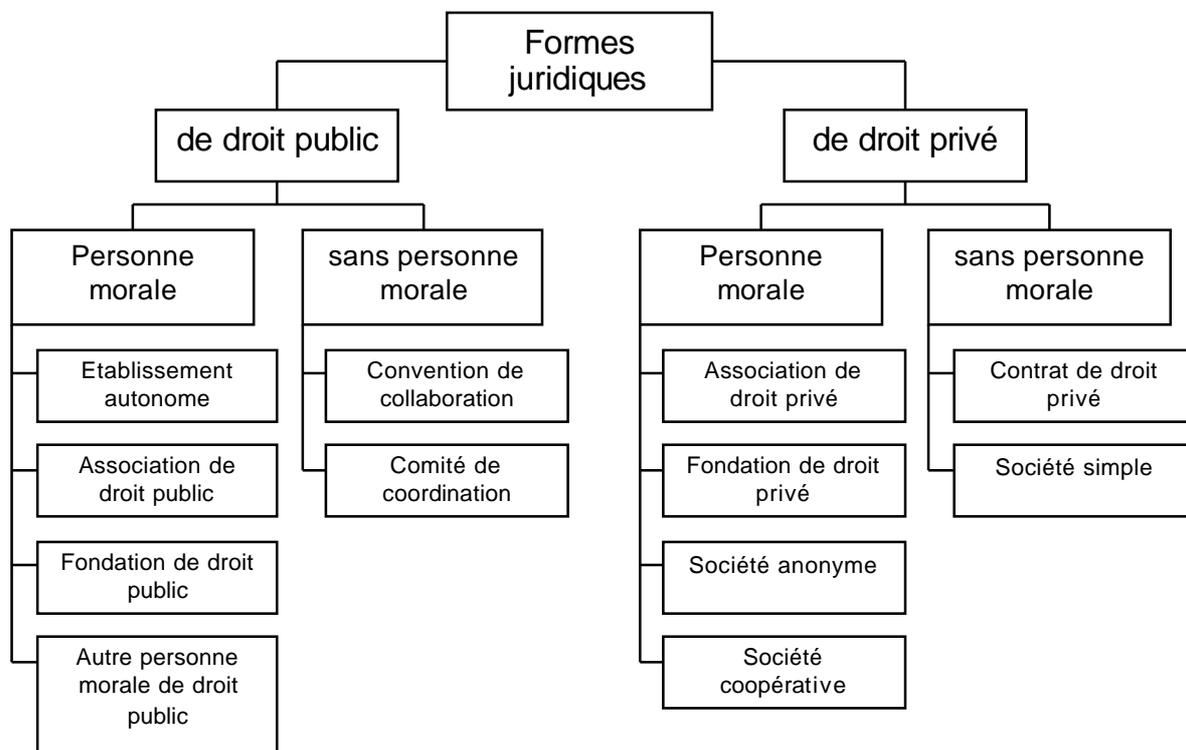
5. Formes juridiques entrant en ligne de compte

5.1 Formes de droit public et formes de droit privé

5.1.1. Possibilités théoriques

A partir du constat que l'HIRC représente le fruit d'une collaboration intercantonale entre les cantons de Vaud et du Valais, les formes de collaboration suivantes entrent théoriquement en ligne de compte²⁸:

²⁸ D'après August Mächler, *Föderalismus in der Krise: Geleitete Zusammenarbeit als Ausweg?*, in: RDS 123 (2004) I 571 à 599; le schéma ne mentionne pas, du côté du droit privé, la société simple, la Sàrl, la société



5.1.2. Association (60 CC)

Précisons d'emblée que la forme de l'association n'est guère appropriée parce qu'une telle entité vit à travers les sociétaires (organisation corporative, art. 60 CC) qui ont tous les mêmes droits à l'assemblée générale; dans le cas de l'HIRC. Les hypothèses suivantes peuvent être analysées ;

- a) *les deux cantons de Vaud et du Valais sont seuls membres de l'association;*
- b) *la fondation Riviera et l'association Chablais sont seules membres de l'association;*
- c) *les deux cantons et les communes situées dans la zone desservie par l'HIRC sont membres de l'association;*
- d) *les deux cantons, les communes de la zone hospitalière et d'autres personnes morales (et physiques) sont membres de l'association.*

La première variante (lettre a) est certes théoriquement possible puisqu'on admet en doctrine que deux personnes morales peuvent déjà former une association²⁹; pour les personnes physiques, il faut en principe au moins trois membres fondateurs. Au sein d'une association formée par deux personnes morales, la prise de décisions s'avère toutefois très problématique puisqu'en cas de désaccord entre les deux membres (égalité des voix), la décision qui fait l'objet du désaccord ne peut pas entrer en force. Certes, on peut imaginer un droit de vote différencié pour les personnes morales membres d'une association³⁰, mais cela signifierait qu'un des deux membres aurait toujours la majorité et déciderait de tout de manière unilatérale. Pour ces raisons, la forme juridique de l'association ne paraît pas appropriée lorsque seuls les deux cantons de Vaud et du Valais devaient former une association.

La deuxième variante (lettre b) pose en principe les mêmes problèmes que la première variante. Il est certes possible que la fondation Riviera et l'association Chablais s'unissent pour constituer une association appelée à servir de support juridique à l'HIRC, mais la problématique de la pondération des voix se posera de la même manière que pour la première variante. Il ne faut pas perdre de vue que les deux entités qui forment l'association subsisteraient; quel en serait dès lors le but et la raison d'être?

La troisième variante (lettre c) est certes possible, mais il faudrait trouver une clé de pondération des voix entre les deux cantons, d'une part, et entre les cantons et les communes, d'autre part. Quels seraient les critères permettant de pondérer le droit de vote à l'assemblée générale? On pourrait songer au nombre des habitants de la corporation publique, à la clé de participation financière aux investissements et/ou aux dépenses de fonctionnement de l'HIRC, etc. De toute manière, on tomberait assez vite dans une constellation de répartition des droits de vote qui serait forcément très inégale entre les membres les plus puissants (les deux cantons) et les petites communes de la zone hospitalière. De telles inégalités sont difficilement compatibles avec le caractère fondamentalement démocratique de l'association qui repose sur le principe de l'égalité des voix, ce qui veut dire que chaque membre a une voix³¹.

La quatrième variante (lettre d) demande des solutions encore plus complexes au niveau de pondération des droits de vote. En plus, une telle association compterait en son sein des membres qui financent l'HIRC (cantons et communes) et des membres qui ne participent pas au financement, de sorte que la question se pose s'il ne faudrait pas priver les membres non financeurs de leur droit de vote.

Ce petit tour d'horizon montre que la forme de l'association soulève pour l'essentiel des questions au niveau de la pondération du droit de vote des membres qui participent à l'assemblée générale. Pour le surplus, les problèmes abordés sous chiffre 1 du présent rapport se posent *mutatis mutandis* également pour le droit d'association, sachant que la disposition de l'article 762 CO (société d'économie mixte) n'a pas son pendant au niveau du droit de l'association. En principe, les statuts de l'association peuvent conférer à des tiers le pouvoir de désigner un ou plusieurs membres du comité de l'association, mais cela ne modifie pas la responsabilité personnelle de tels membres en vertu de l'article 55, alinéa 3, CC.

²⁹ Riemer, Commentaire bernois, no 16 ad art. 60 CC

³⁰ Riemer, CB, nos 8 ss ad art. 67 CC

³¹ Riemer, CB, no 276 de la partie systématique ad art. 60 ss CC et nos 8 ss ad art. 67 CC

En conclusion, l'examen de la forme de l'association n'a pas été poursuivi à cause du caractère hétérogène des membres (variante des lettres b et c) ou de la pondération du droit de vote au sein d'une association formée uniquement par les deux cantons (variante de la lettre a). Dans tous ces cas de figure, il ne faut pas perdre de vue que l'association repose sur une organisation corporative (art. 60 CC), qu'elle vit à travers les activités de ses membres. Cette donnée de base ne concorde pas vraiment avec le mode d'organisation souhaité pour la mise sur pied et l'exploitation du futur HIRC.

5.1.3. Autres formes

Pour ce qui est de la différence entre un établissement de droit public et une fondation de droit public, on peut relever tout d'abord le lien plus faible qui existe en principe entre une fondation de droit public et la (ou les) collectivités qui l'ont créée. Un établissement autonome reste plus fortement rattaché à la ou aux collectivités dont il relève, notamment parce que son fonctionnement fait souvent l'objet d'une législation plus ou moins détaillée. De même, la ou les collectivités qui créent l'établissement sont présentes au sein de l'établissement de manière assez marquée, alors que la fondation de droit public peut être largement détachée de la collectivité fondatrice au niveau de la désignation des membres du conseil de fondation; le recours à la forme juridique de la fondation part souvent de l'objectif de réunir la poursuite d'une tâche publique et la réalisation d'initiatives privées convergentes, raison pour laquelle le conseil d'une telle fondation compte des membres représentant les collectivités publiques à côté des membres issus des milieux privés intéressés.

Mais pour l'essentiel, force est de reconnaître qu'un établissement de droit public et une fondation de droit public peuvent être très proches dans leur organisation interne. Si on prend l'exemple concret de l'HIRC, il serait possible de transformer des statuts de base d'une fondation de droit public en statuts d'un établissement en modifiant uniquement l'appellation de l'entité ("établissement" au lieu de "fondation") et de son organe dirigeant ("conseil d'administration" au lieu de "conseil de fondation"). A noter que le principe de l'immutabilité du but de la fondation de droit privé ne s'applique pas ou en tout cas pas dans la même mesure à une fondation de droit public, ce qui veut dire que la ou les collectivités fondatrices peuvent plus facilement modifier le but d'une fondation de droit public que celui d'une fondation de droit privé. On peut encore relever qu'il existe des fondations de droit public qui ont même des membres, mais ce mélange de formes juridiques n'est pas recommandable.

5.2 Structures portées par des sociétaires et structures basées sur un patrimoine

Dans l'optique du choix d'une structure juridique, il faut se décider entre deux options fondamentales:

- certaines entités juridiques sont portées par des sociétaires, même si le patrimoine de l'entité joue également un rôle (établissement autonome, société coopérative, société anonyme);

- d'autres entités ne comportent aucun élément corporatif, c'est le patrimoine de l'entité qui devient autonome en acquérant la personnalité juridique et qui est géré par les organes de l'entité (fondation de droit public ou de droit privé).

Si on se dirige vers une entité certes dotée d'un capital, mais portée par des sociétaires, la question du nombre ouvert ou fermé de membres se pose. La forme de la société coopérative est alors particulièrement appropriée s'il est probable que le nombre des sociétaires change et qu'il y aura de nouveaux sociétaires en assez grand nombre. Dans le cas de l'HIRC, cette éventualité pourrait se présenter si les deux cantons décidaient d'ouvrir la future entité à des partenaires, par exemple à des assureurs, des collectivités locales, des organismes d'utilité publique qui oeuvrent dans le domaine de la santé ou des entreprises privées actives dans le secteur hospitalier. Une telle ouverture ne serait certainement pas suivie d'effet et ne manquerait pas de poser des problèmes de financement dans la mesure où on ne pourra pas attendre de tous les sociétaires qu'ils contribuent financièrement à la marche de l'HIRC (voir ch. 6.4.3 ci-après).

La forme de la société anonyme ou de l'établissement autonome est préférable, par contre, si on souhaite une adéquation parfaite entre l'engagement financier des sociétaires et leurs droits de codécision au sein de l'entité hospitalière. Elle n'empêche pas l'augmentation du nombre de sociétaires ou le changement de sociétaires.

Si on se dirige vers une entité basée sur le patrimoine, la fondation de droit public ou de droit privé représente l'option à privilégier. L'organisation interne de la fondation de droit public n'est pas codifiée, les fondateurs disposent donc d'une marge de manœuvre plus large pour moduler la structure interne de la fondation (p. ex. en se réservant un droit de retour portant sur la fortune de la fondation), alors que la fondation de droit privé est régie par les articles 80 ss CC qui interdisent p. ex. le retour de la fortune aux fondateurs.

5.3 Vue d'ensemble et premier choix

A ce stade, le tableau des différentes formes juridiques envisageables se présente comme suit:

| | Entité portée par des sociétaires | Entité basée sur le patrimoine |
|--------------|---|----------------------------------|
| Droit public | Etablissement autonome | Fondation de droit public |
| Droit privé | Société anonyme, société coopérative | Fondation de droit privé |

Pour la suite, il est proposé de ne plus poursuivre l'examen en ce qui concerne la forme de la société coopérative et de retenir les quatre autres formes de structure juridique pour d'un examen plus approfondi.

6. Avantages et inconvénients

Il s'agira maintenant d'examiner les avantages et inconvénients des quatre formes juridiques retenues sous chiffre 5.3. Avant d'en discuter, il y lieu de mettre en relief les avantages et inconvénients d'une structure de droit public ou d'une structure de droit privé.

6.1 Avantages et inconvénients d'une structure de droit public (établissement autonome ou fondation de droit public)

Le choix d'une structure de droit public présente les avantages principaux suivants:

- le droit public régit aussi bien l'organisation interne de l'hôpital que le contexte légal dans lequel il évolue, le cadre juridique présente dès lors une bonne homogénéité;
- l'aménagement détaillé de la structure interne est assez libre, il n'existe pas de codification applicable aux établissements ou aux fondations de droit public;
- cela signifie qu'on peut organiser l'hôpital comme une entreprise privée tout en ne subissant pas les contraintes organisationnelles d'une société anonyme ou d'une fondation de droit privé par exemple;
- l'emprise des deux cantons peut être à la fois assurée et limitée selon les priorités politiques arrêtées par les autorités, à condition toutefois que les attributions des autorités cantonales et celles des organes de l'hôpital ne se superposent pas (voir aussi ch. 6.4.3 ci-après);
- les activités déployées par un établissement de droit public ne sont pas soumises à l'impôt puisque les lois fiscales cantonales prévoient en général leur non-assujettissement à l'impôt;
- le problème de la responsabilité pour les dommages subis par des tiers (patients surtout) est plus facile à régler que pour une entité privée.

Parmi les inconvénients, on peut relever en particulier les éléments suivants:

- même s'il s'agit en partie d'idées préconçues, le droit public a la réputation d'enfermer les entreprises publiques dans un carcan;
- le droit public est contraignant dans la mesure où il faut se référer aux autorités politiques pour la constitution de l'entité de droit public et pour tout changement qui n'est pas prévu dans la structure elle-même (si l'organisation interne doit être modifiée sur un seul point, il faut se référer aux exécutifs, voir aux législatifs des deux cantons, sauf s'il existe des possibilités de modification simplifiées dans les textes initiaux);

- dans le cas de l'HIRC, l'entité de droit public sera régie par le droit public intercantonal posé par la convention bicantonale qui assure sa mise sur pied et ses statuts et, à titre subsidiaire, par le droit du canton du siège de l'établissement ou de ses sites (p. ex. par le droit de la procédure administrative, civile et pénale), ce qui peut compliquer des problèmes juridiques ponctuels;
- le risque de conflits dus au cumul des rôles est assez élevé (surtout pour les représentants des deux cantons au sein des organes de l'hôpital).

6.2 Avantages et inconvénients d'une structure de droit privé (société anonyme ou fondation de droit privé)

Parmi les avantages d'une structure de droit privé, on peut citer notamment les points suivants:

- les modèles d'organisation, basés sur une société anonyme ou une fondation, ont fait leur preuve dans de nombreux secteurs d'activités ;
- les postes dirigeants peuvent être plus attractifs pour des cadres provenant du secteur privé habitués à évoluer dans un contexte de droit privé;
- dans les limites posées par le droit civil fédéral, l'organisation de la gestion interne est souple et s'adapte facilement à tout changement de son environnement;
- la forme du droit privé n'exclut pas que l'hôpital fonctionne sans but lucratif.

Les éléments suivants peuvent représenter des inconvénients liés au choix d'une structure de droit privé:

- le droit civil fédéral pose certaines contraintes incontournables (p. ex. le non-retour du patrimoine aux fondateurs d'une fondation, l'immutabilité du but d'une fondation, l'organisation minimale interne d'une société anonyme);
- l'autonomie privée inhérente aux structures de droit privé risque d'entrer en collision avec le cadre légal et administratif imposé par le droit public assez dense ("carcan");
- les sources de conflits dus au cumul des rôles sont multiples, notamment dans le cas de la société anonyme (actionnaire cantonal, administrateur cantonal, etc.);
- les activités d'une entité privée peuvent être soumises à l'impôt³², en particulier les activités dans les divisions semi-privée et privée (**cf annexe 2, où des précisions d'ordre fiscal sont apportées**);

³² Voir Lutz, op. cit., p. 58

- malgré la nature de droit privé de l'hôpital, les cantons devront assurer la responsabilité civile pour les dommages causés par l'hôpital à des tiers (patients); par ailleurs, ils doivent également prévoir un système de récupération des activités par l'Etat en cas de faillite ou de liquidation de l'entité privée.

6.3 Importance de la définition du détenteur du contrôle et des modalités de son exercice pour le statut de l'hôpital

6.3.1. Rôle des cantons par rapport à l'HIRC

Abstraction faite des avantages et inconvénients qui viennent d'être mentionnés sous chiffres 6.1 et 6.2, le choix de la forme juridique la plus appropriée doit nécessairement reposer sur la définition du détenteur du contrôle et des modalités de son exercice. Concrètement, il importe de déterminer si les deux cantons intéressés entendent exploiter l'HIRC au niveau cantonal ou régional. S'ils optent en faveur d'une exploitation cantonale, ils doivent ensuite décider s'ils veulent être sociétaires de l'hôpital, seuls ou à côté d'autres sociétaires (communes, groupements de professionnels, assureurs p. ex.) et, dans l'affirmative, de quelle manière ce sociétariat sera exercé. Par la suite, on part du principe que l'exploitation de l'HIRC sera l'affaire des deux cantons intéressés.

Si les cantons n'attachent pas d'importance à un sociétariat, ils peuvent choisir la forme de la fondation, de préférence celle de droit public (parce que sa structure est plus souple que celle de la fondation de droit privé). Ils peuvent alors se contenter d'envoyer leurs représentants siéger au sein du conseil de fondation et d'exercer, pour le surplus, leurs attributions de contrôle (budget, comptes) et de surveillance (planification, police sanitaire) ainsi que les autres pouvoirs (p. ex. en matière tarifaire).

Si les cantons tiennent à participer comme sociétaires aux destinées de l'HIRC ou s'ils sont contraints d'intervenir seuls dans cette fonction, ils choisiront la forme de l'établissement de droit public ou de la société anonyme. Le choix entre les deux n'est pas de prime abord évident, mais on doit souligner que l'établissement autonome offre plus de souplesse en matière d'organisation interne: ainsi, il est possible de doter un établissement autonome uniquement d'un conseil d'administration alors que la société anonyme est au moins dotée d'une assemblée générale des actionnaires, d'un conseil d'administration et d'un organe de révision. Si on y ajoute le fait qu'on peut moduler les tâches et pouvoirs du conseil d'administration d'un établissement autonome à l'image des attributions du conseil d'administration d'une société anonyme, il s'avère que la forme de l'établissement de droit public offre une certaine souplesse et un potentiel qu'aucune autre forme juridique ne peut offrir³³.

³³ Sur le choix à opérer entre la forme de la société anonyme et celle de l'établissement de droit public pour un groupement hospitalier, voir le rapport technique en relation avec le projet de révision de la "legge sugli ospidali pubblici ticinesi" établi en avril 1999 par ATAG Ernst et Young Consulting

6.3.2. Possibilité d'agir par le biais d'une société simple

Les développements figurant sous chiffre 6.3.1 ci-devant reposent sur l'hypothèse selon laquelle l'exploitation de l'HIRC s'inscrit dans une logique de coopération intercantonale qui doit nécessairement impliquer les deux cantons intéressés.

Néanmoins, il faut encore aborder la question de savoir si la mise sur pied de la structure de l'HIRC pourrait être assumée par la fondation Riviera et l'association Chablais. Cette question est discutée ici parce que la proposition a été émise que les deux entités précitées créent une société simple appelée à élaborer le projet d'un hôpital intercantonal pour la zone Riviera – Chablais.

Une telle société simple, si elle voyait le jour, serait forcément obligée d'agir dans le cadre du droit civil fédéral exclusivement. Elle ne pourra nullement intervenir au niveau des droits et devoirs des cantons en matière hospitalière, et elle ne sera notamment pas en mesure de créer des normes spécifiques qui dérogent aux dispositions de droit interne des deux cantons, alors qu'il est évident que de telles normes spécifiques sont nécessaires pour mettre sur pied un hôpital intercantonal.

On ne voit par ailleurs pas comment une telle société simple, qui est dépourvue de personnalité juridique, pourrait passer des conventions intercantionales avec le canton du Valais qui prévoit dans sa législation (ch. 2.1.2 ci-devant) la conclusion de conventions intercantionales particulières concernant la zone hospitalière du Chablais.

Il faut déduire de ce qui précède qu'une société simple formée par la fondation Riviera et l'association Chablais ne pourrait s'occuper que d'objets qui relèvent de leurs buts statutaires. Elle pourrait donc tout au plus élaborer des schémas de restructuration de l'offre hospitalière existante dans la zone hospitalière desservie par les deux entités, ceci dans un cadre de collaboration hospitalière intercantonale entre hôpitaux existants. L'élaboration d'un projet de construction d'un nouvel hôpital de soins aigus dans la zone en question ne relèverait déjà plus de la compétence d'une telle société simple car une telle tâche implique forcément les deux cantons concernés. De ce fait, une société simple créée par la fondation Riviera et l'association Chablais ne pourrait pas élaborer le projet de l'HIRC sauf si les deux cantons devaient lui déléguer cette tâche, ce qui ne serait pas sans poser des problèmes majeurs, étant entendu que la société simple ne pourrait que formuler des propositions alors que les décisions devraient tout de même être prises de manière concordante par les deux cantons intéressés.

En conclusion, il faut bien admettre que ce sont les deux cantons qui doivent poser les bases institutionnelles de la collaboration hospitalière intercantonale dans la zone intercantonale Riviera – Chablais. Ce n'est qu'à partir de telles bases que les entités existantes dans cette zone, soit la fondation Riviera et l'association Chablais, peuvent contribuer à la mise sur pied de l'HIRC dans le cadre qui leur est fixé par les dispositions spécifiques arrêtées au moyen de la convention hospitalière à passer entre les cantons de Vaud et du Valais au sujet de l'HIRC ».

6.4 Discussion des avantages et des inconvénients

6.4.1 Création des bases de la collaboration hospitalière intercantonale

6.4.1.1. Démarche préalable

La mise en place de la structure, qu'elle soit publique ou privée, passe, au premier chef, par les décisions impératives suivantes :

- *le principe de la constitution d'un support juridique commun pour une structure hospitalière intercantonale "multisite" qui dessert la zone sanitaire Riviera – Chablais (HIRC);*
- *le principe de la construction d'un nouvel hôpital de soins aigus qui sert de plateforme opérationnelle pour les autres unités de la structure hospitalière;*
- *les modalités de financement des investissements nécessaires;*
- *les modalités de financement des frais d'exploitation (mandat de prestations?) ainsi que le mode de répartition du coût d'exploitation entre les cantons et sa prise en charge à l'intérieur de chaque canton (participation des communes?);*
- *à partir des éléments qui précèdent, le choix de la forme juridique de l'entité qui assume, au plan institutionnel, les fonctions de l'HIRC.*

Les décisions portant sur ces points devraient être traitées, dans un premier temps, au niveau des exécutifs des deux cantons. Tant qu'elles ne sont pas prises, les travaux de mise en œuvre ne peuvent pas véritablement débuter.

6.4.1.2. Intervention des parlements cantonaux

Les développements contenus dans *l'annexe no 3* exposent les raisons, notamment strictement juridiques, pour lesquelles les parlements des deux cantons doivent être également saisis aux fins d'approuver le principe de la Constitution de la nouvelle entité. Il y est renvoyé intégralement.

6.4.1.3. Convention intercantonale

Les parlements des deux cantons doivent donc approuver le principe de la constitution de la nouvelle entité qui fera l'objet d'une convention bicantonale VD-VS. Cette convention remplit la fonction d'une loi interne et crée les bases juridiques nécessaires à la mise sur pied de l'HIRC, notamment au niveau du transfert du patrimoine hospitalier (voir ch. 6.4.3 ci-après). Lors de son approbation, les parlements pourront en même temps approuver le crédit nécessaire pour le concours d'architecture et l'élaboration du projet général jusqu'au stade du projet d'exécution, crédit qui relève de la compétence des deux législatifs. Dans les deux cantons, il faudra informer la commission parlementaire de l'élaboration de la convention intercantonale portant création de l'HIRC et la consulter le moment venu (voir la Convention associant les Parlements à la négociation des conventions intercantionales et des traités des cantons avec l'étranger).

La convention précisera notamment les modalités de la planification intercantonale au sens de la LAMal (art. 39, al. 1 LAMal), les compétences pour constituer l'entité, le choix de la forme juridique, le but de l'entité à créer, son financement, les modalités de transfert du patrimoine existant (fondation Riviera, association Chablais) et les modalités de construction du nouveau site de soins aigus (pour ce dernier point, voir chiffre 6.4.7 ci-après). Les règles de dissolution et de répartition des actifs et passifs résiduels pourront être également définis pour autant que l'on opte pour la constitution d'un établissement de droit public ou d'une société anonyme. En revanche ces règles de dissolution ne pourront pas être définies pour une fondation de droit privé. Dans ce cas, il appartient au conseil de fondation, avec l'approbation de l'autorité de surveillance, d'attribuer l'avoir restant à des organisation et / ou à des institutions ayant des buts analogues.

L'adoption préalable de la convention intercantonale est préférable à une solution qui serait basée sur l'approbation des statuts de l'entité; si on choisissait cette voie, il faudrait retourner à chaque fois aux deux législatifs si les statuts changent, alors qu'il est plus simple de déléguer la compétence d'approbation des statuts de l'HIRC aux deux exécutifs par une norme insérée dans la convention intercantonale.

L'approbation parlementaire de la convention intercantonale est nécessaire pour d'autres motifs que ceux exposés dans l'annexe 2. Tout d'abord, cette convention devra garantir les principes énoncés sous chiffre 2.5.1, dans la mesure où ils ne sont pas déjà garantis par les deux législations cantonales; elle accordera notamment la légitimation démocratique au projet de l'HIRC. Il est également préférable d'asseoir solidement la planification hospitalière intercantonale pour la zone Riviera-Chablais afin de la mettre à l'abri de décisions cantonales unilatérales, sachant que la convention en question ne fixera que les principes et l'organisation de la planification intercantonale, les contenus étant ensuite fixés et ajustés par un organe opérationnel au sein duquel les deux cantons seront représentés, sous réserve d'approbation des deux autorités cantonales compétentes en matière de planification hospitalière.

Finalement, l'impact financier du projet intercantonal est suffisamment important pour justifier l'intervention des législatifs au stade des décisions de principe. S'ils n'étaient pas impliqués dès le début des opérations, ils pourraient retarder considérablement la mise en œuvre du projet ou le faire échouer en bloquant les décisions portant sur les crédits de construction.

6.4.2 Constitution de l'entité nouvelle

Si le choix porte sur une forme de droit public, l'entité nouvelle sera créée par l'adoption des statuts par les deux exécutifs sur la base de la disposition de la convention intercantonale qui prévoit ce procédé.

Si on devait choisir une forme de droit privé, il faut observer quelques règles particulières. Ainsi, il est inadmissible de faire dépendre la validité des statuts d'une société anonyme de leur approbation par une autorité cantonale. Cela signifie qu'une fois créée, la société anonyme jouit de l'autonomie statutaire garantie par le droit civil fédéral; le seul moyen dont disposent les deux cantons pour la "piloter" réside dans le moyen d'agir par les représentants des cantons au sein des organes, sachant que ces représentants ont un devoir de droit civil fédéral d'agir dans le meilleur intérêt de l'entité pour laquelle ils agissent (ici: pour l'HIRC).

Il n'en va pas de même des fondations de droit privé, dont les statuts doivent être approuvés par l'autorité de surveillance des fondations.

A ce propos, l'art. 84 al. 1 CC précise ce qui suit :

"Les fondations sont placées sous la surveillance de la corporation publique (Confédération, canton, commune) dont elles relèvent par leur but."

Dans la relation entre la Confédération et les cantons, la surveillance est exercée par la Confédération si elle devait s'engager au cas de la cessation des activités de la fondation et lorsque la sphère d'activité de la fondation dépasse le territoire d'un seul canton. Toutefois, la Confédération refuse d'assumer la surveillance lorsque les activités d'une fondation sont liées à un établissement exploité par elle (foyer, hôpital, école)³⁴. En fait exception le cas où une fondation assume ses activités au plan national tout en étant implantée dans un seul canton avec son exploitation; dans ce cas, la Confédération peut accepter la surveillance; elle le fait notamment lorsqu'une œuvre caritative revêt la forme d'une fondation.

Il reste le problème de trouver, dans la relation entre les cantons, le canton qui assumera la surveillance d'une fondation qui exerce ses activités dans plusieurs cantons. En principe, c'est le canton du siège de la fondation qui assume la surveillance, mais le ou les autres cantons doivent donner leur accord³⁵. Le partage de la compétence de surveillance serait théoriquement possible, mais peu pratique.

Le canton siège d'une fondation pourrait donc assumer la surveillance de la fondation si l'autre canton donne son accord.

Dans ce cas, les deux questions importantes relatives aux causes de dissolution éventuelle de la fondation et au sort des biens devraient être réglées dans le cadre d'une convention intercantonale plutôt que dans l'acte de fondation lui-même.

En effet, il faut partir du principe que la fondation ne peut pas se dissoudre elle-même; une décision de dissolution, même si elle était prise à l'unanimité par tous les membres du conseil de fondation ou par tous les destinataires, serait nulle³⁶. Par ailleurs, les statuts de la fondation ne peuvent pas conférer aux organes de la fondation le droit de dissoudre la fondation³⁷.

En fait, la fondation ne peut être dissoute que pour les raisons énoncées aux articles 88 et 89 CC. Ainsi, la fondation peut être dissoute de par la loi ou par décision du juge. Dans ces cas, la dissolution intervient seulement si le but de la fondation ne peut plus être atteint ou parce qu'il est devenu illicite ou contraire aux mœurs.

La dissolution peut également reposer sur une décision de l'autorité de surveillance ou de transformation. Initialement, cette compétence non prévue par le Code civil était déniée aux autorités de surveillance³⁸. Une telle décision peut intervenir, pour les fondations de prévoyance, afin d'améliorer l'organisation de la prévoyance (p. ex. entrée dans une assurance collective) et, de manière plus générale, pour le motif du changement de la forme juridique, de la scission de la fondation avec création de plusieurs fondations, ou encore de la fusion. Dans tous ces cas, l'affectation de la fortune de la fondation n'est en principe pas modifiée.

³⁴ Riemer, Commentaire bernois, no 16 ad art. 84 CC

³⁵ Riemer, CB, no 22 ad art. 84 CC

³⁶ Riemer, CB, no 4 ad art. 88/89 CC

³⁷ Riemer, CB, nos 63 et 64 ad art. 88/89 CC

³⁸ Riemer, CB, no 67 ad art. 88/89 CC

En plus, la fondation peut être dissoute parce que le fondateur a voulu la dissolution (en limitant, par exemple, la durée de la fondation, ou en énonçant une ou plusieurs conditions résolutoires). La volonté du fondateur doit être constaté formellement et officiellement de manière analogue à la procédure prévue à l'article 88, alinéa 1, CC qui relève de la compétence de l'autorité administrative.

En cas de dissolution, la fortune nette après liquidation de toutes les prétentions passe à la collectivité dont relève la surveillance. La collectivité publique ne peut pas utiliser librement la fortune, elle doit chercher le mode d'utilisation le plus proche possible du but statutaire de la fondation dissoute³⁹. Dans ce contexte, elle peut admettre exceptionnellement un retour au(x) fondateur(s) pour autant qu'il affecte la fortune à un but identique ou pour le moins similaire au but de la fondation dissoute.

En conclusion, le non-retour du patrimoine au(x) fondateur(s) découle, dans le cas d'une fondation qui serait constituée pour exploiter l'HIRC, du fait que le but de la fondation, soit celui d'exploiter un hôpital, sera toujours réalisable et qu'il n'existera donc pas de motif qui justifierait la dissolution (sauf si les fondateurs devaient limiter la durée de la fondation dans le temps ou poser des conditions résolutoires, hypothèses qui sont laissées de côté dans le présent contexte).

Comme on le voit, la forme juridique de la fondation manque singulièrement de souplesse. Elle ne dispense pas les gouvernements, respectivement les parlements, d'intervenir dans la mise en place de l'établissement intercantonal projeté. Enfin, reste pour la société anonyme, la difficulté que présente la coexistence des règles de droit privé régissant le support juridique et celles de droit public propres au domaine de la santé.

6.4.3 Transfert des biens

Pour ce qui est du transfert des biens, la situation mérite d'être analysée de manière détaillée. Le présent rapport ne rappelle que les grands principes.

Si on choisit une entité de droit privé, on devra procéder à une transformation ou à un transfert de patrimoine en utilisant les facilités offertes par la nouvelle loi fédérale sur les fusions (RS 221.301; LFus). Dans ce contexte, la fondation est un "sujet" et l'association une "société" au sens de la LFus (voir art. 2, lettres a et b LFus). L'association peut se transformer en société de capitaux (art. 54, al. 5, LFus); elle peut également devenir une fondation ou transférer ses biens à une fondation existante. La fondation peut transférer son patrimoine à un autre sujet, notamment une autre fondation (art. 86 LFus); il faut toutefois respecter les exigences posées par l'article 86 CC (auquel l'art. 78, al. 2, LFus renvoie), ce qui veut dire que l'autorité de surveillance doit donner son accord au transfert du patrimoine. Dans tous les cas, le transfert du patrimoine ne peut avoir lieu que si l'association Chablais et la fondation Riviera donnent leur accord et acceptent les contrats portant sur le transfert du patrimoine à la nouvelle entité de l'HIRC. Il faut examiner en détail si les contrats en question doivent être approuvés par les autorités cantonales pour des raisons liées au subventionnement des investissements qui avaient permis de constituer, en son temps, le patrimoine transféré.

³⁹ Riemer, CB, no 101 ad art. 88/89 CC

Le choix d'une entité de droit public présente l'avantage de pouvoir reprendre les actifs et passifs des personnes morales préexistantes (Fondation des hôpitaux de la Riviera et Association de l'Hôpital du Chablais) sans qu'il soit nécessaire de procéder à une fusion, un simple transfert de patrimoine suffit. La reprise s'opère en principe sans indemnité parce qu'elle s'inscrit dans la continuité de l'affectation du patrimoine hospitalier à la tâche publique confiée par les deux cantons nouvellement à l'HIRC et non plus à la fondation Riviera et à l'association Chablais. Pour pouvoir être imposée à la fondation Riviera et à l'association Chablais, la reprise des biens de ces deux entités doit être décidée par le législateur, raison pour laquelle la convention intercantonale qui crée l'HIRC et qui prévoit cette reprise (chiffre 6.4.1 ci-devant) doit passer dans les deux parlements. La nouvelle structure de droit public reprend les biens en l'état sans modifier, dans un premier temps, leur affectation, et les deux personnes morales sont ensuite dissoutes et liquidées sauf si leurs organes leur trouvent encore des activités compatibles avec leurs buts statutaires. La nouvelle LFus a édicté quelques règles à ce sujet (art. 99 à 101 LFus).

Enfin, il sera important d'associer à la convention intercantonale les personnes morales qui exploitent actuellement les deux structures hospitalières qui se trouveront réunies au sein de l'HIRC.

Dans la mesure où une entité de droit privé est choisie, la convention intercantonale passée entre les cantons de Vaud et du Valais qui traitera des modalités de transfert du patrimoine hospitalier existant (chiffre 6.4.1 ci-devant) devrait nécessairement être complétée par des conventions qui dépendent de la convention principale et qui précisent les modalités de transfert des biens de la fondation (Riviera) et de l'association (Chablais VS) à l'HIRC en constitution. Ces conventions doivent notamment garantir, à l'égard des personnes morales existantes, la pérennité du but de l'HIRC, condition sine qua non pour obtenir l'autorisation du transfert des biens de la "Fondation des hôpitaux de la Riviera" de la part de l'autorité de surveillance des fondations du canton de Vaud. De telles conventions particulières pourraient également assurer aux milieux qui délèguent des représentants au sein des organes de la fondation (Riviera) ou de l'association (Chablais VS) le droit d'envoyer des délégués au sein du ou des organes de l'HIRC.

Le problème relatif au transfert des infrastructures hospitalières fait l'objet d'un développement complémentaire figurant en **annexe 4** du présent rapport.

6.4.4 Rapport avec les autorités des deux cantons

Les tâches de l'HIRC portent essentiellement sur la mise sur pied et l'exploitation d'une structure hospitalière multisite. Il est particulièrement important de veiller à ce que les compétences des autorités des deux cantons ne se recoupent pas avec celles de l'HIRC, en particulier dans le domaine de la planification.

En effet, on observe dans le canton du Valais que le RSV assume des tâches dérivées de la planification hospitalière cantonale. Il appartient au RSV de répartir les activités hospitalières sur les différents sites et de choisir les lieux d'implantation des sites. Etant entendu que la législation valaisanne prévoit des exceptions en faveur de l'Hôpital du Chablais (voir ch. 2.1.2 ci-devant), il devrait être possible de conférer à l'HIRC des compétences analogues à celles du RSV (pour ce qui concerne les activités "valaisannes" de l'HIRC), ce qui nécessitera peut-être également des concessions de la

part du canton de Vaud en matière de planification hospitalière (voir notamment art. 6, al. 1, ch. 7, LPFES). Les modalités de la planification intercantonale concernant la zone Riviera – Chablais devraient être fixées par convention intercantonale approuvée par les autorités compétentes de chacun des cantons, de sorte qu'on évite des conflits avec les deux législations cantonales, sachant que le droit intercantonal l'emporte sur le droit cantonal interne.

Pour le surplus, l'HIRC sera un hôpital soumis aux deux législations vaudoise et valaisanne en fonction du lieu d'implantation des établissements qui constituent la structure multisite. Le choix de la forme juridique n'a aucune incidence sur ce principe. Cela concerne notamment les aspects de police sanitaire et la surveillance, mais également les procédures budgétaires et le contrôle des activités de gestion de l'HIRC.

6.4.5 Représentation des cantons au sein des organes de l'HIRC

On a déjà vu sous chiffre 6.3 que la représentation des cantons au sein des organes de l'HIRC soulève plusieurs questions.

D'une part, il faut pondérer l'influence ou le "poids" de chacun des deux cantons par rapport à la réalisation commune, ce poids pouvant être mesuré au moyen de différents paramètres. On pourrait se référer notamment au nombre des habitants domiciliés dans chaque partie de la zone hospitalière intercantonale, à la valeur des biens (évalués à leur valeur d'exploitation sur la base d'un bilan de continuité) apportés dans l'HIRC par chaque canton à travers la fondation vaudoise et l'association valaisanne et vaudoise ou encore au pourcentage de la participation de chaque canton aux frais d'investissement et de fonctionnement de l'HIRC considéré comme un tout.

Si on a déterminé le niveau d'influence de chaque canton, il pourra ensuite servir de critère également pour l'attribution des sièges au sein des organes de l'HIRC:

- Si on choisit la forme de la fondation (de droit public ou de droit privé) ou de l'établissement de droit public, c'est uniquement le nombre de sièges de l'organe dirigeant (conseil de fondation ou conseil d'administration) qui peut être réparti sur les deux cantons.
- Si on retient la forme de la société anonyme, la participation à l'assemblée générale dépend du nombre d'actions détenues, étant entendu que le nombre des actions détenues par chaque canton devrait en principe correspondre à la quote-part de biens apportés dans l'HIRC ou à la quote-part de participation aux frais d'investissement et de fonctionnement. Dans ce cas, les actionnaires déterminent la composition du conseil d'administration en respectant les statuts; ces derniers peuvent réserver des sièges aux représentants des collectivités publiques en application de l'article 762 CO. Pour le surplus, le droit de la société anonyme permet de protéger les actionnaires minoritaires au niveau de la composition du conseil d'administration (voir art. 709, al. 2, CO).

Quel que soit le choix, il faut être conscient du fait que la mise sur pied d'une entité autonome chargée d'accomplir une tâche publique peut être source de conflit dans la mesure où cette entité peut avoir des avis divergents sur les modalités d'accomplissement de sa tâche par rapport au point de vue défendu par les autorités des deux cantons.

Dans ces cas déjà évoqués (voir notamment ch. 6.1 ci-devant, désavantages), les représentants cantonaux qui siègent au sein des organes de l'HIRC doivent tout d'abord défendre les intérêts de l'HIRC et non pas ceux de l'Etat qu'ils représentent, ce qui peut les exposer à des critiques ou reproches lié au conflit d'intérêt auquel ils seront confronté. Si on choisit une forme de droit privé, la règle qui vient d'être évoquée est absolument claire et ne peut pas être transgressée, sous peine de devoir répondre de ses actes à l'égard de la société elle-même (responsabilité du membre d'un organe). Il n'en va pas de même pour les formes de droit public qui permettent, dans une certaine mesure, aux représentants cantonaux de défendre les intérêts du canton qui les a délégué au sein des organes de l'HIRC pour autant qu'ils soient encore conciliables avec les buts statutaires de l'HIRC.

Afin d'illustrer les difficultés liées au cumul des rôles et aux divergences des objectifs, on peut ajouter une brève analyse de la situation des agents de l'Etat (magistrat, fonctionnaire ou employé) qui siègent au sein du conseil d'administration d'une société anonyme ou qui représentent l'Etat à l'assemblée générale des actionnaires. Il est bien clair que cette problématique est sans importance lorsque les cantons ne délèguent pas d'administrateurs sur la base de l'article 762 CO et/ou si les représentants proposés par les cantons ne sont ni magistrats ni fonctionnaires.

6.4.5.1 Droit de la SA révisé

A titre préliminaire, il faut rappeler que l'Etat ne peut plus, depuis l'entrée en vigueur du droit révisé de la société anonyme, déléguer des représentants au sein du conseil d'administration **et** de l'organe de contrôle d'une société anonyme d'économie mixte (nouvelle teneur de l'article 762, alinéa 1, CO)⁴⁰. Avant de figurer dans les statuts, le droit de la corporation publique de désigner un ou plusieurs administrateurs doit découler d'un contrat signé entre la société anonyme et la corporation publique⁴¹.

Ce n'est par ailleurs pas le seul point sur lequel il faut distinguer les sociétés anonymes d'économie mixte (art. 762 CO) des sociétés anonymes ordinaires, étant entendu que l'HIRC pourrait être constitué sous forme d'une société anonyme d'économie mixte tombant sous le régime particulier de l'article 762 CO. Lorsque l'Etat a le droit inscrit dans les statuts de déléguer un ou plusieurs administrateurs au sein du CA, il ne doit pas nécessairement être actionnaire (art. 762, al. 1 CO, dérogation par rapport à l'art. 707, al. 3 CO). La société anonyme doit en principe accepter le choix opéré par l'Etat, mais elle peut contester ce choix lorsque le candidat désigné n'offre pas toutes les garanties personnelles qu'exige le mandat de membre du CA⁴². Finalement, l'Etat répond des actes de l'administrateur délégué au sein du conseil d'administration en vertu de l'article 762 CO, ce qui n'est pas le cas pour l'administrateur élu par l'assemblée générale des actionnaires. Ce dernier répond personnellement en vertu de l'article 754 CO.

⁴⁰ Peter Forstmoser et al., Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 63, no 6

⁴¹ Bürgi et Nordmann, Commentaire zurichois, nos 7 à 9 ad art. 762 CO

⁴² Rita Trigo Trindade, Le Conseil d'administration de la Société anonyme, thèse Genève 1996, p. 108

6.4.5.2 Délégation de représentants de l'Etat dans un Conseil d'administration

Lorsque l'Etat délègue un de ses agents au sein du conseil d'administration (CA), ce qui ne serait pas forcément le cas dans le contexte de l'HIRC, il convient de considérer les différents éléments formant le tissu des relations qui en résultent. L'agent devenu administrateur peut se retrouver dans les relations suivantes:

- *rapport de service entre l'Etat et l'agent;*
- *rapport entre l'Etat actionnaire et "son" administrateur membre du CA;*
- *rapport entre l'agent de l'Etat et les autres membres du CA;*
- *rapport entre les administrateurs et les actionnaires d'une SA, soit entre le CA et l'assemblée générale des actionnaires;*
- *rapport entre les administrateurs et les tiers lésés par les actes du CA.*

Ces différents points mériteraient d'être approfondis dans la mesure où les cantons de Vaud et du Valais envisageaient de déléguer des magistrats ou fonctionnaires au conseil d'administration de l'HIRC. Un des aspects essentiels de ces différents types de relations consiste dans les conflits d'intérêt ou de loyauté auxquels les personnes déléguées par les cantons pourraient être confrontés.

Pour le détail, il est renvoyé à l'annexe au présent document.

L'évocation de quelques principes sous chiffre 6.4.5.2 révèle qu'il y a lieu de distinguer très clairement entre une société anonyme ordinaire et une société d'économie mixte au sens de l'article 762 CO. Toute analyse d'une situation ou d'un projet doit commencer par cette distinction.

Pour le surplus, la mise sur pied d'une société anonyme en vue de l'accomplissement d'une tâche publique qui lui sera confiée entraîne la naissance de plusieurs rapports juridiques marqués en bonne partie par leur caractère transversal entre le droit public et le droit privé. Les principes de droit privé inhérents au fonctionnement d'une société anonyme ordinaire ne peuvent – sous réserve des particularités prévues à l'article 762 CO – pas être modifiés ou alignés sur les caractéristiques essentiels du droit public. Les corporations publiques impliquées dans la mise sur pied d'une telle société anonyme doivent, en d'autres termes, respecter le droit privé et accepter le fait que la société dispose de l'autonomie d'une personne morale régie par le droit civil fédéral, autonomie qu'elle peut également invoquer devant la justice pour se défendre contre une emprise illégale sur son activité exercée par l'Etat.

L'autonomie de droit privé d'une société anonyme contraste par ailleurs avec sa dépendance au plan financier, ce qui serait tout particulièrement le cas pour un hôpital public organisé sous forme d'une société anonyme. La société anonyme chargée d'accomplir une tâche publique bénéficie certes de toute son autonomie, mais sa survie économique et donc aussi juridique est tributaire du financement qui lui est alloué par les corporations publiques. Ce

contraste est souvent source de conflits et de divergences entre les différents acteurs impliqués."

6.4.6 Financement de l'HIRC

La convention intercantonale devrait également régler les principes de financement de l'HIRC, que ce soit au niveau des investissements et du fonctionnement. Sans vouloir anticiper sur le résultat des discussions, deux solutions paraissent envisageables. On pourrait tout d'abord moduler les règles de financement en fonction de la nature des unités qui composent l'HIRC. Le nouveau site de soins aigus pourrait alors faire l'objet d'une clé de répartition intercantonale qui tiendrait compte notamment du nombre d'habitants de la zone hospitalière desservie par le site de soins aigus de l'un et de l'autre côté de la frontière cantonale. Les autres sites de l'HIRC pourraient être soumis aux règles applicables dans le canton de situation de l'unité s'il est exact que ces autres sites n'ont pas de "vocation" intercantonale. – Une autre solution serait d'englober tous les sites dans une seule clé de répartition en partant du principe qu'ils sont tous ouverts à tous les habitants de la zone hospitalière intercantonale; une telle solution favoriserait le niveau d'intégration des sites dans la structure de l'HIRC.

Quoi qu'il en soit, il est important de fixer les clés de répartition dans la convention intercantonale de base afin d'éviter des discussions très fastidieuses lors de l'élaboration de chaque budget annuel de l'HIRC.

Ces règles de financement ne présentent pas de lien direct avec le choix de la forme juridique de l'HIRC.

6.4.7 La construction du nouveau site de soins aigus

Comme cela a été relevé sous chiffre 6.4.1 ci-devant, la convention bicantonale devrait préciser les modalités de construction du nouveau site de soins aigus. Il faudrait prévoir notamment des règles concernant le déroulement des grandes phases du projet, soit la demande du crédit d'étude (concours et projet général, les deux crédits pouvant également être séparés), le concours d'architecture, l'achat du terrain, l'élaboration du projet général, la demande et l'octroi du crédit de construction par les législatifs (point à vérifier), le projet d'exécution et la réalisation, et déterminer les responsabilités pour la conduite des opérations. La solution la plus simple serait de créer une commission de construction bicantonale qui assume le projet d'un bout à l'autre, sachant que cette commission de construction devrait rapporter aux départements compétents des deux cantons et assurer aussi la liaison avec l'HIRC, dans la mesure où l'entité a déjà été créée.

Le déroulement des activités dans le temps est décrit dans le planning cité sous chiffre 3.2 ci-devant.

6.4.8 La variante de la société d'exploitation

Pour être complet on précisera encore qu'il est théoriquement possible de concentrer le patrimoine hospitalier qui se trouve actuellement en mains d'une fondation (Riviera) et d'une association (Chablais VS & Chablais VD) auprès d'une entité centrale intercantonale, par exemple d'une fondation de droit privé ou de droit public.

Cette entité intercantonale fait ensuite exploiter les différents sites hospitaliers par une société d'exploitation qui peut être une fondation ou une société anonyme (voir les exemples dans la liste jointe en annexe, nos 4, 5, 7, 14, 18, 19, 26 notamment). Institutionnellement, les choses se compliquent parce qu'il faut faire tourner plusieurs entités. De même, il y aura en tout cas des facturations, voire des paiements à effectuer entre les différentes entités; le propriétaire demandera une sorte de "loyer" à la société d'exploitation, ce qui affecte le résultat d'exploitation et pourrait poser problème au niveau des contributions cantonales aux frais de fonctionnement de la société d'exploitation qui serait par ailleurs bénéficiaire des subsides versés par les pouvoirs publics.

On peut ajouter encore que la variante de la société d'exploitation pourrait devenir nécessaire si on optait pour une forme de droit privé et si les négociations avec les entités existantes (fondation Riviera et association Chablais) ne devaient pas aboutir. Dans ce cas, les deux entités existantes pourraient rester propriétaires et confier l'exploitation de leurs différents sites à une entreprise constituée à cet effet sous forme de fondation ou de société anonyme. Cette constellation n'est toutefois pas – à juste titre - souhaitée par les autorités des deux cantons.

7. Conclusions

Si on tente de tirer quelques conclusions de la discussion qui précède sous chiffre 6.4 en vue du choix d'une forme juridique pour le futur HIRC – qui sera, il faut le rappeler, un hôpital multisite – on peut retenir les points suivants:

- a) Les tendances actuelles en matière hospitalière (voir chiffre 2.5) n'indiquent pas une direction claire, un chemin déjà tracé. La révision totale de la LAMal qui a introduit de nouveaux instruments de planification, d'une part, et la mise en concurrence des acteurs dans le domaine des soins (fournisseurs de prestations, assureurs), d'autre part, a déclenché toute une série de tentatives de réaménager les structures des soins stationnaires, tentatives qui reflètent en fait le dilemme créé au niveau de la LAMal. En simplifiant à l'extrême, on pourrait dire que les cantons qui ont regroupé les hôpitaux au sein de nouvelles entités régionales ont essayé justement de combler l'écart entre un système planifié d'unités de soins hospitaliers et des entreprises hospitalières soumises à concurrence qui fonctionnent selon le modèle de l'économie privée.
- b) Actuellement, le droit public est encore prédominant dans le domaine hospitalier bien que bon nombre d'hôpitaux revêtent, parfois depuis longtemps, une forme juridique relevant du droit privé (fondation, association, société anonyme surtout). Les cantons, qui ont procédé à une refonte totale des structures hospitalières, qui englobent également leur forme juridique ont assez souvent opté en faveur d'une forme de droit privé (voir chiffre 2.5.2). On observe par ailleurs, indépendamment des questions liées à la structure juridique, une tendance assez nette qui va dans le sens du regroupement des structures hospitalières d'une région, regroupement qui représente généralement le fruit des décisions prises au niveau de la planification hospitalière. La mise sur pied de l'HIRC s'inscrit dans cette logique.

- c) Une forme de droit privé présente l'avantage de la continuité si on se place dans la perspective des entités qui assument actuellement des tâches hospitalières dans la zone Riviera-Chablais. Tant la fondation Riviera que l'association Chablais sont organisées selon le droit privé. Leur transformation en une seule entité de droit privé qui ne pourrait être qu'une fondation au sens des art. 88 et ss CCS peut être organisée selon des modèles connus puisque les deux organismes sont issus, de leur côté, de transformations sous forme de fusions d'entités identiques.
- d) Si on adopte par contre la perspective des deux cantons, le choix d'une forme de droit privé constituerait une exception pour le canton du Valais qui a mis sur pied le RSV, un établissement autonome de droit public cantonal. Il n'en va pas de même pour le canton de Vaud qui vit depuis des décennies avec des hôpitaux créés et exploités par des personnes morales de droit privé, étant entendu que le canton de Vaud exploite également lui-même des hôpitaux, notamment le CHUV, comme le prévoit la législation cantonale (art. 3, al. 1, ch. 1 LPFES, voir ch. 2.1.1 ci-devant).
- e) Si on cherche une solution simple à réaliser, une entité de droit public présente des avantages (voir chiffre 6.1) non négligeables dont le plus important réside sans doute dans l'environnement juridique homogène. Cette solution ne reste toutefois avantageuse que si on utilise pleinement la souplesse offerte par le droit public. Il faudra organiser l'HIRC à l'interne comme une entreprise, ce qui signifie qu'il faudra lui conférer des compétences organisationnelles au niveau de l'implantation des sites dans la zone hospitalière et de la répartition des activités sur les différents sites.
- f) Au niveau du transfert des patrimoines des deux entités existantes, l'établissement (ou la fondation) de droit public offre l'opportunité de régler ce transfert au moyen d'une reprise qui peut être décidée unilatéralement par le législateur; dans le cas de l'HIRC, il s'agirait des législatifs des deux cantons qui décideront de la reprise en acceptant la convention intercantonale portant création de l'HIRC. Si on retient une forme de droit privé, ce transfert ne peut pas être imposé, il doit être convenu. En contrepartie, la convention intercantonale ne doit pas régler les questions liées au transfert des biens hospitaliers; elle peut se contenter de renvoyer au règlement contractuel du problème.
- g) Le recours à une forme de droit public permet d'éviter quelques problèmes qui se posent uniquement si on choisit une forme de droit privé: il s'agit notamment de la fiscalisation de certaines activités hospitalières et de la nécessité de fixer un dispositif de récupération des activités hospitalières par l'Etat en cas de faillite ou de dissolution de l'entité régie par le droit privé.
- h) Compte tenu de tous ces éléments, le recours à une forme de droit public et plus précisément à la forme de l'établissement de droit intercantonal offre des avantages déterminants par rapport aux autres solutions. Un tel établissement pourra évoluer dans un contexte juridique homogène et quand même souple puisqu'il permettra de procéder rapidement à des ajustements importants en cours de route, que ce soit au niveau de l'organisation interne de

l'établissement, de la planification hospitalière concernant la zone desservie ou de l'aménagement des structures hospitalières à l'intérieur de la zone. Il bénéficiera en plus de l'approbation des législatifs des deux cantons et donc d'une légitimité accrue qui peut favoriser l'acceptation du projet auprès de la population de la région ainsi que dans les milieux politiques et professionnels.

8. Recommandation concernant le processus de réalisation du projet HIRC

Les conditions de la collaboration intercantonale indispensable en vue de la mise sur pied et de l'exploitation de l'HIRC doivent être fixées par une convention passée entre les deux cantons de Vaud et du Valais. Le choix de la forme juridique de l'entité chargée d'exploiter le futur HIRC dépendra, en grande partie, de plusieurs paramètres déterminés par les modalités de la collaboration intercantonale. Il est donc fortement recommandé d'arrêter les pierres angulaires et les éléments essentiels de la collaboration intercantonale qui aboutira à la réalisation du projet **avant** de procéder au choix de la forme juridique. Le procédé inverse risque de créer de la confusion due au fait que les différents acteurs pourraient tirer de la forme juridique choisie certaines conclusions en vue de l'aménagement des règles de la collaboration hospitalière intercantonale. Or, il est évident que ces règles doivent correspondre aux objectifs, aux attentes et aux possibilités d'action des deux cantons concernés et ne devraient pas dépendre de la forme juridique retenue. L'ordre chronologique des démarches tel qu'il est recommandé devrait par ailleurs faciliter le choix de la forme juridique du futur HIRC et éviter des discussions à deux niveaux qui traitent au premier plan de la forme juridique et en toile de fond des modalités de la collaboration intercantonale.

La convention entre les cantons de Vaud et du Valais instituant le nouvel hôpital intercantonal (multisite) pourrait être présentée aux Grands Conseils en même temps que la demande de crédit pour le concours d'architecture, l'acquisition du terrain et les études de détails.

Pierre BOILLAT, av.

GROUPEMENTS D'HOPITAUX OU DE CLINIQUES

Les indications qui suivent ont été extraites de la liste des membres de H⁺ publiée pour l'année 2005, p. 79 à 90, et complétées par des renseignements demandés individuellement aux différents groupements. Seuls des groupements d'hôpitaux publics (y compris des groupements comprenant des cliniques spécialisées) ont été pris en considération; par contre, les entreprises privées ("chaînes d'hôpitaux") ont été laissées de côté, de même que des groupements d'EMS.

| No | Nom du groupement | Nbre de sites | Total des lits | Nature et forme juridique | Propriétaires / membres / contrôle |
|----|---|---------------|----------------|--|--|
| 1 | CHYC Centre Hospitalier Yverdon Chamblon, Yverdon | 2 | 234 | Hôpital général, association | Membres: communes des zones sanitaires 6 et 6a (dès le 1.1.2005: EHNV) |
| 2 | Ensemble hospitalier de La Côte, Morges | 3 | 284 | Hôpital général / réadaptation, association | Membres: 23 délégués désignés par deux fondations (12 de Morges et 5 d'Aubonne) et une association (6 de Gilly) |
| 3 | Ente Ospedaliero Cantonale EOC, Bellinzona | 7 | 1042 | Hôpital général / réadaptation (1 s.), établissement autonome cantonal | Canton du Tessin |
| 4 | Gesundheitszentrum Fricktal, Rheinfelden | 2 | 328 | Hôpital général, fondation CC | Membres du conseil désignés par l'association de soutien qui regroupe les communes |
| 5 | Groupement Hospitalier de l'Ouest Lémanique, Nyon | 2 | 165 | Hôpital général, société anonyme | Actionnaires: Association de l'Hôpital de Nyon et Fondation de l'Hôpital de Rolle |
| 6 | Hôpital du Jura, Porrentruy | 3 | 483 | Hôpital général, établissement autonome cantonal | Canton du Jura |
| 7 | Hôpital du Jura bernois SA, St-Imier | 2 | 106 | Hôpital général, société anonyme | Les communes membres des deux syndicats hospitaliers (Moutier, Courtelary) sont organisées en société simple et détiennent toutes les actions de la SA |
| 8 | Hôpital Intercantonal de la Broye, Payerne | 2 | 290 | Hôpital général, société simple | Membres: associations de communes de FR (Broye) et de VD (zone 7) |
| 9 | Hôpital Riviera, Vevey | 4 | 261 | Hôpital général, | 23 membres au plus, dont |

| | | | | | |
|------|--|----|------|---|--|
| | | | | fondation CC | 5 désignés par les communes, 3 proposés par le corps médical, le solde par cooptation |
| 9bis | Hôpital du Chablais (HDC), Aigle – Monthey Miremont (B+ C) | 2 | 247 | Hôpital général, association CC | Association |
| 10 | Hôpital Sud Fribourgeois, Riaz | 3 | 261 | Hôpital général / réadaptation (2 s.), société simple | Membres: associations de communes des zones concernées |
| 11 | Le Réseau Santé Valais, Sion | 11 | 1254 | Hôpital général / réadaptation (1 s.) / gériatrie (2 s.) / psychiatrie (1 s.), établissement autonome cantonal, fondation CC (1 s.) et fondation DP (1) | Canton du Valais (établissement autonome), RSV (3 sièges) et Etat du Valais (2 sièges) au sein de la fondation CC, communes du Chablais (fondation DP) |
| 12 | Neue Horizonte, Berne | 3 | 474 | Hôpital général, société simple | Membres: 1 fondation CC, 2 groupements de communes de DP |
| 13 | Regionalspital Emmental AG, Burgdorf | 2 | 225 | Hôpital général, société anonyme | Actionnaires: les deux syndicats de communes (anciens propriétaires) |
| 14 | resHO réseau de soins hospitaliers, Pompaples | 3 | 270 | Hôpital général, fondation CC | Fondation supprimée, resHO fait partie, dès 2005, des hôpitaux du nord vaudois (voir ch. 1) |
| 15 | Spital Bern, Berne | 2 | 408 | Hôpital général, groupement de communes DP | Groupement de communes de droit public |
| 16 | Spital Thun-Simmmental AG, Thun | 3 | 244 | Hôpital général, société anonyme | Actionnaires: groupements de communes (55 Thun, 15 Erlenbach, 15 Zweisimmen, 15 Wattenwil) |
| 17 | Spital Thurgau AG, Frauenfeld | 4 | 842 | Hôpital général, psychiatrie (1 s.), mixte (1 s.), société anonyme | Actionnaire unique: Canton de Thurgovie |
| 18 | Spital Zimmerberg. Horgen (Betriebsstiftung) | 2 | 116 | Hôpital général, fondation CC | Membres désignés par le groupement de communes (8 communes de la rive gauche du lac) |

| | | | | | |
|----|------------------------|---|-----|------------------|-------------------|
| 19 | Spitäler Chur AG, Chur | 3 | 408 | Hôpital général, | Actionnaires: 50% |
|----|------------------------|---|-----|------------------|-------------------|

| | | | | | |
|----|-------------------------------|---|-----|--------------------------------------|--|
| | | | | maternité (1 s.), société anonyme | Hôpital cantonal, 25% Kreuzspital, 25% canton des Grisons (Fontanaspital) |
| 20 | Spitäler fmi ag, Unterseen | 3 | 203 | Hôpital général, société anonyme | Actionnaires: groupements de communes (anciens propriétaires des sites) |

| | | | | | |
|----|--|---|-----|--|---|
| 21 | Spitalregion Rheintal Werdenberg Sarganserland, Rebstein | 4 | 698 | Hôpital général, établissement cantonal | Canton de Saint-Gall |
| 22 | Spitalregion Fürstenland- Toggenburg, Wil SG | 3 | 248 | Hôpital général, établissement cantonal | Canton de Saint-Gall |
| 23 | Spitalregion St. Gallen Rorschach, St. Gallen | 2 | 832 | Hôpital général, établissement cantonal | Canton de Saint-Gall |
| 24 | Spitalverbund AR, Herisau | 3 | 310 | Hôpital général, psychiatrie (1 s.), établissement cantonal | Canton d'Appenzell Rhodes Extérieures |
| 25 | SRO Spital Region Oberraargau AG, Langenthal | 4 | 384 | Hôpital général, société anonyme | Actionnaires: 56 communes de la zone des 4 sites |
| 26 | Zürcher Höhenkliniken Wald und Davos, Faltigberg | 2 | 244 | Rhumatologie et réadaptation, fondation CC | Cooptation, membres choisis parmi les autorités cantonales (ZH) et locales + représentants des milieux professionnels |

**PROBLEMES FISCAUX
(COMPLÉMENT AU CH. 6.2. DU RAPPORT)**

La question doit être abordée sous l'angle de l'article 23 LHID qui traite des exonérations de l'impôt. A noter que les règles posées par l'article 23 LHID sont contraignantes pour les cantons qui doivent les appliquer directement⁴³.

Dans notre cas, ce sont avant tout les lettres b, c et f de l'article 23, alinéa 1, LHID qui sont importantes:

"¹ Seuls sont exonérés de l'impôt:

<...>

- b. Le canton et ses établissements dans les limites fixés par le droit cantonal;
- c. Les communes, les paroisses, ainsi que les autres collectivités territoriales du canton, et leurs établissements, dans les limites fixées par le droit cantonal;

<...>

- f. Les personnes morales qui poursuivent des but de service public ou de pure utilité publique, sur le bénéfice et le capital exclusivement et irrévocablement affectés à ces buts. Des buts économiques ne peuvent être considérés en principe comme étant d'intérêt public. L'acquisition et l'administration de participations en capital importantes à des entreprises ont un caractère d'utilité publique lorsque l'intérêt au maintien de l'entreprise occupe une position subalterne par rapport au but d'utilité publique et que des activités dirigeantes ne sont pas exercées;

<...>

Lorsque l'Etat décide de "privatiser" une tâche publique (voir p. 6 du Rapport), lorsqu'il décide par exemple de libéraliser la production et la distribution de l'énergie électrique en confiant cette tâche à une entreprise privée constituée à cet effet, il risque de mettre en question l'exonération fiscale⁴⁴. Ce risque n'est pas que théorique, comme le démontre l'exemple suivant:

La localité grisonne de Davos disposait de son propre service d'électricité. En novembre 2000, les citoyens de Davos ont accepté de sortir le service d'électricité de l'administration communale et de le transférer ses actifs et passifs sur une société anonyme nouvellement constituée. Cette société anonyme n'a pas obtenu l'exonération fiscale; en effet, par arrêt du 22 novembre 2004, le Tribunal fédéral a confirmé la décision du Tribunal administratif des Grisons qui refusait l'exonération fiscale à la société anonyme⁴⁵. Le Tribunal fédéral relève que la société anonyme n'a pas été constituée par une loi cantonale particulière, que la commune n'a pas le droit de déléguer des représentants dans les organes de la SA et que la SA poursuit des buts économiques.

⁴³ Marco Greter, in: Martin Zweifel et Peter Athanas, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 2ème édition, Bâle 2002, no 1 ad art. 23 LHID

⁴⁴ Greter, op. cit., no 24 ad art. 23 LHID, p. 360

⁴⁵ Arrêt publié dans la revue "Der Steuerentscheid" (StE) 2005, B 71.63, no 23

Il faut par ailleurs relever que l'exonération des établissements cantonaux (ou communaux) est également mise en question lors du transfert de tâches publiques sur des sociétés de droit privé parce qu'un tel transfert risque de porter atteinte au principe de la neutralité de la concurrence⁴⁶. Dans ce contexte, le fait de confier par un acte public la tâche publique à une entité de droit privé revêt une importance particulière⁴⁷.

Par ailleurs, il y a également lieu de noter que le fait qu'une fondation soutient l'exploitation d'un hôpital ne conduit encore pas automatiquement à l'exonération fiscale. Ainsi, le Tribunal cantonal fribourgeois a refusé l'exonération fiscale à une fondation qui soutient et facilite le séjour dans un home médicalisé⁴⁸. Le même tribunal avait refusé l'exonération fiscale à une fondation qui exploitait un hôpital privé⁴⁹. Dans ce dernier arrêt, le tribunal admet certes que des personnes morales de droit privé peuvent également bénéficier de l'exonération fiscale si elles poursuivent exclusivement des buts d'utilité publique. Le fait qu'elles touchent des subventions peut être un indice, mais il ne conduit pas automatiquement à l'exonération. En examinant le cas de la fondation hospitalière⁵⁰, le tribunal se réfère notamment à la comparaison avec d'autres cliniques privées et refuse finalement l'exonération fiscale parce que la fondation n'agit pas de manière désintéressée.

Ceci ne veut pas dire qu'il est impossible d'obtenir l'exonération pour but de pure utilité publique. Dans un autre arrêt récent, le Tribunal administratif fribourgeois a admis l'exonération fiscale en faveur de la Régie étudiante de l'Université de Fribourg qui met à disposition des étudiants des logements à loyer modéré⁵¹. Cet arrêt est intéressant dans notre contexte parce qu'il aborde de manière approfondie les différents critères qui doivent être remplis par une personne morale de droit privé pour bénéficier de l'exonération fiscale au sens de l'article 23 LHID.

En conclusion, une personne morale de droit privé qui assumerait les tâches de l'HIRC ne devrait pas rencontrer des problèmes si le législateur lui confère cette tâche et si elle agit de manière totalement désintéressée dans un but de pure utilité publique. Elle risque d'être imposée sur la part de ses activités déployée dans les divisions privées (exonération partielle)⁵², car de telles activités sont assimilées à des activités économiques. Pour apprécier correctement ce risque, seule une demande de renseignement adressée aux autorités fiscales compétentes peut apporter une réponse fiable.

⁴⁶ Greter, op. cit., no 28a ad art. 23 LHID; voir également Reto Kuster, *Steuerbefreiung von Institutionen mit öffentlichen Zwecken*, Zurich 1998, p. 231 ss

⁴⁷ Kuster, op. cit., p. 226 ss

⁴⁸ StE 1995, B 71.63, no 13

⁴⁹ StE 1994, B 71.63, no 12

⁵⁰ StE 1994, B 71.63, no 12, cons. 4

⁵¹ StE 2004, B 71.63, no 21

⁵² Voir à ce sujet Kuster, op. cit., p. 265 ss

| |
|---|
| COMPETENCE POUR APPROUVER LA CONSTITUTION DE LA NOUVELLE ENTITÉ (CH. 6.4.1.2 DU RAPPORT) |
|---|

Les arguments qui suivent reposent sur deux hypothèses différentes qui seront successivement discutées : la première part de l'idée de la conclusion d'une convention intercantonale qui prévoit la création d'un support juridique commun (lettre a) ci-après), cependant que la deuxième traite de la question de la prise de participations dans une personne morale de droit privé par les deux cantons (lettre b) ci-après). Ils se terminent par l'examen de la question de savoir si le principe de la constitution de la nouvelle entité doit être approuvé pour des raisons liées aux compétences financières des deux Grands Conseils (lettre c) ci-après) et quelques réflexions d'ordre plus général (lettre d) ci-après).

- a) Si on part de l'hypothèse selon laquelle les cantons de Vaud et du Valais concluent une convention intercantonale qui pose tous les principes importants de la collaboration hospitalière nécessaire pour mettre sur pied et pour exploiter l'HIRC (voir ch. 6.4.1 du Rapport, premier alinéa), la question juridique de la compétence d'approuver une telle convention – la signature incombe de toute manière aux exécutifs des deux cantons – doit être abordée sous l'angle du droit constitutionnel des deux cantons.

Pour ce qui est tout d'abord du canton de Vaud, l'article 103, alinéa 2, de la Constitution (RSVD 101.01; "CstVD") dit que le Grand Conseil "approuve les traités internationaux et les concordats, à l'exception de ceux qui relèvent de la seule compétence du Conseil d'Etat". Du côté du Conseil d'Etat, les compétences en matière de conclusion de conventions dans le contexte des relations extérieures du canton de Vaud sont réglées par les alinéas 2 et 3 de l'article 121 CstVD. Dans notre contexte, il n'existe aucune norme de délégation au sens de l'alinéa 2 de l'article 121 CstVD, de sorte que seule la compétence de conclure des contrats administratifs (art. 121, al. 3 CstVD) entre en ligne de compte, mais une convention hospitalière qui prévoit la construction et l'exploitation d'un hôpital intercantonal ne peut pas être considérée comme simple convention administrative, car le Conseil d'Etat ne serait pas compétent, à lui seul, de décider de la construction et de l'exploitation d'un hôpital cantonal à l'intérieur du canton de Vaud; une convention administrative passée par l'exécutif doit nécessairement porter sur un domaine qui relève, au niveau interne, de la compétence de l'exécutif.

La situation n'est pas différente pour le canton du Valais (art. 38, al. 2 de la Constitution valaisanne, RSV 101.1; "CstVS"). Le Conseil d'Etat conclut certes les traités, concordats et conventions de droit public (art. 55, ch. 3 CstVS), mais il doit soumettre au Grand Conseil les projets de traités, conventions et concordats qui renferment des règles de droit ou engendrent des dépenses relevant de sa compétence. Il ne fait pas de doute que la convention intercantonale consacrée à la mise sur pied et l'exploitation de l'HIRC ferait partie de cette dernière catégorie. A relever encore qu'en Valais, l'article 40, alinéa 4, CstVS précise que "la loi peut confier certaines tâches de l'Etat à des corporations ou établissements autonomes de droit public". Pour le surplus, il faut rappeler que le DSV prévoit expressément une convention intercantonale pour l'Hôpital du Chablais (voir ch. 2.1.2, dernier alinéa, du Rapport) et qu'une telle convention intercantonale devrait être approuvée selon les mêmes modalités qu'une loi parce qu'elle assume en fait la fonction d'une loi interne.

En conclusion, on constate que ce sont nécessairement les deux Grands Conseils qui doivent se prononcer sur l'approbation d'une convention intercantonale consacrée à l'HIRC:

- b) L'hypothèse selon laquelle les deux cantons doivent décider de la prise de participations dans une personne morale de droit public ou de droit privé et que ce soit sous forme de parts sociales ou de contributions au capital de dotation de la personne morale doit également être discutée sur la base du droit constitutionnel des deux cantons.

Dans le canton de Vaud, l'article 108 CstVD précise que "le Grand Conseil décide de la participation de l'Etat aux personnes morales". A noter que l'article 162, alinéa 1, CstVD prévoit d'abord que l'Etat peut "participer à des personnes morales ou en créer" avant d'exiger que "la loi fixe les modalités du contrôle" des personnes morales auxquelles l'Etat participe.

La Constitution valaisanne ne traite pas expressément de la compétence de prendre des participations. Toutefois, elle prévoit que l'Etat subventionne des hôpitaux ou crée un établissement hospitalier cantonal (art. 19 CstVD) et indique encore que la participation financière de l'Etat aux hôpitaux (et autres institutions à vocation sociale) est réglée par des lois spéciales (étant entendu qu'une convention intercantonale remplacerait la loi dans le cas de l'HIRC). Par ailleurs, la Constitution valaisanne précise encore que les représentants de l'Etat dans des sociétés où le canton a une participation prépondérante sont placés sous la haute surveillance du Grand Conseil (art. 40, al. 1, CstVS).

Il s'avère donc que la décision de prendre des participations dans une société constituée pour construire et exploiter l'HIRC relève de la compétence des deux Grands Conseils vaudois et valaisan. Dans le canton de Vaud, c'est la loi qui doit préciser également les modalités du contrôle des personnes morales auxquelles l'Etat participe.

- c) Indépendamment des arguments évoqués sous lettres a) et b), il faut relever que les deux Grands Conseil sont également compétents pour approuver le principe de la constitution de l'HIRC pour des raisons liées aux compétences financières du Grand Conseil et du Conseil d'Etat de chacun des deux cantons.

Ainsi, l'article 105 CstVD précise sous lettre b de son alinéa 2 que le Grand Conseil approuve "les crédits d'investissement et leur amortissement". La constitution de l'HIRC exigeant un crédit d'investissement accordé par le canton de Vaud, il ne fait pas de doute qu'il appartient au Grand Conseil de l'adopter. Vu uniquement sous l'angle des compétences financières (en faisant donc abstraction des arguments développés sous lettres a) et b) ci-devant, on pourrait certes constituer le support juridique de l'HIRC avant d'obtenir l'adoption du crédit d'investissement par le Grand Conseil, mais les députés pourraient se sentir placés devant le fait accompli et refuser le crédit pour des questions de principe.

Dans le canton du Valais, il appartient au Grand Conseil de décider des dépenses dites "nouvelles" (art. 41, ch. 4 CstVS), sauf disposition particulière de la Constitution ou de la loi. Une telle disposition pourrait figurer dans la loi valaisanne en gestation qui remplacera le décret provisoire sur le Réseau Santé Valais (RSV 800.10).

- d) En dernier lieu, il ne faut pas perdre de vue les exigences posées par la doctrine en matière de délégation de tâches publiques à des entités décentralisées, notamment à des personnes morales de droit privé. Ces exigences ont été évoquées sous chiffre 2.5.1 du Rapport. Elles gardent toute leur validité.

**Transfert des infrastructures hospitalières au nouvel établissement
(complément au ch. 6.4.3. du rapport)**

La question des indemnités en cas de reprise des biens s'inscrit dans le contexte plus vaste de la nature de l'acte juridique qui provoque le transfert des biens des entités existantes à la nouvelle entité. Les explications qui suivent prolongent et approfondissent les arguments développés sous chiffre 6.4.3 du Rapport, en particulier sous les deuxième et troisième alinéas de ce chiffre.

- a) Si on examine d'abord l'hypothèse de l'option en faveur d'une personne morale de droit public pour le support juridique de l'HIRC, il faut partir de la notion de la "reprise" des biens qui permet à la collectivité de provoquer le transfert des biens des personnes morales de droit privé à la collectivité. La reprise est expressément prévue dans le droit de la société anonyme et de la société coopérative (art. 751 et 915 CO), mais elle s'applique aussi à d'autres formes de personnes morales de droit privé pour lesquelles la loi ne prévoit pas expressément la reprise par une corporation de droit public. Ainsi, la doctrine admet que les biens d'une association peuvent également faire l'objet d'une reprise par une corporation de droit public⁵³.
- b) Les différentes phases de la reprise d'une société coopérative par une corporation de droit public sont notamment décrites par Gutzwiller⁵⁴. Le recours aux règles de l'article 915 CO en vue de la reprise des biens de l'association (Chablais) et de la fondation (Riviera) serait plus approprié que la référence à l'article 751 CO, bien que cette disposition avait inspiré le législateur lorsqu'il avait édicté l'article 915 CO⁵⁵.
- c) Il faut par ailleurs rappeler que les biens d'une personne morale de droit privé ne relèvent pas de la catégorie du patrimoine administratif, alors même qu'ils serviraient à la réalisation d'une tâche publique que l'Etat lui aurait confiée⁵⁶. Il s'agit de corporations publiques qui revêtent la forme d'une entité de droit privé⁵⁷. Si une telle corporation de droit privé chargée d'une tâche publique est organisée sous une forme de société qui émet des parts sociales, celles-ci font partie du patrimoine administratif de la collectivité détentrice⁵⁸.
- d) L'Etat peut reprendre les biens d'une telle personne morale de droit privé par décision du législateur⁵⁹. Toutefois, la décision du législateur qui revêt un caractère unilatéral ne s'adresse pas directement aux personnes morales de droit privé, elle vise uniquement les collectivités publiques locales (les communes en l'occurrence) qui maîtrisent les destinées

⁵³ Riemer, CB, no 92 ad art. 76-79 CC

⁵⁴ Gutzwiller, Commentaire zurichois, nos 5 à 12 ad art. 915 CO

⁵⁵ Gutzwiller, op. cit., no 1 ad art. 915 CO

⁵⁶ ATF 107 II 44, Regionalspital St. Maria, Viège; Pierre Moor, Droit administratif, vol. III, Berne 1992, ch. 6.6.1, p. 321

⁵⁷ Ulrich Häfelin et Georg Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4^{ème} édition, Zurich 2002, nos 1483 ss, p. 308

ss

⁵⁸ Pour les actions d'une société anonyme, par exemple, voir Moor, op. cit., p. 322

⁵⁹ Blaise Knapp, Précis de droit administratif, 4^{ème} édition, Bâle 1992, no 785; Häfelin et Müller, op. cit., no 827, p. 173

de ces personnes morales⁶⁰. Pour cette raison, seule une personne morale de droit privé qui est exclusivement ou très largement dominée par l'influence des collectivités publiques locales peut faire l'objet d'une reprise des biens par l'Etat sur la base d'une décision unilatérale de l'Etat. A noter que le transfert peut également être organisé sur une base consensuelle par le biais d'un contrat passé entre l'Etat et la personne morale de droit privé dont les biens sont repris par l'Etat.

- e) Si la décision de reprise des activités déployées par une personne morale de droit privé est prise, cela implique que l'Etat reprenne les activités et également les actifs et passifs de la personne morale à laquelle il succède. Ce transfert s'opère sans liquidation, sur la base d'un bilan de continuation.
- f) Pour ce qui est maintenant de la nature onéreuse ou non onéreuse de la reprise des biens par l'HIRC en tant qu'établissement de droit public intercantonal, la question de l'indemnisation des sociétaires de l'association (des communes) ne se pose que s'ils avaient obtenu, lors de l'apport de biens communaux dans l'association, des garanties ou promesses quant au retour de ces biens en cas de dissolution. En l'absence de telles règles, les sociétaires de l'association ne peuvent pas prétendre à des indemnités ou au retour de certains biens touchés par le transfert à l'HIRC parce que l'association qui exploitait l'hôpital n'est pas liquidée, son activité étant nouvellement exercée par l'HIRC⁶¹. Etant entendu que les communes étaient tenues de contribuer aux investissements hospitaliers, une rétrocession d'une partie des biens hospitaliers à ces communes paraît d'emblée exclue parce que ces biens ont été financés au moyen des recettes fiscales des communes. De toute manière, ces questions ne regardent pas directement l'HIRC; elles relèvent du droit privé et doivent être réglées entre l'association et ses sociétaires qui revendiquent des biens.
- g) On doit ajouter deux éléments. D'une part, le caractère non onéreux du transfert des biens découle en dernier lieu du principe de la nécessité de la contribution publique qui empêche la collectivité de prélever des impôts pour des opérations purement financières (p. ex. l'achat de "terrains de réserve"). Si une association (ou une fondation) hospitalière pouvait "vendre" ses biens à l'HIRC, cela signifierait que ces biens perdraient leur affectation (l'argent encaissé par l'association ou par la fondation pour les biens cédés ne serait affecté à aucun but d'intérêt public) avant d'être transférés et seraient ensuite réaffectés, moyennant une dépense financée par l'impôt, au même but par l'HIRC. Une telle désaffectation suivie d'une réaffectation des biens hospitaliers à une tâche publique n'est pas compatible avec le principe de l'utilisation parcimonieuse des moyens financiers; on ne peut pas exiger des contribuables qu'ils refinancent tous les vingt ou trente ans les éléments d'un patrimoine financé par l'impôt et affecté à une tâche publique – qu'ils paient, en d'autres termes, tous les vingt ou trente ans les frais d'investissement engendrés par la construction d'un nouvel hôpital – uniquement parce que leur propriétaire décide de désaffecter l'ancien patrimoine de sa tâche publique pour obtenir des liquidités sans aucune affectation.
- h) D'autre part, il est intéressant de constater qu'en droit fédéral, l'expropriation de terrains affectés à un but d'intérêt public n'est accordée que si des mesures sont prises pour que la tâche publique puisse néanmoins continuer à s'exercer (art. 7, al. 2 LEx). Cette réglementation ne profite non seulement aux collectivités publiques, mais aussi à des institutions organisées selon le droit privé⁶².

⁶⁰ Häfelin et Müller, op. cit., no 1483

⁶¹ Voir, pour le cas de la reprise d'une société coopérative par une corporation de droit public, JAAC 17 (1944-1945), no 97, p. 198 ss

⁶² Moor, op. cit., ch. 8.2.3.2, p. 409

- i) Pour ce qui est des biens immobiliers et mobiliers financés par des fonds propres, il faut tout de suite rappeler que tant la fondation Riviera que l'association Chablais n'existent que depuis peu de temps (Riviera: 2003; Chablais: 1997). Il est peu probable qu'elles aient pu financer, jusqu'en 2005, des biens immobiliers et mobiliers par des "fonds propres", c'est-à-dire par des liquidités qui relevaient de leur propriété et qui n'avaient aucune affectation particulière. Il faut par ailleurs s'entendre sur le terme des "fonds propres". En fait, l'immense majorité des biens qui figurent à l'actif des bilans de la fondation Riviera et de l'association Chablais a été financé par l'impôt versé sous forme de subventions cantonales et communales; une petite partie a été financée par des prestations versées par des assureurs et des patients tenus de contribuer aux frais d'investissement sur la base des tarifs qui leur étaient appliqués. Les éléments de patrimoine financés de cette manière sont certes devenus propriété de la fondation Riviera ou de l'association Chablais, mais on peut difficilement admettre qu'elles les ont financés elles-mêmes, leur rôle s'est limité pour l'essentiel à l'affectation de ressources financières obtenues de la part des collectivités publiques afin d'atteindre leurs propres buts. Pour cette raison, on voit mal les raisons pour lesquelles elles pourraient prétendre à une indemnité. Il faut en déduire qu'il y a lieu de ne considérer comme fonds propres que les éléments de patrimoine qui ont été acquis par voie de legs ou de donation, ou qui ont été apportés par une corporation de droit public à titre de capital de dotation sur une base volontaire; si la commune-siège d'un hôpital est tenue de mettre un terrain à disposition pour y ériger un nouvel hôpital, un tel terrain ne devrait pas non plus donner lieu à une indemnité versée dans le cadre de la reprise des biens.
- j) Les communes qui ont initié la mise sur pied de la fondation Riviera et de l'association Chablais (ou de leurs prédécesseurs juridiques) ne peuvent pas prétendre à des indemnités sauf si elles parvenaient à démontrer qu'elles ont apporté sur une base volontaire des éléments patrimoniaux dans la personne morale de droit privé qui devait exploiter l'hôpital et qu'elles peuvent invoquer une clause de retour de ces éléments patrimoniaux aux auteurs des apports en cas de liquidation ou transformation de l'association ou de la fondation. Dans ce cas, une indemnité pourrait entrer en ligne de compte.
- k) Jusqu'ici, on a examiné uniquement le cas où les deux cantons choisissent la forme juridique d'une personne morale de droit public. Les choses se présentent différemment au niveau des modalités de transfert des biens si les deux cantons optent en faveur d'une personne morale de droit privé (chiffre 6.4.3, alinéa 2, du Rapport). Dans ce cas, une reprise dans le sens exposé sous lettre a) ci-devant n'est pas possible et il faut chercher une solution négociée qui aboutit à une ou plusieurs conventions de fusion.
- l) Pour ce qui est par contre des indemnités éventuelles, les arguments développés sous lettres f) à j) ci-devant restent néanmoins valables. Même si les biens sont transférés sur une base conventionnelle en s'inspirant des dispositions de la LFus citées au début du chiffre 6.4.3 du Rapport, il ne faut pas perdre de vue qu'on ne procéderait pas à la liquidation des deux entités existantes avec une reprise subséquente des biens sur la base de deux bilans de liquidation – ce qui entraînerait notamment un véritable achat des biens qui se trouvent dans la masse de liquidation – mais qu'il y aurait tout simplement une reprise des activités et des biens des deux entités sans liquidation préalable sur la base de deux bilans de continuation. Il y aurait, en d'autres termes, simple changement de support juridique sans modification de l'affectation des biens hospitaliers transférés.
- m) Finalement, il faut rappeler que la fondation Riviera née en 2003 n'est pas encore devenue propriétaire des infrastructures hospitalières de leurs prédécesseurs juridiques. Il est possible que ces questions de transfert auraient été simplifiées si les entités cédantes et reprenantes étaient des institutions de droit public.