

ospita

Guido Schommer
Secrétaire général
Zieglerstrasse 29
CH-3007 Berne

Date: 20 novembre 2022

Avis de droit

Limites des contributions cantonales pour les prestations d'intérêt général (PIG) des hôpitaux

Table des matières

1. Mandat et questions posées	3
2. Bases légales	4
2.1 Financement hospitalier selon la LAMal	4
a. Objectifs du nouveau financement hospitalier	4
b. Rémunération des prestations hospitalières (art. 49 LAMal)	5
c. Rémunération des prestations hospitalières (art. 49a LAMal)	8
2.2 Bases légales en matière de subventionnement	8
2.3 Prestations d'intérêt général	10
a. Travaux préparatoires	10
b. Jurisprudence	11
c. Doctrine	12
d. Recommandations de la CDS	15
2.4 Résumé intermédiaire	16

LUCERNE

T +41 229 53 69
bernhard.ruetsche@unilu.ch

3.	Limites du subventionnement des prestations d'intérêt général (question 1).....	18
3.1	Bases légales	18
3.2	Intérêt public et proportionnalité	19
3.3	Liberté économique et neutralité concurrentielle	20
a.	En général	20
b.	Applicabilité du principe de la neutralité concurrentielle dans le domaine hospitalier	23
3.4	Résumé intermédiaire	24
4.	Conception et octroi de subventions concurrentiellement neutres (question 2)	25
4.1	Exigences matérielles.....	25
a.	Neutralité envers les organismes responsables	25
b.	Accomplissement de tâches publiques déterminées (indemnités).....	26
c.	Maintien des capacités hospitalières (aides financières)	26
4.2	Exigences procédurales (obligation d'appel d'offres)	29
a.	Octroi d'indemnités.....	29
b.	Octroi d'aides financières.....	31
4.3	Résumé intermédiaire	31
5.	Conclusion	32
5.1	Réponse aux questions posées	32
5.2	Résumé synoptique	35
6.	Liste des abréviations	36
7.	Bibliographie	37

1. Mandat et questions posées

1 Le 19 septembre 2022, l'association des entreprises suisses de santé ospita a confié au sous-signé le mandat de rédiger un avis de droit sur le thème de l'admissibilité des contributions cantonales pour les prestations d'intérêt général des hôpitaux. Plus précisément, les questions posées étaient les suivantes:

- L'art. 49 al. 3 LAMal exclut l'intégration des coûts des prestations d'intérêt général (PIG) dans les tarifs hospitaliers et mentionne «en particulier» deux types de PIG: celles qui sont destinées au maintien des capacités hospitalières pour des raisons de politique régionale et celles affectées à la recherche et la formation universitaire.

La Constitution, la loi et la jurisprudence fixent-elles des limites aux prestations d'intérêt général, et si oui, lesquelles?

- Si les prestations d'intérêt général sont définies et délimitées de manière transparente, elles peuvent être mises au concours en tant que prestations à titre onéreux en dehors des tarifs hospitaliers lors d'une procédure d'appel d'offres et être adjudgées au soumissionnaire le moins cher.

Comment les prestations d'intérêt général pourraient-elles être réglées sur le plan du droit positif de sorte à ce que la transparence et la concurrence loyale soient garanties?

Quelles sont les possibilités sur le plan législatif pour instituer une obligation d'appel d'offres?

2 Afin de répondre aux questions précitées, nous exposerons en premier lieu ci-après les bases légales pertinentes du financement hospitalier figurant dans la loi sur l'assurance-maladie (LAMal), ainsi que les principes prévus par la législation sur les subventions. Dans ce cadre, nous mettrons l'accent en particulier sur le subventionnement des prestations d'intérêt général des hôpitaux allant au-delà de la LAMal au sens de l'art. 49 al. 3 LAMal (chap. 2). Nous examinerons ensuite les limites constitutionnelles du financement des prestations d'intérêt général, principalement le principe de la liberté économique et son élément constitutif de la neutralité concurrentielle (chap. 3). Sur la base de ces explications, le présent avis s'attachera ensuite à mettre en évidence les exigences résultant des principes constitutionnels en matière de conception et d'octroi des contributions destinées aux prestations d'intérêt général des hôpitaux (chap. 4). Pour terminer, il sera répondu aux questions posées et les résultats de l'expertise seront résumés sous forme de schéma (chap. 6).

2. Bases légales

- 3 Tout d'abord, il y lieu de clarifier la **nature juridique des contributions cantonales** pour le financement des prestations d'intérêt général des hôpitaux allant au-delà de la LAMal dans le cadre du système de financement hospitalier en vigueur. Dans ce but, nous examinerons dans un premier temps les grandes lignes du financement hospitalier selon la LAMal (chap. 2.1) et de la législation sur les subventions (chap. 2.2). Les explications qui suivent seront consacrées à la notion de prestations d'intérêt général (chapitre 2.3).

2.1 Financement hospitalier selon la LAMal

a. Objectifs du nouveau financement hospitalier

- 4 Le système actuel du financement hospitalier dans le cadre de l'assurance obligatoire des soins (AOS) se fonde sur la révision partielle de la LAMal du 21 décembre 2007¹. L'un des objectifs de cette révision consistait à **renforcer la concurrence entre les hôpitaux** afin de créer des incitations visant à accroître l'efficacité de la fourniture des prestations et de freiner la hausse des coûts dans l'AOS². Ses principales nouveautés étaient l'introduction de forfaits par cas pour la rémunération du traitement hospitalier, forfaits qui se basent sur des structures uniformes pour l'ensemble de la Suisse (art. 49 LAMal), ainsi que le financement dual fixe des prestations hospitalières par les cantons et les assureurs (art. 49a LAMal).
- 5 Dans son **Message** concernant la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (financement hospitalier) du 15 septembre 2004, le Conseil fédéral s'était largement exprimé sur son ambition de renforcer la concurrence dans le secteur hospitalier:

«Le présent projet est centré sur le domaine tarifaire, l'accent étant mis sur l'idée de la concurrence. [...] Un renforcement de cette idée de concurrence est donc l'un des objectifs visés par ce projet. Le principe de la tarification forfaitaire doit certes être maintenu, mais il s'agit de financer des prestations et non plus de couvrir des coûts. L'effet visé par le financement lié aux prestations est un abandon du système de subventionnement des établissements habituellement en vigueur jusqu'ici. [...] A l'avenir, le seul élément déterminant pour la prise en charge des coûts aussi bien par les assureurs maladie que par les pouvoirs publics sera que le fournisseur de prestations soit apte à traiter la maladie et qu'il soit admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins. [...] Si pour renforcer la concurrence, on doit passer du financement des établissements à celui des prestations, cela suppose que tous les hôpitaux fournissent leurs prestations en étant soumis

¹ La révision est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Pour de plus amples informations à ce sujet, voir Rüttsche, Neue Spitalfinanzierung, chiffre 47 ss., avec références.

² Voir à ce sujet le Message concernant la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (financement hospitalier) du 15 septembre 2004, FF 2004 5207, 5211.

aux mêmes conditions. Une différenciation en fonction de l'organisme responsable n'est pas appropriée.»³

- 6 Le nouveau système du financement hospitalier traite donc les hôpitaux publics et privés sur un pied d'égalité, pour autant qu'ils figurent sur la liste des hôpitaux et soient ainsi autorisés à percevoir des rémunérations. Avec cette révision, le législateur a créé dans le domaine du financement des conditions-cadres uniformes pour les hôpitaux publics et privés, afin que la concurrence puisse se développer entre eux⁴. Étant donné que les prix des traitements AOS sont fixés sous forme de contrats tarifaires soumis à approbation, respectivement de tarifs établis par les autorités, la concurrence joue un rôle avant tout dans le domaine de la qualité et des coûts des prestations (**concurrence basée sur la qualité et sur les prix**)⁵.
- 7 A la lumière du principe du libre choix de l'hôpital consacré par l'art. 41 al.1^{bis} LAMal, la concurrence basée sur la qualité entre les hôpitaux peut avoir lieu **par-delà les frontières cantonales**⁶. L'institution du libre choix de l'hôpital accorde aux personnes assurées le droit de choisir librement entre les hôpitaux répertoriés de l'ensemble des cantons. Toutefois, dans ce cas le traitement dans un hôpital répertorié d'un autre canton est rémunéré seulement jusqu'à concurrence du tarif applicable pour ce traitement dans un hôpital répertorié du canton de résidence de la personne assurée (tarif de référence conformément à l'art. 41 al.1^{bis} LAMal). Les éventuelles différences de prix sont à la charge de la personne assurée. Dans la mesure où il ne règne pas entre les hôpitaux répertoriés à l'intérieur ou à l'extérieur du canton les mêmes conditions-cadres, une concurrence intercantonale entre hôpitaux ne peut se développer que de manière limitée. En revanche, dans le domaine de la médecine hautement spécialisée (MHS), les offres des hôpitaux qui sont au bénéfice de mandats de prestations peuvent être utilisées dans toute la Suisse aux mêmes tarifs⁷; partant, il existe dans ce domaine de l'espace pour la concurrence sur tout le territoire national entre les hôpitaux auxquels les mêmes mandats de prestations ont été attribués.

b. Rémunération des prestations hospitalières (art. 49 LAMal)

- 8 L'art. 49 LAMal régit, sous le titre «Conventions tarifaires avec les hôpitaux», la rémunération des prestations hospitalières dans le domaine de l'AOS. L'alinéa 1 de cette disposition oblige les partenaires tarifaires – soit les assureurs et les fournisseurs des prestations ou leurs fédérations respectives – à convenir de forfaits pour la rémunération du traitement hospitalier, y compris le séjour et les soins à l'hôpital. En règle générale, il s'agit de **forfaits par cas**. Les forfaits doivent être conçus de manière liée aux prestations et se basent sur des structures uniformes pour l'ensemble de la Suisse. Afin d'élaborer ces structures tarifaires, les partenaires tarifaires

³ FF 2004 5207, 5225 s.

⁴ ATF 138 II 398, consid. 3.9. p. 425. Doctrine: Rütscé, Neue Spitalfinanzierung, ch. 68; DONATSCH, CH. 1; DRUEY JUST, ch. 2; MADER, ch. 215; GÄCHTER/RÜTSCHÉ, ch. 180.

⁵ BO 2007 N 440 (Bortoluzzi), 441 (Meyer). RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung, ch. 77.

⁶ POLEDNA/VOKINGER, ch. 60 s.

⁷ GÄCHTER/RÜTSCHÉ, ch. 1096 ss.

ont institué une organisation (SwissDRG AG) comme le prévoit l'art. 49 al. 2 LAMal. Cette organisation a développé un système de forfaits par cas valable pour toute la Suisse, qui fait dépendre la rémunération des prestations hospitalières du diagnostic et de la gravité du cas (Diagnosis Related Groups, DRG)⁸. Les structures élaborées par SwissDRG AG et leurs adaptations sont soumises par les partenaires tarifaires au Conseil fédéral pour approbation. Si les partenaires ne peuvent s'entendre sur les structures, le Conseil fédéral les fixe.

- 9 Le **montant des tarifs** (prix de base et baserate) est convenu dans des conventions tarifaires, qui doivent être approuvées par le gouvernement cantonal compétent (art. 46 al. 1 LAMal). Si aucune convention tarifaire ne peut être conclue entre les fournisseurs de prestations et les assureurs, le gouvernement cantonal fixe le tarif (art. 47 al. 1 LAMal). Les tarifs hospitaliers doivent être déterminés en fonction de la rémunération des hôpitaux qui fournissent la prestation tarifée obligatoirement assurée, dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse (art. 49 al. 1 cinquième phrase LAMal). Les tarifs hospitaliers doivent par conséquent se fonder sur les comparaisons entre hôpitaux («benchmarking»).
- 10 Les tarifs hospitaliers prévus par le droit de l'assurance-maladie se basent sur une **comptabilité analytique à la méthode des coûts complets**⁹, selon laquelle tous les coûts encourus pour fournir les prestations hospitalières AOS doivent être intégrés au calcul des tarifs. En font partie tant les coûts d'exploitation (coûts du personnel, de matériel, etc.) que les coûts d'investissement (cf. art. 49 al. 7 LAMal). Font partie des investissements les biens meubles et immeubles ainsi que les autres immobilisations nécessaires pour remplir les mandats de prestations des hôpitaux au sens de l'art. 39 a. 1 let. e LAMal (art. 8 al. 1 OCP)¹⁰. Les contrats de location et les opérations d'achat par acomptes, comme les contrats de leasing, sont traités de la même manière que les opérations d'achat; les coûts provenant de telles opérations de location et d'achat par acomptes doivent être justifiés séparément en tant que coûts d'utilisation des immobilisations (art. 8 al. 2 OCP)¹¹. Avec les rémunérations uniformes basées sur les coûts complets sous forme de forfaits par cas, le législateur a créé dans le domaine du financement hospitalier les mêmes conditions pour les hôpitaux répertoriés publics et privés; les prestations hospitalières sont comparables dans l'ensemble de la Suisse, ce qui encourage la concurrence entre les hôpitaux¹².
- 11 Certaines prestations AOS ne sont pas comprises dans le calcul des rémunérations pour les prestations hospitalières selon l'art. 49 al. 1 LAMal (forfaits par cas), mais **rémunérées séparément**. Ces prestations incluent notamment la rémunération des médicaments¹³, des moyens et

⁸ EUGSTER, Krankenversicherung, ch. 1021; GÄCHTER/RÜTSCHÉ, ch. 1123.

⁹ EUGSTER, Krankenversicherung, ch. 1073; EUGSTER, art. 49 LAMal, ch. 7 s.; GÄCHTER/RÜTSCHÉ, ch. 1124.

¹⁰ Cf. également ATAF 2014/36 consid. 4.9.5.

¹¹ Cf. également, Recommandations de la CDS sur l'examen de l'économicité des tarifs hospitaliers, p. 5.

¹² EUGSTER, Krankenversicherung, ch. 1075; EUGSTER, art. 49 LAMal, ch. 8; POLEDNA/VOKINGER, ch. 2; 7, 61.

¹³ Rémunération selon une liste des spécialités (LS) conformément à l'art. 52 al. 1 let. b LAMal.

appareils attribués aux patients pour leur propre usage¹⁴, des transports de sauvetage¹⁵, ainsi que des prestations diagnostiques ou thérapeutiques spéciales facturées séparément sur la base de conventions tarifaires, au sens de l'art. 49 al. 1, quatrième phrase LAMal¹⁶. De plus, les coûts inhérents aux traitements ambulatoires à l'hôpital (art. 49 al. 6 LAMal) et les coûts des traitements de longue durée à l'hôpital (art. 49 al. 4 LAMal) sont exclus des rémunérations prévues par l'art. 49 al. 1 LAMal¹⁷. Afin qu'il soit possible d'effectuer des comparaisons entre hôpitaux à l'échelon régional, cantonal et supracantonal et pour pouvoir calculer les tarifs, les prestations et les coûts des traitements hospitaliers, ambulatoires et de longue durée doivent être calculés séparément (art. 2 OCP).

- 12 Les parts des prestations hospitalières qui ne tombent pas sous le coup de l'AOS, sont exclues des tarifs pour prestations hospitalières. L'art. 49 al. 3 LAMal indique que les rémunérations au sens de l'alinéa 1 de cette même disposition ne comprennent pas les **«parts que représentent les coûts des prestations d'intérêt général»**. Les prestations d'intérêt général au sens de l'art. 49 al. 2 LAMal comprennent en particulier le maintien des capacités hospitalières pour des raisons de politique régionale (let. a), ainsi que la recherche et la formation universitaire (let. b). Il en découle que les coûts des prestations d'intérêt général ne sont pas déterminants pour les comparaisons entre hôpitaux à effectuer conformément à l'art. 49 al. 1, cinquième phrase LAMal. Les hôpitaux doivent afficher de manière transparente dans leur comptabilité analytique par unité finale d'imputation, les coûts des prestations d'intérêt général (art. 2 al. 1 let. g OCP)¹⁸.
- 13 La LAMal ne règle pas si et dans quelle mesure les prestations d'intérêt général hors AOS **peuvent être rémunérées par les cantons**. Partant, l'on ne saurait déduire de l'art. 49 al. 3 LAMal de limitations envers les cantons s'agissant du subventionnement des hôpitaux¹⁹. Cet article dispose seulement que les coûts des prestations d'intérêt général ne doivent pas être compris dans le calcul des tarifs hospitaliers et que par conséquent, ils ne doivent pas être mis à la charge de l'AOS²⁰.

¹⁴ Rémunération selon une liste des moyens et appareils (LMA) conformément à l'art. 52 al. 1 let. a ch. 3 LAMal; cf. art. 20 OCP.

¹⁵ En revanche, les transports médicalement nécessaires d'un hôpital à un autre («transports secondaires») font partie du traitement hospitalier (art. 33 let. g OAMal) et doivent par conséquent être financés via le tarif hospitalier.

¹⁶ ATAF 2014/36 consid. 4.9.4.

¹⁷ Cf. EUGSTER, art. 49 LAMal, ch. 58.

¹⁸ ATAF 2014/3 consid. 6.4.4; ATAF 2014/36 consid. 4.9.3, 16.1.4. Cf. également ATAF 2014/3 consid. 7.4.4 (ventilation des coûts et des prestations pour les différents sites hospitaliers). Recommandations de la CDS sur l'examen de l'économicité des tarifs hospitaliers, p. 9.

¹⁹ DONATSCH, ch. 21.

²⁰ ATAF 2014/3 consid. 7.1; ATAF 2014/36 consid. 16.3.3. Pour la doctrine: RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung, ch. 68, nbp 94; DRUEY JUST, ch. 4; DONATSCH, ch. 16, 21, 36; Cf. également, Recommandations de la CDS sur l'examen de l'économicité des tarifs hospitaliers, p. 8.

c. Rémunération des prestations hospitalières (art. 49a LAMal)

- 14 L'art. 49a LAMal régit le financement (rémunération) des prestations hospitalières. L'alinéa 1 de cette disposition prévoit que les rémunérations pour les traitements hospitaliers sont prises en charge **par le canton et les assureurs selon leur part respective** («rémunération dite «dual fixe»²¹). La part du canton est fixée pour chaque année civile et doit s'élever à 55% au moins des rémunérations (art. 49a al. 2^{ter} LAMal).
- 15 Les cantons prennent en charge la **part cantonale** des assurés qui résident sur leur territoire, ainsi que celle de certains assurés qui résident dans un État membre de l'Union européenne, en Islande ou en Norvège et qui sont hospitalisés en Suisse (art. 49a al. 2 et 3^{bis} LAMal). Aux termes de l'art. 49a al. 3 LAMal, le canton verse sa part de la rémunération directement à l'hôpital, et les modalités sont convenues entre l'hôpital et le canton. Toutefois, le canton peut également convenir avec les assureurs-maladie que le canton paie sa part à l'assureur et que ce dernier verse les deux parts à l'hôpital.

2.2 Bases légales en matière de subventionnement

- 16 Les **subventions** sont des avantages monnayables accordés par l'État à des personnes et à des organisations de droit privé et de droit public pour des activités qui sont dans l'intérêt public²². Les subventions peuvent être versées sous forme de prestations pécuniaires, de prestations en nature ou de services²³. En font partie notamment les prestations pécuniaires à fonds perdu, les conditions préférentielles consenties lors de prêts (prêts sans intérêts ou à intérêts préférentiels ou contributions au service de l'intérêt), cautionnements ainsi que prestations en nature et services accordés à titre gracieux ou à des conditions avantageuses (cf. art. 3 al. 1 LSu). Les prêts étatiques doivent également être qualifiés de subventions lorsqu'ils sont accordés aux conditions usuelles du marché, dans le respect des principes admis dans le commerce. Dans ce cas, l'avantage monnayable consiste dans le fait que l'État accorde le prêt en lieu et place du marché des capitaux et partant, garantit seul l'accès au capital. En revanche, l'octroi d'allègements fiscaux ne rentre pas dans la définition de la subvention au sens du droit suisse, malgré le fait que l'État accorde indirectement, en renonçant aux recettes fiscales, des avantages monnayables²⁴.
- 17 Sur le plan fédéral, la **loi sur les subventions** offre un texte cadre qui s'applique à l'ensemble des subventions prévues par le droit fédéral (art. 2 al. 1 LSu). La loi sur les subventions définit les principes applicables en matière de législation et fixe les dispositions générales régissant les divers régimes d'aides et d'indemnités (art. 1 al. 2 LSu). Partant, cette loi fait office de partie générale du droit fédéral en matière de subventions, mais ne contient pas de bases légales pour

²¹ FF 2004 5207, 5225. RÜTSCHÉ, Neue Spitalfinanzierung, ch. 67.

²² Pour des informations détaillées sur la notion de subvention en droit suisse, voir BUNDI, p. 5 ss, et HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, ch. 2513 ss.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 46 ch. 1; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 ch. 44.

²³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, ch. 2513; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 ch. 50 ss.

²⁴ Cf. BUNDI, p. 20. Anders RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 ch. 60.

les différents subventions, qui sont plutôt prévues dans des lois spéciales. En droit cantonal, les subventions sont souvent appelées «contributions cantonales» (en allemand: «Staatsbeitrag») ou simplement «contributions» (en allemand: «Beiträge»). Certains cantons disposent de leur propre loi sur les subventions, qui fixent les principes applicables aux subventions cantonales²⁵. Lorsqu'il n'existe pas de telles lois générales, les notions et principes prévus par la loi fédérale sur les subventions et la jurisprudence y relative peuvent être utilisés²⁶.

- 18 L'art. 3 LSu définit les **indemnités et les aides financières** comme des sous-catégories des subventions. Les indemnités sont destinées à atténuer ou à compenser les charges financières découlant de tâches prescrites par le droit public ou confiées en vertu de tâches déléguées par un mandat de prestations (art. 3 al. 2 LSu). Partant, les indemnités servent à l'accomplissement de tâches publiques (principe de l'affectation) et sont avec ces tâches dans un rapport d'échange (synallagma)²⁷. En revanche, les aides financières sont des avantages monnayables qui sont accordés aux fins d'assurer ou de promouvoir la réalisation d'une activité que l'allocataire a décidé d'assumer (art. 3 al. 1 LSu). Les aides financières doivent créer des incitations et guider le comportement des allocataires de sorte à réaliser ou promouvoir les intérêts publics²⁸. Il s'ensuit qu'aux fins de la distinction entre les indemnités et les aides financières, la question déterminante est celle de savoir si la subvention porte plutôt sur une tâche publique ou sur une activité privée que l'allocataire a décidé d'assumer.
- 19 En règle générale, **les subventions sont allouées par voie de décision** (art. 16 al. 1 LSu). Néanmoins, il est également possible de conclure des contrats de subvention de droit public. La forme du contrat peut être particulièrement adaptée dans les cas où l'autorité compétente jouit d'une grande marge d'appréciation pour allouer la subvention ou lorsque, en cas d'aide financière, il est nécessaire de s'assurer que la tâche subventionnée soit effectivement exécutée (art. 16 al. 2 LSu). Typiquement, les indemnités pour l'accomplissement de tâches publiques sont allouées avec les mandats de prestations ou les conventions de prestations par lesquelles la tâche publique concernée est déléguée.
- 20 Les parts qui doivent être prises en charge par le canton pour la **rémunération des prestations hospitalières dans le domaine de l'AOS** conformément à l'art. 49a al. 1 LAMal constituent des indemnités au sens du droit des subventions²⁹. Les indemnités sont dues aux hôpitaux répertoriés en vertu des mandats de prestations au sens de l'art. 39 al. 1 let. e LAMal pour les soins hospitaliers des habitants du canton et d'autres personnes assurées (cf. art. 49a al. 2 let. a et b LAMal). Les hôpitaux répertoriés assument dans le cadre de leurs mandats de prestations les tâches qui incombent aux cantons en matière de soins³⁰.

²⁵ Par exemple les cantons de Bâle-Ville, Berne, Fribourg, Genève, Jura, Lucerne, Neuchâtel, Tessin, Vaud, Valais et Zurich; voir à ce sujet BUNDI, p. 15 ss.

²⁶ Cf. BUNDI, p. 20.

²⁷ DRUEY JUST, ch. 18, qui toutefois ne considère pas de telles prestations étatiques comme des subventions.

²⁸ Cf. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 ch. 44 (concernant toutes les subventions).

²⁹ MADER, ch. 86 ss.

³⁰ RÜTSCHÉ, Datenschutzrechtliche Aufsicht, ch. 57 ss., 82.

2.3 Prestations d'intérêt général

- 21 Comme indiqué ci-dessus les parts que représentent les coûts des **prestations d'intérêt général** (all: «gemeinwirtschaftliche Leistungen», ital.: «prestazioni economicamente di interesse generale») ne doivent pas être comptées dans les rémunérations destinées aux prestations hospitalières conformément à l'art. 49 al. 1 LAMal (ch. 12). La LAMal laisse aux cantons le soin de décider s'ils souhaitent subventionner les coûts des hôpitaux pour les prestations d'intérêt général et si oui, dans quelle étendue (ch. 13). Afin d'éviter qu'à travers de telles contributions cantonales pour les prestations d'intérêt général, la même prestation hospitalière ne soit subventionnée à double (selon la LAMal et le droit cantonal), la notion de prestation d'intérêt général au sens de l'art. 49 al. 3 LAMal doit être interprétée de manière précise et délimitée par rapport aux prestations hospitalières AOS.
- 22 La LAMal ne contient pas de définition de la notion de prestations d'intérêt général, et son art. 49 al. 3 indique uniquement à titre d'exemple que les prestations d'intérêt général comprennent en particulier le maintien des capacités hospitalières pour des raisons de politique régionale (let. a) et la recherche et la formation universitaire (let. b). C'est l'art. 7 OCP qui définit ce que recouvrent les coûts de formation universitaire et de recherche. Hormis les occurrences précitées, la notion de prestation d'intérêt général n'est pas spécifiée **dans le droit positif**. Nous allons à présent nous pencher sur les interprétations de cette notion dans les travaux préparatoires officiels, la jurisprudence et la doctrine, ainsi que dans les recommandations de la CDS sur l'examen de l'économicité des tarifs hospitaliers de 2018.

a. Travaux préparatoires

- 23 Bien que la notion de prestations d'intérêt général ait été introduite dans la LAMal dans le cadre des **débats parlementaires** consacrés à la révision de cette loi datée de 2007, elle n'a pas été définie plus précisément dans ce cadre³¹. Dans la première mouture de l'art. 49 al. 1 LAMal, le texte mentionnait en tant que prestations d'intérêt général, outre le maintien des capacités hospitalières pour des raisons de politique régionale et la recherche et la formation universitaire, également les obligations d'admission des hôpitaux s'agissant de certaines catégories de patients, obligations qui ne s'appliquent pas de la même manière aux autres hôpitaux³². L'exemple des obligations d'admission a ensuite été supprimé du texte légal par le Conseil national³³.
- 24 Dans son Message de 2004, le **Conseil fédéral** constatait d'une manière générale que «pour des raisons de politique sociale» il devait être laissé à la libre appréciation des cantons « [...] d'exclure certains domaines et de prendre en charge séparément les coûts qu'ils engendrent. Il s'agit là plus particulièrement de tâches d'intérêt public qui permettent de garantir la couverture des besoins, telles que les réserves de capacités nécessaires et les services d'urgence»³⁴. De

³¹ BO 2006 p. 57 ss.

³² BO 2006 p. 57 et 58 (intervention Brunner).

³³ BO 2007 no 448 ss.

³⁴ FF 2004 5207, 5235.

plus, le Conseil fédéral a expliqué dans sa prise de position du 11 mars 2011 consacrée à l'interpellation 10.4001 «Financement hospitalier. Mise en œuvre conforme à la loi», que «la notion de prestations d'intérêt général est définie de manière non exhaustive dans la loi, afin de préciser les prestations dont les coûts ne doivent en aucun cas être mis à la charge de la LAMal – à savoir les coûts liés au maintien des capacités hospitalières pour des raisons de politique régionale ainsi que les coûts pour la recherche et la formation universitaire – tout en laissant, en lien avec l'approvisionnement en soins, une certaine marge de manœuvre aux cantons pour financer d'autres prestations».

b. Jurisprudence

- 25 Dans un arrêt du 7 avril 2014, le Tribunal administratif fédéral a examiné en détail la question de savoir quels **coûts de formation universitaire** au sens de l'art. 49 al. 3 let. b LAMal devaient être exclus du calcul des rémunérations AOS en tant que coûts afférents à des prestations d'intérêt général. Le TAF est parvenu à la conclusion que les coûts afférents à la formation postgrade des étudiants jusqu'à l'obtention du titre postgrade fédéral. (art. 7 al. 1 let. b OCP) devaient être considérés comme des coûts pour les prestations d'intérêt général, mais pas les salaires des médecins assistant.e.s qui font partie des coûts d'exploitation déterminants pour le benchmarking³⁵.
- 26 Dans un autre arrêt daté du 11 septembre 2014, le Tribunal administratif fédéral a observé que les coûts des hôpitaux qui ne fournissent pas leurs prestations de manière économique étaient également pertinents pour la comparaison des hôpitaux à effectuer conformément à l'art. 49 al. 1, cinquième phrase LAMal. Cela comprend également les hôpitaux qui travaillent de manière non-économique en raison de surcapacités. En revanche, les coûts inhérents à des **surcapacités maintenues volontairement** doivent être exclus du benchmarking en tant que prestations d'intérêt général. En effet, il s'agit là de coûts destinés au maintien des capacités hospitalières pour des raisons de politique régionale au sens de l'art. 49 al. 3 let. a LAMal³⁶.
- 27 Dans le même arrêt, le Tribunal administratif fédéral est parvenu à la conclusion que les traitements hospitaliers **en cas d'urgence médicale** devaient être considérés comme des prestations obligatoires AOS et par conséquent, être rémunérés à travers des forfaits par cas³⁷. Étant donné que les coûts des prestations hospitalières relevant de la médecine d'urgence sont pertinents pour le calcul des tarifs hospitaliers, une exclusion des parts de coûts y afférentes en tant que prestations d'intérêt général n'est pas appropriée³⁸. Dans ce cadre, les coûts pris en compte dans le calcul des tarifs comprennent également les coûts destinés à orienter l'organisation hospitalière sur les cas urgents, par exemple les coûts destinés à garantir une plus grande flexibilité et disponibilité du personnel et des appareils, ainsi que pour la mise à disposition de capacités

³⁵ ATAF 2014/3 consid. 6.6.3.

³⁶ Voir en détail: ATAF 2014/36, consid. 4.9.6.

³⁷ ATAF 2014/36 consid. 21.3.1.

³⁸ ATAF 2014/36 consid. 21.3.2.

d'accueil libres à long terme («réserves de capacité»)³⁹. Ces coûts supplémentaires des hôpitaux d'urgence sont des coûts pour les prestations obligatoires AOS et partant, ne doivent pas être exclus en tant que prestations d'intérêt général. En revanche, le Tribunal administratif fédéral a laissé ouverte la question de savoir si les coûts supplémentaires encourus suite au maintien d'un service d'urgence trop petit ou insuffisamment exploité devaient ou non être exclus en tant que prestations d'intérêt général⁴⁰.

- 28 Enfin, le Tribunal fédéral a expliqué, dans un arrêt du 21 février 2019 que, s'agissant de l'art. 49 al. 3 LAMal «les rémunérations dues pour le traitement hospitalier conformément à la loi sur l'assurance-maladie ne doivent certes pas comprendre les parts que représentent les coûts des prestations d'intérêt général, telles que les prestations destinées au maintien des capacités hospitalières pour des motifs de politique régionale ou à la recherche et la formation universitaire», mais que ce faisant «le législateur exclut toutefois uniquement le financement des prestations d'intérêt général des hôpitaux allant au-delà du système de l'assurance-maladie obligatoire», ce qui n'empêche pas «que des aspects ayant trait à l'intérêt général soient également intégrés dans le cadre de la planification hospitalière et de l'élaboration de la liste des hôpitaux [...]».⁴¹

c. Doctrine

- 29 Selon Gebhard Eugster, sont des **prestations d'intérêt général** soit celles «dont la fourniture ne fait pas partie des tâches de l'AOS (par exemple, la recherche et la formation universitaire), soit celles qui sont maintenues bien qu'elles soient en contradiction avec les prescriptions de la LAMal (par exemple, le maintien des hôpitaux ou de surcapacités pour des motifs de politique régionale; [...]) et qui, par conséquent, ne servent pas en priorité les intérêts de la LAMal, mais d'autres objectifs.»⁴²
- 30 S'agissant du **maintien des capacités hospitalières pour des motifs de politique régionale** au sens de l'art. 49 al. 3 let. a LAMal, Eugster apporte les précisions suivantes:

«La notion de région se réfère au territoire du canton d'organisation hospitalière (généralement, le canton où se situe l'hôpital). Il convient de penser en premier lieu au cas dans lequel, afin d'éviter un désavantage d'approvisionnement régional dans le canton, l'on renonce pour des raisons politiques à fermer des hôpitaux ou des départements hospitaliers, et ce malgré le fait qu'une renonciation serait tout à fait supportable pour la population sur le plan de l'accès approprié aux soins de base hospitaliers dans le canton de domicile; un maintien des capacités hospitalières pour des raisons de politique régionale ne doit être admis qu'avec retenue s'agissant des régions périphériques sous l'angle du caractère approprié.»⁴³

³⁹ ATAF 2014/36 consid. 21.3.3.

⁴⁰ ATAF 2014/36 consid. 21.3.4.

⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 2C_196/2017 consid. 4.5.1.4.

⁴² EUGSTER, art. 49 LAMal, ch. 50.

⁴³ EUGSTER, Krankenversicherung, ch. 1077.

- 31 Ensuite, Eugster précise que la fourniture de **prestations très complexes** par un centre hospitalier ne peut pas non plus être qualifiée de prestation d'intérêt général destinée à maintenir les capacités hospitalières régionales lorsque les prestations concernées pourraient être mieux fournies par un hôpital universitaire⁴⁴.
- 32 Eugster indique également comme autres **exemples** de prestations d'intérêt général les services sociaux, les aumôneries d'hôpitaux, la prévention des épidémies, la médecine légale, l'exploitation d'un hôpital protégé et la prévention médicale en matière de situations d'urgence et de catastrophes⁴⁵.
- 33 Dans un article publié en 2015, Eva Druey Just a examiné de manière approfondie la **définition des prestations d'intérêt général** au sens de la LAMal. Comme point de départ, l'auteure cite le Tribunal fédéral, qui définit d'une manière très générale les prestations comme étant d'intérêt général «lorsqu'elles ne profitent pas à l'établissement en tant que tel, mais servent un intérêt public»⁴⁶. Dans cette optique, les prestations d'intérêt général sont d'une part des prestations pour lesquelles l'intérêt public l'emporte sur l'avantage privé. A cet égard, le but d'intérêt général se traduit par le fait que l'État souhaite lui-même obtenir la prestation pour la collectivité publique. D'autre part, les prestations sont d'intérêt général lorsqu'elles sont certes utiles au patient, mais qu'en raison de leurs coûts élevés (éventuellement engendrés par une absence de couverture d'assurance) elles sont trop onéreuses pour lui. Ici, le but d'intérêt général ne consiste pas dans un intérêt public prépondérant à la prestation en tant que telle, mais dans l'intérêt à ce que la sécurité de l'approvisionnement en soins soit garantie⁴⁷. Partant, une prestation est d'intérêt général au sens de la LAMal lorsqu'il existe un **intérêt public prépondérant** à la prestation elle-même ou à la sécurité de son approvisionnement et que la collectivité publique a commandité cette prestation⁴⁸.
- 34 Selon Druey Just, la dernière notion indiquée, celle de mandat de la collectivité, délimite en même temps les prestations d'intérêt général des «subventions» (on entend par là également les «aides financières» au sens du droit des subventions, cf. ch. 18 ci-dessus). Selon cette auteure, une prestation d'intérêt général ne peut être qualifiée comme telle que lorsqu'elle est **commandée par le canton**⁴⁹. Certes, tant la rémunération de prestations d'intérêt général que les subventions visent l'intérêt public, et toutes deux sont des mesures de politique structurelle de la collectivité publique visant à récompenser et à encourager un comportement souhaité du point de vue de l'intérêt public⁵⁰. Toutefois, les premières dépassent clairement selon l'auteure la simple fixation d'incitations, dans la mesure où la prestation d'intérêt général et la contre-prestation étatique sont dans un rapport d'échange (synallagma). Le service qui sert l'intérêt public est commandé par la collectivité publique comme elle le serait par un mandant privé et

44 EUGSTER, Krankenversicherung, ch. 1077 (avec référence à l'ATAF 2014/3 consid. 7.4.3).

45 EUGSTER, Krankenversicherung, ch. 1078 (en s'appuyant sur l'ATAF 2014/36 consid. 16.3.2).

46 DRUEY JUST, ch. 9, avec référence à l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_58/2009 du 4 février 2010 consid. 3.5.

47 DRUEY JUST, ch. 11.

48 DRUEY JUST, ch.19.

49 DRUEY JUST, ch. 13 s.

50 DRUEY JUST, ch. 15.

rémunéré selon sa valeur commerciale ou, en l'absence de valeur commerciale, d'après ses coûts. Cela présuppose un accord clair et transparent tant sur la prestation que sur sa rémunération⁵¹.

- 35 Druey Just cite comme **exemples** de prestations d'intérêt général «la prévention des épidémies, le traitement des personnes non assurées ou insolvables, l'exploitation d'hôpitaux dans des prisons ou des écoles, ainsi que, d'une manière générale, la fourniture de prestations nécessaires mais non rentables». Or ces dernières gagnent de plus en plus en importance «non seulement dans le domaine hospitalier, mais également dans le domaine ambulatoire»⁵².
- 36 Marco Donatsch souligne que la LAMal règle uniquement la question de savoir quelles sont les prestations qui doivent être supportées par l'AOS. Ce faisant, la LAMal évite selon lui que des prestations hospitalières dépourvues d'efficacité économique ne soient financées par l'assurance-maladie⁵³. En cas de **maintien des capacités hospitalières**, il estime que ce sont des traitements hospitaliers déficitaires au sens de l'art. 49 al. 1 LAMal qui sont financés. Il n'y a dans ce cas pas de rémunération des prestations, mais une prise en charge des coûts, par exemple sous forme de couverture des déficits. Le fait de savoir si le déficit provient d'une sous-utilisation ou de coûts trop élevés pour la fourniture de prestations ne joue aucun rôle. Si un hôpital réalise un déficit, soit il dispose d'une structure des coûts inefficace, soit l'on est en présence de surcapacités qui, en dernière analyse, sont liées à une planification hospitalière erronée (par le canton concerné)⁵⁴.
- 37 Selon Raphael Kummer, les **prestations d'intérêt général** au sens de l'art. 49 al. 3 LAMal sont «des prestations qui sont demandées et payées par l'État dans l'intérêt public sur la base d'un mandat de garantie ancré dans le droit positif. Dans le même temps, leur financement par l'AOS est exclu.»⁵⁵ La réglementation et la gestion des prestations d'intérêt général relèvent de la compétence des cantons⁵⁶. Selon cet auteur, compte tenu des importantes différences cantonales en matière de définition des subventions, il est impossible de dire si la prise en charge des coûts des prestations d'intérêt général doit être ou non qualifiée de subvention⁵⁷.
- 38 Toujours selon Kummer, il est laissé à la libre appréciation des cantons de rémunérer les prestations d'intérêt général dans une mesure supérieure à la simple couverture des coûts ou, par exemple, sous forme forfaitaire. Il s'ensuit à son avis qu'une couverture des déficits dans le domaine des prestations à la charge de l'AOS et le maintien y relatif de certains hôpitaux ne sauraient être exclus en soi⁵⁸. Les déficits engendrés par une fourniture non économique/non rentable de prestations hospitalières pourraient être couverts par les cantons sous le titre de

51 DRUEY JUST, ch. 18; cf. également ch. 21 ss.

52 DRUEY JUST, ch. 3 (les deux citations).

53 DONATSCH, ch. 16.

54 DONATSCH, ch. 20.

55 KUMMER, ch. 23.

56 KUMMER, ch. 24.

57 KUMMER, ch. 32; cf. également ch. 38 ss.

58 KUMMER, ch. 25.

prestations d'intérêt général selon l'art. 49 al. 3 let. a LAMal (**maintien de capacités hospitalières pour des raisons de politique régionale**) dans le but de «prévenir une réduction des prestations ou, dans des cas extrêmes, une fermeture d'hôpital et la perte y relative de valeur ajoutée régionale, ou alors le manque ou l'insuffisance de sécurité de l'approvisionnement en soins»⁵⁹.

d. Recommandations de la CDS

- 39 Les «**Recommandations sur l'examen de l'économicité** approuvées par la CDS le 27 juin 2019: détermination des hôpitaux efficaces d'après l'art. 49, al. 1 LAMal» traitent de manière exhaustive de la délimitation entre les coûts afférents aux prestations d'intérêt général et les coûts imputables pour le benchmark. Bien que ces recommandations ne soient pas juridiquement contraignantes, elles peuvent toutefois être utilisées par les cantons pour combler des lacunes ou concrétiser des normes de droit ouvertes⁶⁰.
- 40 Les recommandations de la CDS précisent d'emblée que la LAMal et les dispositions d'exécution n'établissent pas de manière exhaustive quelles prestations doivent s'entendre comme étant d'intérêt général. Dans l'optique de la **fixation des tarifs**, ce n'est pas la désignation des prestations d'intérêt général (à financer en dehors des forfaits par cas) qui est déterminante, mais d'une manière générale la distinction entre coûts imputables et coûts non imputables pour le benchmark, que les prestations engendrant ces derniers soient qualifiées d'intérêt général n'étant en l'occurrence pas essentiel, tout comme savoir par qui et dans quelle mesure elles sont financées (en couvrant ou non les coûts)⁶¹.
- 41 S'agissant de la délimitation entre coûts imputables et coûts non imputables pour le benchmark, les recommandations de la CDS fixent le **principe** suivant:
- «Toutes les prestations et les coûts s'y rapportant d'un hôpital qui sont nécessaires pour pouvoir mettre à disposition à long terme dans un système concurrentiel les prestations médicales et de soins d'après l'art. 25 ss. LAMal selon mandat de prestations au sens de l'art. 39, al. 1, let. e, LAMal ainsi que pour remplir les obligations concernant le classement des coûts et des prestations sont rémunérées au moyen de forfaits pas cas. Les coûts correspondants sont intégrés dans la détermination du tarif hospitalier. [...] On peut a contrario partir du principe que les coûts d'une prestation doivent être inclus dans le calcul du tarif hospitalier si un hôpital n'est, sans celle-ci, pas en mesure de remplir de manière appropriée le mandat de prestations au sens de l'art. 39, al. 1, let. e, LAMal.»⁶²
- 42 Ensuite, les recommandations de la CDS distinguent **quatre catégories de prestations/de coûts**:

⁵⁹ KUMMER, ch. 25.

⁶⁰ Cf. RÜTSCHÉ, Spitalplanung und Privatspitäler, ch. 41 ss.

⁶¹ Pour le texte entier, cf. Recommandations de la CDS sur l'examen de l'économicité des tarifs hospitaliers, p. 7.

⁶² Recommandations de la CDS sur l'examen de l'économicité des tarifs hospitaliers, p. 7.

- 1) Prestations à la charge de l'AOS et devant être financées via le tarif hospitalier selon réglementation légale,
- 2) Prestations à la charge de l'AOS mais ne devant pas être financées via le tarif hospitalier,
- 3) Prestations non à la charge de l'AOS et ne devant pas être financées via le tarif hospitalier,
- 4) Rémunérations non comprises dans les forfaits par cas conformément à la loi⁶³.

43 Les **prestations exclues de la rémunération AOS** entrent dans les catégories 3 et 4. Selon la CDS, il s'agit d'une part des prestations non indispensables à l'exécution du mandat de prestations au sens de l'art. 39 al. 1 LAMal et qui doivent donc être considérées comme non à la charge de l'AOS dans le cadre du traitement hospitalier (catégorie 3). D'autre part, les prestations d'intérêt général mentionnées à l'art. 49 al. 3 LAMal font partie des prestations qui ne sont pas prises en compte dans le calcul des tarifs hospitaliers. Aux yeux de la CDS, les prestations suivantes font partie de ces deux catégories:

- **Prestations non à la charge de l'AOS et ne devant pas être financées via le tarif hospitalier** (catégorie 3): repas des proches; aumônerie de l'hôpital; mesures de sécurité en forensique (coûts «prison»); consultation sociale en tant qu'intégration sociale et professionnelle; protection de l'enfance; prévention s'adressant à la population; médecine légale; surveillance sanitaire d'autres fournisseurs de prestations; école/enseignement pour enfants/adolescents; centres opératoires protégés (COP); centrale d'engagement 144; dispositif pour situations particulières: prestations de mise à disposition et exercices pour situations particulières et événements entraînant un grand accroissement du nombre de patients (p. ex. pandémie, décontamination)⁶⁴.
- **Rémunérations non comprises dans les forfaits par cas conformément à la loi** (catégorie 4): recherche et formation universitaire (art. 49, al. 3, let. a, LAMal); surcoûts dus à des considérations de politique régionale (économique) (art. 49, al. 3, let. b, LAMal). On peut partir du principe que ces prestations vont au-delà de la couverture des besoins en soins⁶⁵.

2.4 Résumé intermédiaire

44 Sur la base des différentes interprétations de la notion de prestations d'intérêt général reproduites ci-dessus et émanant des travaux préparatoires, de la jurisprudence, de la doctrine et des recommandations de la CDS sur l'examen de l'économicité, il est possible de tirer les conclusions suivantes:

- Les **rémunérations des prestations hospitalières** au sens de l'art. 49 al. 1 LAMal comprennent toutes les prestations et les coûts s'y rapportant d'un hôpital qui sont nécessaires pour pouvoir exécuter ses mandats de prestations au sens de l'art. 39 al. 1 let. e LAMal.

⁶³ Recommandations de la CDS sur l'examen de l'économicité des tarifs hospitaliers, p. 7 ss.

⁶⁴ Recommandations de la CDS sur l'examen de l'économicité des tarifs hospitaliers, p. 9.

⁶⁵ Recommandations de la CDS sur l'examen de l'économicité des tarifs hospitaliers, p. 9.

En font partie, outre les coûts inhérents aux prestations hospitalières et de soins AOS, également les coûts qui sont encourus par les hôpitaux en raison des exigences de la LAMal pour des prestations organisationnelles et administratives, comme par exemple pour le calcul de leurs coûts et le classement de leurs prestations conformément aux exigences de l'art. 49 al. 7 LAMal (ch. 8 ss.).

- Les **prestations d'intérêt général** au sens de l'art. 49 al. 3 LAMal sont des prestations fournies par les hôpitaux répertoriés dans l'intérêt public, mais qui ne sont pas indispensables à l'exécution du mandat de prestations au sens de l'art. 39 al. 1 let. e LAMal et dont les coûts ne sont donc pas couverts par les tarifs AOS. La LAMal ne prévoit pas si et dans quelle mesure les prestations d'intérêt général hors AOS peuvent être rémunérées par les cantons. L'art. 49 al. 3 LAMal se limite à établir que les parts que représentent les coûts des prestations d'intérêt général ne sont pas prises en compte dans le calcul des tarifs hospitaliers et ne doivent ainsi pas être mises à la charge de l'AOS (ch. 13, 21 ss.)
- L'une des catégories de prestations d'intérêt général consiste en ceci qu'un hôpital exécute sur mandat du canton **certaines tâches publiques** qui vont au-delà de l'AOS. Cela comprend des tâches comme les repas des proches, l'aumônerie de l'hôpital, la consultation sociale, la médecine légale ou les prestations de mise à disposition en cas de pandémie, mais également la recherche et la formation universitaire (art. 49 al. 3 let. b LAMal)⁶⁶. Ce type de tâches servent des exigences de politique de la santé, sociale ou de sécurité⁶⁷. Il s'agit de tâches publiques dont le canton est tenu de garantir l'exécution sur la base des mandats légaux correspondants, moyennant l'octroi de mandats de prestations aux hôpitaux⁶⁸. Sous l'angle du droit des subventions, les rémunérations par les cantons des coûts (non couverts) de telles prestations d'intérêt général représentent des indemnités (cf. ch. 18). Celles-ci sont affectées à un but déterminé – l'exécution de la tâche publique déléguée. Partant, il existe entre la prestation d'intérêt général de l'hôpital et la contre-prestation de l'État (indemnité) un rapport d'échange (synallagma)⁶⁹.
- L'autre catégorie de prestations d'intérêt général concerne le **maintien des capacités hospitalières** pour des raisons de politique régionale, dont il est question à l'art. 49 al. 3 let. a LAMal. Il ne s'agit pas ici de l'exécution de certaines tâches d'intérêt public allant au-delà de l'AOS, mais précisément de la garantie (à long terme) de l'approvisionnement en soins hospitaliers par les hôpitaux répertoriés dans le cadre de l'AOS. Les contributions versées par les cantons pour le maintien des capacités hospitalières couvrent également les coûts qui ne sont pas compris dans les tarifs hospitaliers AOS. Il s'agit par exemple des coûts des infrastructures nécessaires à des hôpitaux situés dans des zones peu peuplées et qui ne peuvent pas être exploitées pleinement⁷⁰ en raison du nombre de cas peu

⁶⁶ Cf. Recommandations de la CDS sur l'examen de l'économicité des tarifs hospitaliers, p. 8 s. (catégorie 3 et en partie, catégorie 4).

⁶⁷ Cf. déjà in FF 2004 5207, 5235 (« pour des raisons de politique sociale » et « tâches d'intérêt public »).

⁶⁸ Sur la notion de « tâche publique », cf. Rüttsche, öffentliche Aufgaben, p. 157 ss.

⁶⁹ Dans le même sens, la notion de prestation d'intérêt général chez DRUEY JUST, ch. 9 ss.

⁷⁰ Cf. ATAF 2014/36 consid. 4.9.6; EUGSTER, Krankenversicherung, ch. 1077; DONATSCH, ch. 20; KUMMER, ch. 25.

élevé, ou également des coûts extraordinaires, non pris en compte par les forfaits par cas, qui sont destinés à des investissements pour la rénovation et la modernisation des infrastructures hospitalières. Les contributions cantonales destinées au maintien des capacités hospitalières ne constituent pas des indemnités destinées à l'accomplissement de certaines tâches publiques⁷¹, – la tâche publique de l'approvisionnement en soins hospitaliers est déléguée avec les mandats de prestations LAMal et épuisée de manière exhaustive. Il s'agit plutôt sous l'angle du droit des subventions, d'**aides financières** accordées aux fins d'assurer ou de promouvoir l'exercice d'une activité (candidature aux mandats de prestations de soins hospitaliers à la charge de l'AOS) que l'allocataire (l'hôpital) a décidé d'assumer (cf. ch. 18).

3. Limites du subventionnement des prestations d'intérêt général (question 1)

45 L'octroi de subventions et de contributions étatiques représente une action de l'État qui doit satisfaire à un certain nombre d'exigences constitutionnelles, en particulier aux **principes de l'activité de l'État régi par le droit**⁷². En font partie le respect des principes de la légalité, de l'intérêt public, de la proportionnalité et de la bonne foi (art. 5 Cst.). De plus, les subventions peuvent entrer en conflit avec le principe de la liberté économique, en particulier la neutralité concurrentielle (art. 27 et art. 94 al. 1 Cst.), lorsqu'elles ont pour effet de maintenir des structures économiques existantes ou de créer des distorsions de la concurrence. Nous allons examiner ci-après plus en détail les exigences de base légale (chap. 3.1), d'intérêt public de la proportionnalité (ch. 3.2) ainsi que les principes de la liberté économique et de la neutralité concurrentielle (chap. 3.3).

3.1 Bases légales

46 Le principe de la légalité s'applique «à l'ensemble des activités de l'administration, y compris à l'administration-fournisseur»⁷³, raison pour laquelle les subventions doivent également reposer sur une base légale suffisante⁷⁴. Cette base légale doit figurer dans **une loi au sens formel**. Cela signifie d'une part que la subvention doit être ancrée dans un acte général et abstrait, qui a été adopté conformément à la procédure démocratique prévue par la Constitution (exigences de la codification et de la hiérarchie des normes), et d'autre part, que la base légale doit être suffisamment précise (exigence de densité normative). Dans ce cadre, la densité normative peut

⁷¹ Cf. DONATSCH, ch. 20.

⁷² ATF 138 I 191, consid. 4.2.5 p. 200.

⁷³ ATF 130 I 1 consid. 3.1 p. 5, avec référence à l'ATF 103 Ia 369 consid. 5 s. p. 380 ss. et ATF 123 I 1 consid. 2b p. 3 s.

⁷⁴ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 ch. 46; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 46 ch. 18. Pour les subventions dans le domaine hospitalier, Joseph, p. 297.

varier en fonction du type de subvention et de sa forme concrète⁷⁵: pour les subventions-droits (subventions au versement desquelles il existe un droit) les conditions du droit concerné (but de l'octroi de la subvention, cercle des ayant droits et cadre de calcul) doivent être réglées dans une loi au sens formel. Pour les subventions-facultés (subvention dont le versement relève de la marge d'appréciation de l'autorité), il est suffisant que la possibilité de l'octroi de la subvention dans un but d'intérêt public déterminé soit mentionnée dans une loi au sens formel⁷⁶. Sont notamment de telles subventions-facultés les aides financières destinées aux maintien des capacités hospitalières pour des raisons de politique régionale.

- 47 S'agissant des indemnités, il convient de noter ce qui suit concernant le principe de la légalité: la **tâche publique** dont l'accomplissement est délégué à des fournisseurs de prestations extérieurs à l'administration via des mandats de prestations donnant droit à des indemnités nécessite en tant que telle une base légale figurant dans une loi au sens formel. Pour ce faire, il est suffisant que la tâche publique concernée soit désignée de manière générale dans la loi, et que sa concrétisation ait lieu au niveau de l'ordonnance et dans des mandats de prestations. Conformément à l'art. 178 al. 3 Cst, une base légale au sens formel est nécessaire pour confier des tâches publiques («tâches de l'administration») à des organismes et à des personnes qui sont extérieurs à l'administration fédérale. Selon le Tribunal fédéral, la même chose s'applique lorsque les cantons externalisent des tâches de l'administration⁷⁷.

3.2 Intérêt public et proportionnalité

- 48 L'exigence de l'**intérêt public** est consubstantielle à la notion de subvention: les subventions sont des avantages monnayables accordés par l'État pour des activités qui sont dans l'intérêt public (ch. 16). Les aides financières permettent à l'État de soutenir des activités que l'allocataire a décidé d'assumer et qui sont dans l'intérêt public, alors que les indemnités sont destinées à atténuer ou à compenser les charges financières découlant de l'accomplissement de tâches publiques (ch. 18). L'exigence de l'intérêt public s'actualise surtout dans les cas où, par l'octroi de subventions sur le marché concerné, l'État fausse la concurrence ou maintient des structures économiques existantes. Dans de tels cas, la question de la compatibilité de la subvention avec la liberté économique et la neutralité concurrentielle peut dépendre du type d'intérêt public en cause et du poids qui lui est accordé (cf. ch. 55 ss.).
- 49 S'agissant des contributions cantonales affectées au financement des prestations d'intérêt général des hôpitaux, l'intérêt public de la population du canton à un **approvisionnement suffisant en soins de santé** est prioritaire. Le fait qu'une activité subventionnée soit dans l'intérêt public ne signifie pas encore que cette activité représente une tâche publique. Bien au contraire, l'État peut très bien réaliser également ses objectifs et l'intérêt public en soutenant des privés dans l'exécution de tâches qui sont dans l'intérêt public. Conformément au principe de subsidiarité, le législateur ne devrait déclarer une activité d'intérêt public comme tâche de l'État que dans

⁷⁵ Cf. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 ch. 46; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 46 ch. 19.

⁷⁶ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, § 46 ch. 19.

⁷⁷ ATF 138 I 196 consid. 4.4.3 p. 201; RÜTSCHÉ, öffentliche Aufgaben, p. 153, 158.

la mesure où les privés n'exécutent pas la tâche concernée de manière appropriée (cf. art. 6 Cst.).

- 50 En ce qui concerne le **principe de la proportionnalité**, l'on peut se demander si ce principe est pertinent pour l'octroi de subventions. L'application du principe de la proportionnalité dans ce domaine obligerait en effet l'État à sauvegarder les intérêts des citoyens à un usage économe des fonds publics ainsi qu'à une utilisation parcimonieuse et durable des ressources limitées. Dans le domaine des assurances sociales, le Tribunal fédéral a constaté dans de nombreux arrêts que la prestation à payer par l'assurance (coût) devait être dans un rapport raisonnable au but visé (utilité)⁷⁸, et qu'aucun déséquilibre grave ne devait exister entre les coûts et l'utilité⁷⁹. A la lecture de la jurisprudence, on peut conclure d'une manière générale que le principe de la proportionnalité ne doit pas servir uniquement à limiter le pouvoir d'intervention étatique, mais également à exiger une utilisation appropriée des fonds publics. Il en découle que les subventions ne doivent pas seulement être appropriées à atteindre et à encourager l'intérêt public visé, mais ne peuvent également pas dépasser par leur montant le but concerné et être disproportionnées par rapport à l'intérêt public visé.

3.3 Liberté économique et neutralité concurrentielle

a. En général

- 51 La **liberté économique en tant que droit fondamental** est consacrée par l'art. 27 Cst., et protège en particulier le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative et son libre exercice. De plus, la liberté économique fonde un droit à l'égalité de traitement entre concurrents.
- 52 Conformément à l'art. 94 al. 1 Cst., la Confédération et les cantons respectent le **principe de la liberté économique**. Celui-ci implique, comme corollaire du droit à l'égalité de traitement entre concurrents, l'obligation de l'État d'adopter un comportement neutre en matière de concurrence. Les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons (art. 94 al. 4 Cst.). L'art. 27 Cst. protège ainsi l'aspect de la liberté économique en lien avec les droits de l'individu. En revanche, l'art. 94 Cst. consacre la dimension systémique, ou institutionnelle, de la liberté économique en tant que principe directeur fondamental d'un système économique fondé sur les principes de l'économie de marché. Néanmoins, les dimensions individuelle et systémique de la liberté économique sont étroitement liées et ne sauraient être considérées de manière isolée⁸⁰.

⁷⁸ ATF 130 V 488 consid. 4.3.2 p. 491; ATF 132 V 215 consid. 3.2.2 p. 221.

⁷⁹ ATF 109 V 41 consid. 2b p. 44; ATF 118 V 107 consid. 7b p. 115; ATF 136 V 395 consid. 7.4 p. 407 s.

⁸⁰ Voir sur ce thème ATF 138 I 378 consid. 6.1 p. 384 s.; FF 1997 I 1 175 ss., 293, 296; BIAGGINI, Kommentar zu Art. 94 BV, ch. 1; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 4 ch. 63 ss.

- 53 La liberté économique garantie par les art. 27 et 94 Cst. protège contre les interventions étatiques qui provoquent des **restrictions ou des distorsions de la concurrence**. Cela peut arriver lorsque l'État restreint l'accès à un marché, par exemple en établissant un monopole, en interdisant certaines activités ou en limitant l'accès au marché sur le plan quantitatif. Il y a également atteinte à la liberté économique lorsque l'État régule des paramètres essentiels de la concurrence, comme le prix ou la qualité de l'offre. Ensuite, la liberté économique protège sous son aspect ayant trait à l'égalité de traitement contre les distorsions de la concurrence créées lorsque l'État favorise certains concurrents au sein du marché concerné, par exemple à travers l'octroi de subventions ou d'allègements fiscaux.
- 54 La garantie de la liberté économique ne s'applique pas de manière absolue, mais peut être **restreinte** moyennant le respect de certaines conditions. Ces conditions sont d'abord énoncées par l'art. 36 Cst. (lorsque l'État intervient dans le droit fondamental protégé par l'art. 27 Cst.) et par l'art. 5 Cst. (si seul l'aspect systémique prévu par l'art. 94 Cst. est touché). Une restriction de la liberté économique n'est pas conséquente autorisée que si elle est fondée sur une base légale suffisante et qu'elle est prévue par une loi au sens formel, qu'elle est justifiée par un intérêt public légitime et proportionnée au but visé⁸¹.
- 55 Lorsqu'il s'agit d'examiner la comptabilité d'une mesure étatique avec le principe de la liberté économique conformément à l'art. 94 al. 1 Cst., il existe des particularités en ce qui concerne **l'intérêt public** et la **proportionnalité**:
- 56 Si l'intérêt public (le motif de la règle concernée) est **d'une nature qui relève strictement de la politique économique**, à savoir qu'il consiste uniquement à protéger les intérêts économiques d'une collectivité (promotion d'un site), de certaines branches économiques (promotion d'une branche) ou de certaines entreprises (promotion d'entreprises), l'on est en présence d'une atteinte contraire aux principes. Il s'agit là de mesures dites de politique structurelle, car elles visent à maintenir certaines structures économiques et à les protéger contre la concurrence. La même chose s'applique lorsque l'État poursuit des intérêts purement fiscaux, à savoir lorsque l'administration publique ou des entreprises publiques poursuivent leurs propres intérêts économiques et interviennent ainsi dans la concurrence avec un effet de distorsion. Les atteintes à la concurrence strictement motivées par des considérations fiscales ou de politique économique sont en tous les cas incompatibles avec le principe de la liberté économique⁸².
- 57 L'on peut être en présence d'une atteinte contraire aux principes même lorsque celle-ci est motivée par des **intérêts publics non économiques** (par exemple, sécurité publique, approvisionnement de base ou intérêts de politique sociale). Dans ce cas, le motif (l'intérêt public) doit être mis en balance avec les effets (atteinte à la concurrence). Si l'intérêt public n'est pas prépondérant lorsqu'il est mis en balance avec l'atteinte à la concurrence, l'on est en présence d'une dérogation au principe de la liberté économique, c'est-à-dire d'une mesure contraire aux principes⁸³.

⁸¹ ATF 135 II 296 consid. 2.1 p. 300.

⁸² Voir sur ce thème ATF 140 I 218 consid. 6.2 p. 228.

⁸³ Voir sur ce thème, arrêt du Tribunal fédéral 2C_940/2010 du 17 mai 2011 consid. 3.2.

- 58 Même des mesures contraires aux principes qui dérogent à l'art. 94 al. 1 Cst. peuvent être **justifiées sur le plan du droit constitutionnel**, comme le prévoit l'art. 94 al. 4 Cst. Celui-ci dispose que des mesures contraires aux principes peuvent être admises exceptionnellement à condition qu'elles soient prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons (régales de la chasse, de la pêche, des sels et des mines).
- 59 La liberté économique ne fonde en principe **aucun droit à des prestations étatiques**, en particulier aucun droit à l'octroi de subventions ou de mandats publics, ni à la protection contre la concurrence privée⁸⁴. Le domaine de l'assurance sociale comme tel est soustrait dans une large mesure au principe de la liberté économique, tant sur le plan constitutionnel que légal. Dans les domaines dans lesquels il ne règne pas de concurrence privée, comme l'établissement des tarifs pour les prestations relevant du droit des assurances sociales, des prescriptions en matière de prix sont admissibles. En particulier, la liberté économique ne fonde aucun droit à générer des prestations du montant souhaité à la charge de l'assurance-maladie sociale⁸⁵.
- 60 Cependant, l'État est tenu, en vertu du principe de la liberté économique, **de respecter l'égalité de traitement entre les concurrents et d'adopter un comportement neutre sur le plan de la concurrence**, et ce non seulement dans le cadre de la gestion des interventions, mais également dans le cadre de l'octroi de prestations. Par conséquent, sont inadmissibles les mesures étatiques «qui créent une distorsion de la concurrence entre les concurrents directs ou qui ne sont pas neutres du point de vue de la concurrence, notamment parce qu'elles visent à intervenir dans la concurrence pour privilégier ou désavantager certains concurrents ou groupes de concurrents par rapport à d'autres»⁸⁶. Dès lors, l'État est tenu de respecter le principe de l'égalité de traitement lorsqu'il subventionne des entreprises qui sont en concurrence les unes avec les autres⁸⁷. D'une manière générale, le principe de la neutralité concurrentielle au sens de l'art. 94 al. 1 Cst. est applicable également dans le cadre de l'administration-fournisseur, en particulier lors de l'octroi de subventions. Partant, celles-ci ne sauraient se fonder sur des motifs de pure politique économique, ou entraîner des distorsions de la concurrence qui ne sont pas justifiées par un intérêt public prépondérant. Demeurent réservées les dérogations admises au principe de la liberté économique prévues par la Constitution fédérale elle-même (cf. ch. 56 ss.).
- 61 La neutralité concurrentielle de l'État et le droit des concurrents à l'égalité de traitement présupposent **un rapport de concurrence direct**⁸⁸. Par «concurrents directs», le Tribunal fédéral entend les «personnes appartenant à la même branche, qui s'adressent au même public avec des offres identiques pour satisfaire le même besoin»⁸⁹.

⁸⁴ BIAGGINI, Kommentar zu Art. 27 BV, ch. 17.

⁸⁵ ATF 143 V 369 consid. 5.4.3 p. 382; ATF 142 V 488 consid. 7.2 p. 499; ATF 132 V 6 consid. 2.5.2 p. 14 s.; ATF 130 I 26 consid. 4.3 p. 41 s., consid. 4.5 p. 42 s.

⁸⁶ ATF 131 II 271 consid. 9.2.2 p. 291 avec les références citées.

⁸⁷ ATF 121 I 129 consid. 3d p. 135; ATF 130 I 26 consid. 4.4 p. 42; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 ch. 63; JOSEPH, p. 297 s.

⁸⁸ ATF 131 II 271 consid. 9.2.2 p. 291.

⁸⁹ ATF 132 I 97 consid. 2.1 p. 100. Cf. BIAGGINI, Kommentar zu Art. 27 BV, ch. 25 avec les références citées, selon lequel il convient de se fonder non pas sur le critère de l'appartenance à une branche, mais sur celui du marché déterminant.

62 Si le droit des concurrents à l'égalité de traitement offre certes une protection⁹⁰ qui va au-delà du principe général de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.), il ne s'applique toutefois pas de manière absolue. Selon le Tribunal fédéral, il convient d'éviter les distorsions de la concurrence perceptibles qui ne sont pas justifiées par l'intérêt public⁹¹. En revanche, un traitement préférentiel des concurrents est admissible lorsqu'il est justifié par un **intérêt public** suffisant⁹², par exemple par des motifs de protection de l'environnement⁹³ ou de maîtrise des coûts dans le domaine de la santé⁹⁴.

b. Applicabilité du principe de la neutralité concurrentielle dans le domaine hospitalier

63 Les hôpitaux répertoriés exercent leur activité à la charge de l'assurance-maladie sociale et exécutent dans le domaine hospitalier les **tâches publiques** des soins de santé sur la base de leurs mandats de prestations⁹⁵. Dans le cadre de ces tâches, ils ne peuvent se prévaloir du droit au libre accès à une activité économique lucrative et à son libre exercice qui découlent du principe de la liberté économique. Les activités étatiques ou l'exercice de mandats publics sont exclus de ce droit⁹⁶.

64 En revanche, la jurisprudence va dans une autre direction en ce qui concerne le principe de la **neutralité concurrentielle de l'État** et de l'égalité de traitement entre concurrents qui font partie de la liberté économique. Ainsi, dans un arrêt de 2005 en rapport avec un hôpital privé au bénéfice d'un mandat de prestations, le Tribunal fédéral a indiqué qu'il existe un droit à la neutralité concurrentielle lorsque le législateur a assujéti les établissements publics et privés dotés d'un mandat de prestations aux mêmes règles⁹⁷. Suite à la révision de la LAMal de 2007 par laquelle le législateur a décidé de placer les hôpitaux privés et publics sur un pied d'égalité dans le domaine du financement hospitalier, le Tribunal fédéral a reconnu que les hôpitaux privés dotés de mandats de prestations pouvaient se prévaloir envers le canton de la neutralité concurrentielle et du droit à l'égalité de traitement entre concurrents⁹⁸. Dans cet arrêt, le contrôle judiciaire s'est limité aux aspects inhérents à l'égalité de traitement et à l'interdiction de l'arbitraire⁹⁹.

65 Sur la base de cette jurisprudence du Tribunal fédéral, il convient de conclure que le principe de l'égalité de traitement entre concurrents au sens de l'art. 27 Cst. et l'aspect systémique de la liberté économique consacré par l'art. 94 Cst., en particulier la neutralité concurrentielle de l'État,

⁹⁰ ATF 121 I 129 consid. 3d p. 135.

⁹¹ ATF 125 I 431 consid. 4b p. 436; ATF 125 II 129 consid. 10b p. 150; ATF 130 I 26 consid. 6.3.3.1 p. 53.

⁹² RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 ch. 41 ss.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, ch. 693 s.; KIE-
NER/KÄLIN, p. 395 ss.

⁹³ ATF 125 I 129 consid. 10b p. 150.

⁹⁴ ATF 130 I 26 consid. 6.2 p. 50.

⁹⁵ RÜTSCHÉ, Datenschutzrechtliche Aufsicht, ch. 57 ss., 82.

⁹⁶ BIAGGINI, Kommentar zu Art. 27 BV, ch. 13 et les références citées.

⁹⁷ ATF 132 V 6 consid. 2.5.4 p. 16.

⁹⁸ ATF 138 II 398 consid. 3.9.3 et 3.9.4 p. 425 s.

⁹⁹ ATF 138 II 398 consid. 3.6 p. 418 ss. (Examen de l'égalité de traitement) et consid. 3.7 p. 421 ss. (Examen de l'interdiction de l'arbitraire).

s'appliquent également dans le domaine hospitalier¹⁰⁰. Partant, les cantons sont tenus d'adopter un comportement concurrentiellement neutre envers les hôpitaux répertoriés publics et privés, et de traiter ces derniers sur un pied d'égalité, dans la mesure où ils sont en concurrence directe les uns avec les autres. Le fait de rendre possible la **concurrence entre les hôpitaux répertoriés** au-delà des frontières cantonales était également un but déclaré de la révision de la LAMal de 2007 qui a introduit le système du nouveau financement hospitalier (ch. 4 ss.). Cela signifie que les interventions qui provoquent des distorsions de la concurrence de la part des cantons dans le domaine des soins hospitaliers ne sont pas seulement contraires à la Constitution (art. 27 et 94 Cst.), mais violent également la LAMal en tant que telle¹⁰¹, dans la mesure où de telles distorsions ne sont pas justifiées par des intérêts publics suffisants (ch. 62).

- 66 Les hôpitaux publics et privés sont en concurrence directe, lorsqu'ils disposent de mandats de prestations pour le même éventail de prestations et que cette offre s'adresse aux mêmes patients. Cependant, il sied de distinguer la concurrence visée dans le domaine des prestations hospitalières AOS de la notion de concurrence efficace sur laquelle se fondent tant la loi sur les cartels que le droit des marchés publics¹⁰². En particulier en ce qui concerne les prix (tarifs), un paramètre essentiel de la concurrence est régulé par l'État (ch. 8 s.). Par conséquent, la concurrence entre les hôpitaux répertoriés se limite essentiellement à une **concurrence basée sur la qualité**. A cela vient s'ajouter une concurrence entre les hôpitaux **basée sur les coûts**, dans la mesure où le financement hospitalier crée des incitations pour fournir des prestations médicales les plus efficaces possibles, à savoir aux coûts les plus faibles possibles (ch. 6). Il découle de ce qui précède que, dans le domaine des soins hospitaliers dans le cadre de l'AOS, le principe de la neutralité concurrentielle se réfère à la concurrence basée sur la qualité et à la concurrence basée sur les coûts, et non à la fixation des prix régulés par l'État.

3.4 Résumé intermédiaire

- 67 Le droit supérieur, en particulier les principes de l'activité de l'État régi par le droit et le principe de la neutralité concurrentielle, fixe les limites suivantes au subventionnement des prestations d'intérêt général par les cantons:
- Les subventions destinées aux prestations d'intérêt général nécessitent une **base légale figurant dans une loi au sens formel**. Cette base légale doit être de nature générale et abstraite, avoir été adoptée selon un processus démocratique et être suffisamment précise. La densité normative peut varier en fonction du type et de la forme concrète de la subvention. Pour les subventions-facultés, telles que les aides financières destinées au maintien des capacités hospitalières pour des raisons de politique régionale, il est suffisant

¹⁰⁰ GÄCHTER/RÜTSCHÉ, ch. 180. Cf. également DRUEY JUST, ch. 2; JOSEPH, p. 297 s. Anders DONATSCH, ch. 36.

¹⁰¹ Cf. Arrêt du Tribunal fédéral C-5017/2015 du 16 janvier 2019 consid. 15.2: l'inégalité de traitement des hôpitaux privés par rapport à l'Hôpital Universitaire de Genève (HUG) viole la LAMal, car elle ne peut se fonder sur des motifs objectifs, à savoir *in casu* sur les critères de planification que sont la qualité et l'économicité (art. 39 al. 2^{ter} LAMal).

¹⁰² Cf. en détail: TRÜEB/ZIMMERLI, ch. 83 ss.

que la possibilité de l'octroi de la subvention dans un but d'intérêt public déterminé soit mentionnée dans une loi au sens formel (ch. 46 s.).

- De plus, les subventions doivent se fonder sur un **intérêt public** admissible. L'intérêt à un approvisionnement suffisant en soins de santé pour la population du canton constitue un tel intérêt public. Sous l'angle du **principe de la proportionnalité**, les subventions doivent être appropriées à atteindre et à promouvoir l'intérêt public visé et ne doivent pas être disproportionnées par rapport à l'intérêt public encouragé (ch. 48 ss.).
- Les cantons se doivent d'adopter envers les hôpitaux répertoriés publics et privés un comportement **neutre sur le plan de la concurrence** et de les traiter sur un pied d'égalité, dans la mesure où ils sont dans un rapport de concurrence basée sur la qualité et les coûts (concurrence directe), tel que souhaité par la LAMal (ch. 51 ss.).

4. Conception et octroi de subventions concurrentiellement neutres (question 2)

68 Après avoir exposé les bases légales en matière de financement hospitalier sur le plan du droit de l'assurance-maladie, du droit des subventions et des différentes exigences constitutionnelles sur l'octroi de subventions destinées à des prestations d'intérêt général, il est désormais possible de répondre à la question de savoir quelles exigences doivent être respectées pour une conception et un octroi concurrentiellement neutres des subventions destinées à des prestations d'intérêt général. Dans les **explications suivantes**, une distinction est opérée entre d'une part les exigences matérielles (de contenu) posées aux règles de droit positif sur les subventions destinées à des prestations d'intérêt général (chap. 4.1) et d'autre part les exigences procédurales posées à l'octroi de ces subventions, en particulier sous la forme d'une éventuelle obligation d'appel d'offres (chap. 4.2).

4.1 Exigences matérielles

a. Neutralité envers les organismes responsables

69 Lorsque les cantons subventionnent des prestations d'intérêt général des hôpitaux dans le domaine hospitalier, ils sont tenus de respecter les principes de l'égalité de traitement entre concurrents et de la neutralité concurrentielle découlant des art. 27 et 94 al. 1 Cst. Comme indiqué ci-dessus, ce dernier principe peut également être déduit de la LAMal pour ce qui a trait au domaine hospitalier (ch. 65). Il ressort d'une manière générale du principe de la neutralité concurrentielle que les cantons ont l'obligation d'octroyer les subventions destinées aux prestations d'intérêt général des hôpitaux qui entretiennent entre eux un rapport de concurrence, **d'une manière neutre en ce qui concerne les organismes responsables**. La neutralité envers les organismes responsables signifie que l'octroi de subventions à des concurrents directs ne doit dépendre ni de la forme juridique, ni du propriétaire de l'organisme concerné. La forme juridique et le propriétaire ne constituent pas des critères objectifs susceptibles de légitimer un traitement différencié entre hôpitaux concurrents. Dès lors, le canton est tenu de traiter les hôpitaux publics

et privés sur un pied d'égalité lorsqu'il octroie des subventions destinées à des prestations d'intérêt général. Ainsi, des subventions qui bénéficieraient uniquement aux hôpitaux publics du canton concerné ne seraient pas compatibles avec le principe de la neutralité concurrentielle.

- 70 Le principe de la neutralité concurrentielle et de la neutralité envers les organismes responsables s'applique à l'égard des hôpitaux qui ont un **site dans le canton**; conformément aux règles de compétence fixées par le droit fédéral, un canton ne saurait être obligé de garantir la neutralité de la concurrence au-delà des frontières de son propre territoire¹⁰³. Pour le reste, il convient de distinguer aux fins de l'examen de la compatibilité des contributions destinées aux prestations d'intérêt général avec la neutralité concurrentielle, entre les indemnités destinées aux coûts issus de l'accomplissement de tâches publiques déterminées d'une part (ch. 71 s.) et les aides financières destinées au maintien des capacités hospitalières d'autre part (ch. 73 ss.).

b. Accomplissement de tâches publiques déterminées (indemnités)

- 71 Les prestations d'intérêt général peuvent consister en ceci qu'un hôpital doté d'un mandat de prestations de la part d'un canton accomplit certaines tâches qui servent des objectifs en matière de santé, de politique sociale ou de sécurité. En guise d'exemple, on citera des tâches telles que l'aumônerie d'un hôpital, la consultation sociale, la médecine légale ou la recherche et l'enseignement universitaire (cf. art. 49 al. 3 let. b LAMal). Les contributions des cantons destinées à l'accomplissement de telles tâches constituent des **indemnités** (ch. 44). L'indemnité nécessite une base légale dans une loi au sens formel. De plus, la tâche publique pour l'accomplissement de laquelle l'indemnité est versée doit être désignée dans une loi au sens formel, être dans l'intérêt public et concrétisée dans des mandats de prestations aux hôpitaux concernés; la possibilité de la délégation de la tâche à des tiers doit en outre être ancrée dans une loi au sens formel (ch. 46 s.).
- 72 Les indemnités pour l'accomplissement de tâches d'intérêt public sont compatibles avec le principe de la neutralité concurrentielle lorsqu'elles dédommagent uniquement les coûts non couverts de la tâche d'intérêt public déléguée accomplie de manière économique, et sont dès lors dans un **rapport d'échange** (synallagma) avec cette tâche (ch. 18)¹⁰⁴. Pour que l'indemnité ne provoque pas de distorsions de la concurrence, l'allocataire n'a pas le droit de l'utiliser pour d'autres domaines de tâches qui ne sont pas compris dans le mandat de prestations; cela signifie qu'aucun subventionnement croisé ne doit avoir lieu au sein de l'hôpital (principe de l'affectation).

c. Maintien des capacités hospitalières (aides financières)

- 73 Les subventions destinées au maintien des capacités hospitalières (cf. art. 49 al. 3 let. a LAMal) ont pour but de garantir les soins hospitaliers par les hôpitaux répertoriés dans le cadre de l'AOS (à long terme). Il s'agit par exemple des coûts des infrastructures nécessaires à des hôpitaux

¹⁰³ RAINER J. SCHWEIZER, St.Galler Kommentar zu Art. 8 BV, ch. 23, avec références.

¹⁰⁴ Cf. à ce sujet également la jurisprudence de la CJCE, citée par DRUEY JUST, ch. 16 ; cf. également ATAF 2014/3 consid. 7.3.3.

régionaux qui ne peuvent être exploitées pleinement en raison d'un nombre de cas peu élevé ou du financement d'investissements extraordinaires pour la rénovation et la modernisation d'infrastructures hospitalières. Sous l'angle du droit des subventions, les contributions visant au maintien des capacités hospitalières ne constituent pas des indemnités pour l'accomplissement de tâches publiques, mais des **aides financières** (ch. 44 s.). Comme toute action de l'État, l'octroi d'aides financières nécessite également une base légale, bien que les exigences quant à son degré précision soient faibles (ch. 46).

- 74 Les aides financières destinées au maintien des capacités hospitalières ont pour but de maintenir ou de renouveler des infrastructures hospitalières dont l'existence pourrait probablement être compromise dans des conditions de concurrence. Pour que de telles mesures d'encouragement de l'État soient compatibles avec le principe de la liberté économique, elles doivent se fonder sur un **intérêt public prépondérant**, qui ne doit pas relever strictement de la politique économique (ch. 56).
- 75 Un intérêt public admissible est l'intérêt à un **approvisionnement suffisant de la population en prestations hospitalières**. Le canton veille à sauvegarder l'intérêt public aux soins principalement à travers une planification conforme aux besoins en soins hospitaliers, ainsi que par la liste d'hôpitaux établie sur cette base et l'attribution des mandats de prestations correspondants (art. 39 al. 1 let. d et e LAMal). Le financement des soins hospitaliers a ainsi lieu via des indemnités aux hôpitaux répertoriés qui se fondent sur la méthode des coûts complets (art. 49 al. 1 et art. 49a al. 1 LAMal; ch. 10). Les aides financières des cantons qui vont au-delà des rémunérations LAMal ne répondent à un intérêt public suffisant en matière de soins que si et dans la mesure où elles sont nécessaires afin d'assurer des soins hospitaliers conformes aux besoins. Cela signifie que de telles aides financières ne peuvent être accordées qu'à des hôpitaux répertoriés qui seront vraisemblablement en mesure à l'avenir également de satisfaire aux critères de planification hospitalière prévus par le droit de l'assurance-maladie et partant, de rester sur la liste des hôpitaux du canton («capacité de figurer sur la liste» de l'hôpital subventionné).
- 76 En revanche, **ne constituent pas des intérêts publics admissibles** pour le subventionnement d'hôpitaux les motifs de politique structurelle comme le maintien de postes de travail et de mandats dans la région. Outre les contributions pour des motifs de politique structurelle, le subventionnement de structures hospitalières inefficentes est également inadmissible. Conformément au critère de planification de l'économicité (art. 39 al. 2^{er} LAMal, art. 58b al. 4 let. a et al. 5 let. a OAMal), seuls les hôpitaux qui travaillent de manière économique peuvent être inscrits sur la liste des hôpitaux et exercer leurs activités à la charge de l'AOS. Dans ce contexte, en particulier les contributions cantonales destinées à couvrir des déficits d'exploitation qui sont imputables à des coûts excessifs (par exemple, en raison de dotations trop élevées en personnel, de technologie médicale trop coûteuse, de capacités de lits non utilisées ou d'équipements luxueux) s'avèrent incompatibles avec la LAMal et partant, contraires au droit fédéral.
- 77 L'un des aspects de l'intérêt public aux soins est **l'accès des patients au traitement dans un délai utile** (art. 58b al. 4 let. b OAMal). Lorsqu'il s'agit de déterminer quel type de traitement doit être accessible dans quel délai, le canton dispose d'un large pouvoir d'appréciation en matière

de planification, auquel il peut intégrer également des réflexions politiques¹⁰⁵. Les recommandations de la CDS sur la planification hospitalière du 20 mai 2022 contiennent notamment des éléments concrets sur le critère de l'accessibilité¹⁰⁶. Néanmoins, si dans le cadre de sa planification hospitalière, le canton parvient à la conclusion que certaines capacités hospitalières ne sont pas nécessaires pour garantir l'accès au traitement dans un délai utile, il n'est logiquement pas autorisé à maintenir ces capacités hospitalières au moyen de contributions¹⁰⁷. Le cas échéant, ces contributions ne seraient pas nécessaires aux soins et relèveraient ainsi d'une pure mesure de politique économique, incompatible avec le principe de la liberté économique prévu par l'art. 94 al. 1 Cst. La justification à titre exceptionnel d'un tel maintien de structures d'établissement par la Constitution fédérale (cf. art. 94 al. 4 Cst.) est dépourvue de la base constitutionnelle nécessaire.

- 78 Dans le présent contexte, un autre critère de planification pertinent est celui de **l'importance des hôpitaux répertoriés pour couvrir les besoins**. Ce critère de sélection des hôpitaux répertoriés n'est pas expressément prévu par une loi ou une ordonnance. Cependant, le Tribunal administratif fédéral a indiqué que tous les hôpitaux répertoriés devaient être déterminants pour la couverture des besoins, c'est-à-dire nécessaires «pour couvrir les besoins en soins du canton qui octroie les mandats de prestations»¹⁰⁸. Les hôpitaux qui disposent d'un faible nombre de cas ne sont pas déterminants pour la couverture des besoins¹⁰⁹. L'importance d'un hôpital pour couvrir les besoins dépend du nombre de traitements stationnaires par groupe de prestations¹¹⁰. Par ailleurs, la CDS a défini dans ses recommandations sur la planification hospitalière du 20 mai 2022 des valeurs-seuils permettant de déterminer l'importance des hôpitaux pour couvrir les besoins¹¹¹.
- 79 Le critère de planification de l'importance de l'hôpital pour couvrir les besoins apporte un autre point de vue pour répondre à la question de savoir s'il existe un intérêt public suffisant au maintien de certaines capacités hospitalières à l'aide de contributions cantonales. Dans le contexte des subventions destinées au maintien des capacités hospitalières, il convient d'exiger que l'importance de l'hôpital subventionné pour couvrir les besoins soit maintenue selon toute vraisemblance également à l'avenir. Dans cette mesure, l'hôpital ne doit pas seulement être déterminant pour couvrir les besoins, mais nécessaire pour assurer la couverture en soins. La **nécessité pour assurer la couverture en soins** existe lorsqu'un hôpital est indispensable pour assurer les soins de santé de la population du canton, et présente dès lors pour ainsi dire une importance systémique («too big to fail»). Dans la mesure toutefois où les mandats de prestations attribués à l'hôpital en question pourront être remplacés par des mandats de prestations à d'autres hôpitaux dans le cadre du critère de l'accessibilité (à l'intérieur ou à l'extérieur du canton), il manque

¹⁰⁵ ATF 133 V 123 consid. 3.3 p. 126; ATF 132 V 6 consid. 2.4.1 p. 12; EUGSTER, Krankenversicherung, ch. 803.

¹⁰⁶ CDS, Recommandations sur la planification hospitalière, recommandation no 6, p. 16.

¹⁰⁷ Cf. toutefois EUGSTER, Krankenversicherung, ch. 1077.

¹⁰⁸ Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-6266/2013 du 23 juillet 2014 consid. 4.6.5.

¹⁰⁹ Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-3413/2014 du 11 mai 2017 consid. 11.7.3.

¹¹⁰ Arrêt du Tribunal administratif fédéral C-3413/2014 du 11 mai 2017 consid. 11.7.3.

¹¹¹ CDS, Recommandations sur la planification hospitalière, recommandation no 2, p. 8 ss.

d'importance systémique et partant, de nécessité pour assurer la couverture en soins. Pour prévenir le risque de lacunes dans la prise en charge pouvant survenir en raison de la faillite d'un hôpital ou de la fermeture de certains services hospitaliers et qui ne peuvent pas être couverts à court terme par l'attribution de mandats de prestations à d'autres hôpitaux, seules les aides transitoires et temporaires sont admissibles. Les subventions supplémentaires destinées à maintenir les capacités hospitalières constitueraient une dérogation non justifiée au principe de la liberté économique.

- 80 Ensuite, l'intérêt public à assurer un approvisionnement suffisant en prestations hospitalières ne peut se référer qu'aux **standards de traitements usuels** dans le cadre de l'AOS¹¹². Un subventionnement d'infrastructures hospitalières allant au-delà de ces standards, ne serait pas nécessaire pour assurer la couverture en soins et entraînerait une distorsion de la concurrence entre les hôpitaux basée sur la qualité et les coûts. Ainsi, les contributions du canton pour la construction de chambres individuelles (sans nécessité médicale), d'équipements luxueux ou l'achat de technologie médicale de pointe qui ne fait pas (encore) partie des standards, seraient par exemple incompatibles avec les principes de la liberté économique et de la neutralité concurrentielle.

4.2 Exigences procédurales (obligation d'appel d'offres)

- 81 La prochaine question à examiner est celle de savoir dans quelle mesure le principe de la neutralité concurrentielle doit être respecté sous l'angle procédural lors de l'**octroi de subventions** pour la fourniture de prestations d'intérêt général et si en particulier, une obligation d'appel d'offres peut être déduite de ce principe. Encore une fois, il convient ici de distinguer entre l'octroi d'indemnités pour l'accomplissement de tâches publiques déterminées (ch. 82 ss.) et l'octroi d'aides financières pour le maintien de capacités hospitalières (ch. 87 s.).

a. Octroi d'indemnités

- 82 Les indemnités couvrent les coûts non couverts résultant de l'accomplissement de mandats de prestations (ch. 19). L'attribution de mandats de prestations et des indemnités y relatives doit avoir lieu en conformité avec le principe de la neutralité concurrentielle. Cela signifie que tous les fournisseurs de prestations potentiels, indépendamment de leur organisme responsable, doivent avoir accès aux mandats de prestations et aux indemnités selon les mêmes conditions. Le meilleur moyen de garantir qu'une telle attribution ait lieu de manière concurrentiellement neutre est la voie de l'**appel d'offres public**. Alors qu'une partie de la doctrine¹¹³ est d'avis qu'une obligation d'appel d'offres à la charge de l'État résulte effectivement des art. 27 et 94 Cst., il n'est pas possible de déduire de la jurisprudence fédérale qu'un appel d'offres public serait impérativement nécessaire pour réaliser le principe de la neutralité concurrentielle sur le plan procédural.

¹¹² Sur ce standard de prestation, voir plus en détail RÜTSCHÉ, Zusatzversicherte Leistungen, ch. 34 ss.

¹¹³ DIEBOLD, p. 221 s., 237, 240; RÜTSCHÉ, Leistungsaufträge, p. 90.

- 83 Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a toutefois soumis l'octroi de mandats de prestations au **droit des marchés publics**¹¹⁴. Il en résulte que les mandats de prestations doivent faire l'objet d'un appel d'offres public si les valeurs-seuils prévues par le droit des marchés publics applicable sont atteintes. De plus, l'accord intercantonal sur les marchés publics entièrement révisé (AIMP 2019)¹¹⁵ prévoit désormais à son article 9 une base légale pour une obligation d'appel d'offres pour les mandats de prestations à certaines conditions. L'art. 9 AIMP 2019 définit la délégation d'une tâche publique comme un marché public au sens du droit des marchés publics «lorsque le soumissionnaire se voit accorder des droits exclusifs ou spéciaux qu'il exerce dans l'intérêt public en contrepartie d'une rémunération ou d'une indemnité, directe ou indirecte».
- 84 L'obligation d'appel d'offres prévue par l'art. 9 AIMP 2019 est soumise à la condition que la délégation de la tâche publique ait pour effet d'accorder à l'entreprise **«des droits exclusifs ou spéciaux»**. Tel est le cas lorsque la tâche publique concernée a été déclarée en tant que monopole par le législateur. Cependant, à l'exception du domaine du sauvetage, les tâches d'intérêt général ne font en principe l'objet d'aucun monopole de droit. Il serait néanmoins éventuellement possible de parler de l'octroi de «droits exclusifs ou spéciaux» lorsque les indemnités accordées avec la délégation de la tâche publique concernée sont si importantes que l'activité en question ne peut être exercée dans les faits sans mandat de prestations. Si tel est bien le cas s'agissant des mandats de prestations attribués sur la base de l'art. 39 al. 1 let. e LAMal pour la fourniture de prestations hospitalières AOS, tel n'est cependant généralement pas le cas s'agissant de l'octroi de mandats pour la fourniture de prestations d'intérêt général. En revanche, l'on peut imaginer que l'octroi d'indemnités en tant que tel puisse être interprété comme «droits exclusifs ou spéciaux». D'une manière générale, il n'est pas certain que l'on puisse déduire de l'art. 9 AIMP une obligation d'appel d'offres pour l'attribution de mandats destinés à la fourniture de prestations d'intérêt général et les indemnités y relatives. L'on peut également se demander si et dans quelle mesure, après l'entrée en vigueur de l'art. 9 AIMP, le Tribunal fédéral maintiendra sa jurisprudence selon laquelle l'octroi de mandats de prestations est soumis au droit des marchés publics. Ainsi, des incertitudes considérables entourent actuellement la question de savoir si le droit des marchés publics est applicable aux prestations d'intérêt général et aux indemnités y relatives, et si oui, à quelles conditions.
- 85 Par ailleurs, l'art. 2 al. 7 de la **loi sur le marché intérieur (LMI)** consacre une obligation d'appel d'offres de droit fédéral. Selon cette disposition, la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse. Cette obligation

¹¹⁴ ATF 144 II 177, consid. 1.3 p. 180 ss.; arrêt du Tribunal fédéral 2C_861/2017 du 12 octobre 2018 consid. 3. De même, le Tribunal administratif fédéral dans: arrêt du Tribunal administratif fédéral B-2457/2020 du 23 août 2021 consid. 2.4.4.1. Cf. déjà l'ancienne commission de recours en matière de marchés publics (CRM) concernant la délégation de la tâche de collecte, de gestion et d'utilisation d'une taxe d'élimination anticipée à un privé: CRM 2001-009, VPB 66.4, consid. 2b/cc.

¹¹⁵ Pour l'heure, l'AIMP 2019 a été ratifié par les cantons suivants (état au 1^{er} janvier 2023): LU, SZ, FR, SO, SH, AI, GR, AG, TG, VD; le canton de Berne applique l'AIMP 2019 en tant que droit cantonal avec ses propres voies de droit.

d'appel d'offres présuppose ainsi que l'activité en question fasse l'objet d'un monopole. Comme déjà indiqué, tel n'est en principe pas le cas avec les prestations d'intérêt général, raison pour laquelle aucune obligation générale d'appel d'offres fondée sur l'art. 2 al. 7 LMI n'est applicable à leur attribution.

- 86 Il ressort de ce qui précède qu'aucune obligation générale d'appel d'offres ne saurait être déduite de manière explicite du droit fédéral (égalité de traitement entre concurrents et neutralité concurrentielle selon les art. 27 et 94 Cst., art. 2 al. 7 LMI) et du droit intercantonal sur les marchés publics (AIMP) pour les mandats visant à la fourniture de prestations d'intérêt général et les indemnités y relatives. Pour une telle obligation d'appel d'offres, une base légale pourrait être créée **dans la LAMal ou dans le droit cantonal hospitalier**. Cette base légale devrait établir avec une clarté suffisante les conditions de l'appel d'offres des mandats de prestations.

b. Octroi d'aides financières

- 87 Une contribution cantonale destinée à la rénovation du bâtiment de l'hôpital cantonal constitue une aide financière visant au maintien des capacités hospitalières pour des raisons de politique régionale au sens de l'art. 49 al. 3 let. a LAMal (ch. 44 s.). Pour l'octroi d'aides financières, **aucune obligation d'appel d'offres** ne peut être déduite du droit fédéral (égalité de traitement entre concurrents et neutralité concurrentielle selon les art. 27 et 94 Cst. et l'art. 2 al. 7 LMI) ni du droit intercantonal sur les marchés publics (AIMP). Une mise au concours des aides financières visant au maintien des capacités hospitalières ne serait pas appropriée également dans la mesure où il n'existe généralement aucun groupe de comparaison au moment de la passation du marché, rendant ainsi impossible toute forme de concurrence. En effet, les conditions nécessaires pour de telles aides financières, en particulier la nécessité de garantir la viabilité d'un hôpital qui fonctionne de manière économique et qui est déterminant pour couvrir les besoins (ch. 74 ss.) sont souvent remplies pour chaque hôpital à des moments très différents.

4.3 Résumé intermédiaire

- 88 Il découle des principes de l'égalité de traitement entre concurrents (art. 27 Cst.) et de la neutralité concurrentielle (art. 94 Cst.), les exigences suivantes pour la conception et l'octroi des subventions destinées aux prestations d'intérêt général:
- Les subventions pour les prestations d'intérêt général des hôpitaux qui sont en concurrence les uns avec les autres, doivent être conçues conformément au **principe de neutralité sur le plan des organismes responsables**. Cela signifie que chaque hôpital sur le marché hospitalier pertinent doit avoir accès aux indemnités et aux aides financières indépendamment de sa forme juridique et de son propriétaire, selon les mêmes conditions (ch. 69 s.).
 - Les **indemnités** destinées à l'accomplissement de prestations d'intérêt général sont compatibles avec le principe de la neutralité concurrentielle lorsqu'elles indemnisent exclusivement les coûts non couverts de la tâche déléguée accomplie de manière économique (rapport d'échange, synallagma). L'allocataire n'est pas autorisé à subventionner à son

tour avec les indemnités de manière croisée d'autres domaines de tâches non compris dans le mandat de prestations (principe de l'affectation) (ch. 71 s.).

- Les subventions destinées au maintien des capacités hospitalières constituent des **aides financières**. Celles-ci doivent être justifiées par un intérêt public à un approvisionnement suffisant de la population en prestations hospitalières stationnaires. Cela signifie que les aides financières peuvent être accordées uniquement à des hôpitaux répertoriés qui seront vraisemblablement en mesure à l'avenir également de remplir les critères de planification hospitalière prévus par le droit de l'assurance-maladie et partant, de demeurer sur la liste des hôpitaux du canton («capacité de figurer sur la liste» de l'hôpital). De plus, les infrastructures subventionnées doivent être indispensables pour couvrir à l'avenir les besoins en soins du canton (nécessité pour assurer la couverture en soins). Dans ce cadre, les infrastructures ne peuvent être subventionnées que dans la mesure où elles sont nécessaires pour garantir les standards de traitements usuels dans le cadre de l'AOS. En revanche, ne sont pas admissibles les aides financières motivées par des considérations de politique structurelle (maintien des postes de travail et des mandats dans la région), ou les contributions visant au maintien de structures hospitalières inefficaces ou à la couverture de déficits d'exploitation qui sont imputables à des coûts excessifs (ch. 73 ss.).
- Aucune obligation générale d'**appel d'offres des indemnités** ne peut être déduite de manière explicite du droit fédéral et du droit intercantonal sur les marchés publics pour la fourniture des prestations d'intérêt général. Pour une telle obligation d'appel d'offres, il conviendrait de créer une base légale dans le droit hospitalier cantonal (ch. 82 ss.).
- Pour l'octroi d'aides financières visant au maintien des capacités hospitalières, **aucune obligation d'appel d'offres** ne peut être déduite du droit supérieur (ch. 87).

5. Conclusion

5.1 Réponse aux questions posées

89 Sur la base des explications ci-dessus, il est possible de répondre comme suit aux questions posées:

La Constitution, la loi et la jurisprudence fixent-elles des limites aux prestations d'intérêt général, et si oui, lesquelles?

- Les **prestations d'intérêt général** au sens de l'art. 49 al. 3 LAMal sont des prestations fournies par les hôpitaux répertoriés dans l'intérêt public, mais qui ne sont pas indispensables à l'exécution du mandat de prestations au sens de l'art. 39 al. 1 let. e LAMal et dont les coûts ne sont donc pas couverts par les tarifs AOS. La LAMal ne prévoit pas si et dans quelle mesure les prestations d'intérêt général hors AOS peuvent être rémunérées par les cantons. L'art. 49 al. 3 LAMal se limite à établir que les parts que représentent les coûts des prestations d'intérêt général ne sont pas prises en compte dans le calcul des tarifs hospitaliers et ne doivent ainsi pas être mises à la charge de l'AOS. (ch. 13, 21 ss.)

- Toutefois la rémunération des prestations d'intérêt général par les cantons est soumise à des limites constitutionnelles. D'abord, les subventions pour les prestations d'intérêt général nécessitent une **base légale figurant dans une loi au sens formel**. Cette base légale doit être de nature générale et abstraite, avoir été adoptée selon un processus démocratique et être suffisamment précise. La densité normative peut varier en fonction du type et de la forme concrète de la subvention. Pour les subventions-facultés, telles que les aides financières destinées au maintien des capacités hospitalières pour des raisons de politique régionale, il est suffisant que la possibilité de l'octroi de la subvention dans un but d'intérêt public déterminé soit mentionnée dans une loi au sens formel (ch. 46 s.).
- De plus, les subventions doivent se fonder sur un **intérêt public** admissible. L'intérêt à un approvisionnement suffisant en soins de santé pour la population du canton constitue un tel intérêt public. Sous l'angle du **principe de la proportionnalité**, les subventions doivent être appropriées à atteindre et à promouvoir l'intérêt public visé et ne doivent pas être disproportionnées par rapport à l'intérêt public encouragé (ch. 48 ss.).
- Les cantons se doivent d'adopter envers les hôpitaux répertoriés publics et privés un comportement **neutre sur le plan de la concurrence** et de les traiter sur un pied d'égalité, dans la mesure où ils sont dans un rapport de concurrence basée sur la qualité et les coûts (concurrence directe), tel que souhaité par la LAMal (ch. 51 ss.).

Comment les prestations d'intérêt général pourraient-elles être réglées sur le plan du droit positif de sorte à ce que la transparence et la concurrence loyale soient garanties?

- Les subventions pour les prestations d'intérêt général des hôpitaux qui sont en concurrence les uns avec les autres, doivent être conçues conformément au **principe de neutralité sur le plan des organismes responsables**. Cela signifie que chaque hôpital sur le marché hospitalier pertinent doit avoir accès aux indemnités et aux aides financières indépendamment de sa forme juridique et de son propriétaire, selon les mêmes conditions (ch. 69 s.).
- Les **indemnités** destinées à l'accomplissement de prestations d'intérêt général sont compatibles avec le principe de la neutralité concurrentielle lorsqu'elles indemnisent exclusivement les coûts non couverts de la tâche déléguée accomplie de manière économique (rapport d'échange, synallagma). L'allocataire n'est pas autorisé à subventionner à son tour avec les indemnités de manière croisée d'autres domaines de tâches non compris dans le mandat de prestations (principe de l'affectation) (ch. 71 s.).
- Les subventions destinées au maintien des capacités hospitalières constituent des **aides financières**. Celles-ci doivent être justifiées par un intérêt public à un approvisionnement suffisant de la population en prestations hospitalières stationnaires. Cela signifie que les aides financières peuvent être accordées uniquement à des hôpitaux répertoriés qui seront vraisemblablement en mesure à l'avenir également de remplir les critères de planification hospitalière prévus par le droit de l'assurance-maladie et partant, de demeurer sur la liste des hôpitaux du canton («capacité de figurer sur la liste» de l'hôpital). De plus, les infrastructures subventionnées doivent être indispensables pour couvrir à l'avenir les besoins en soins du canton (nécessité pour assurer la couverture en soins). Dans ce cadre,

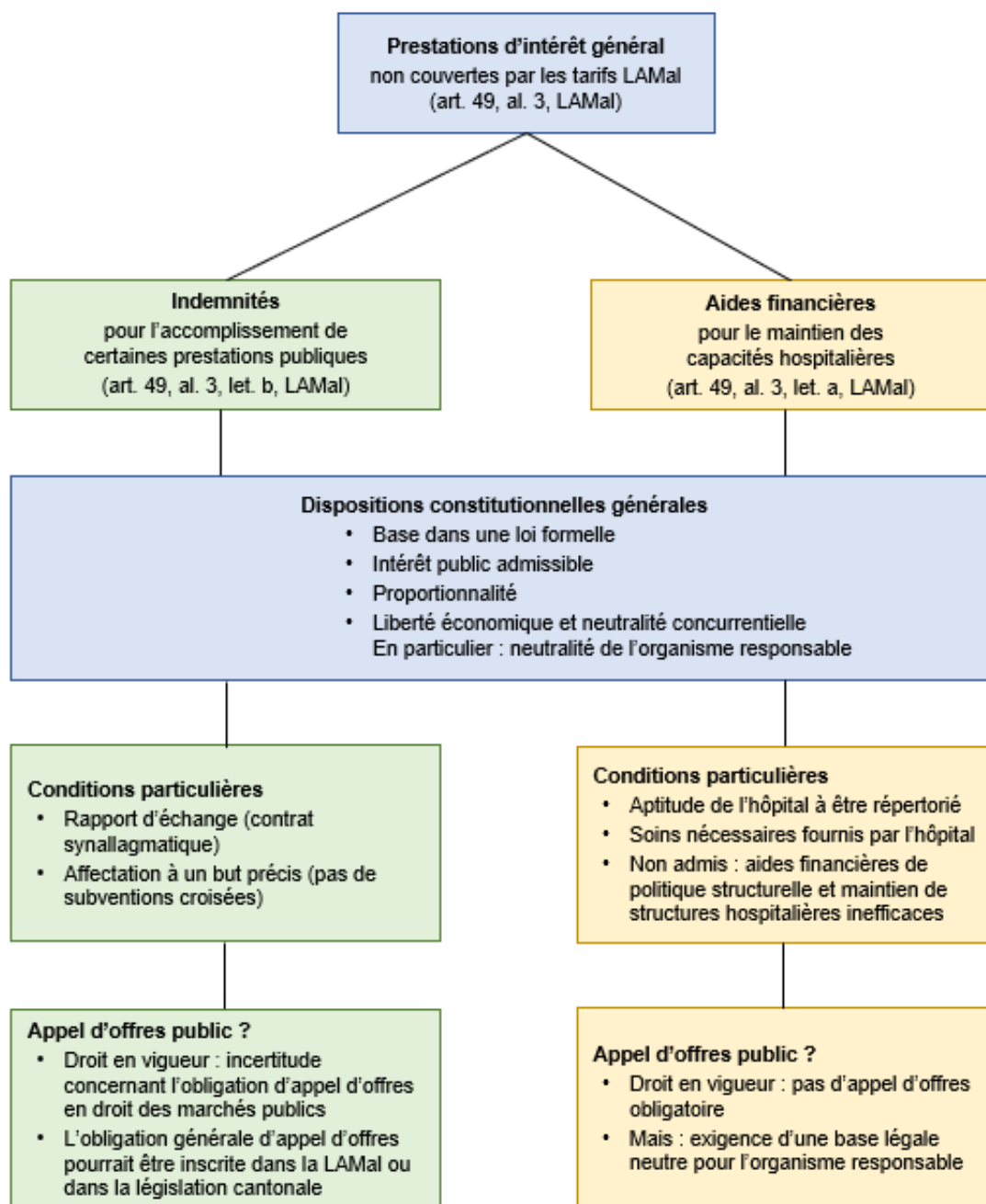
les infrastructures ne peuvent être subventionnées que dans la mesure où elles sont nécessaires pour garantir les standards de traitements usuels dans le cadre de l'AOS. En revanche, ne sont pas admissibles les aides financières motivées par des considérations de politique structurelle (maintien des postes de travail et des mandats dans la région), ou les contributions visant au maintien de structures hospitalières inefficaces ou à la couverture de déficits d'exploitation qui sont imputables à des coûts excessifs (ch. 73 ss.).

Quelles sont les possibilités sur le plan législatif pour instituer une obligation d'appel d'offres?

- Aucune obligation générale d'**appel d'offres des indemnités** ne peut être déduite de manière explicite du droit fédéral et du droit intercantonal sur les marchés publics pour la fourniture des prestations d'intérêt général. Pour une telle obligation d'appel d'offres, il conviendrait de créer une base légale dans le droit hospitalier cantonal (ch. 82 ss.).
- Pour l'octroi d'aides financières visant au maintien des capacités hospitalières, **aucune obligation d'appel d'offres** ne peut être déduite du droit supérieur (ch. 87).

5.2 Résumé synoptique

90 Les résultats du présent avis de droit peuvent être résumés dans le schéma suivant:



6. Liste des abréviations

Al.	Alinéa
Art.	Article
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AOS	Assurance obligatoire des soins
ATAF	Arrêts du Tribunal administratif fédéral (recueil officiel)
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse (recueil officiel)
BO	Bulletin officiel
Ch.	Chiffre
CDS	Conférence des directrices et directeurs cantonaux de la santé
CEJ	Cour européenne de justice
Chap.	Chapitre
Cf.	Confer (se référer à)
Consid.	Considérant
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DRG	Diagnosis Related Groups
FF	Feuille fédérale
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1995 sur l'assurance-maladie (RS 832.10)
Let.	Litera (lettre)
LSu	Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (loi sur les subventions; RS 616.1)
MHS	Médecine hautement spécialisée
Nbp	Note en bas de page
OAMal	Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (RS 832.102)
OCP	Ordonnance du 3 juillet 2002 sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux, les maisons de naissance et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie (RS 832.104)
OPAS	Ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins; RS 832.112.31).
P.	Page
PIG	Prestations d'intérêt général
RS	Recueil systématique du droit fédéral
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal Fédéral

7. Bibliographie

- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV-Kommentar), 2. Aufl., Zürich 2017.
- BUNDI LIVIO, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Diss. Luzern 2016.
- CDS, Recommandations sur la planification hospitalière du 20 mai 2022.
- CDS, Recommandations sur l'examen de l'économicité du 27 juin 2019: détermination des hôpitaux efficients d'après l'art. 49, al. 1 LAMal
- détermination des hôpitaux efficients d'après l'art. 49, al. 1 LAMal»
- DIEBOLD NICOLAS F., Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, in: ZSR 2014 I 219.
- DONATSCH MARCO, Die Stellung der öffentlichen Hand bei der Spitalfinanzierung nach KVG, in: Jusletter du 28 août 2017
- DRUEY JUST EVA, Was sind gemeinwirtschaftliche Leistungen? Eine gesundheitsrechtliche Analyse aus der Perspektive des Vertragsrechts, in: Jusletter du 26 janvier 2015
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich etc. 2014.
- EUGSTER GEBHARD, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2018.
- EUGSTER GEBHARD, *Krankenversicherung*, in: Ulrich Meyer (Hrsg.) Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Soziale Sicherheit, 3. Aufl., Basel 2016.
- GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHÉ BERNHARD, Gesundheitsrecht, 4. Aufl., Basel 2018.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.
- JOSEPH MANON, L'application du droit suisse de la concurrence en matière de soins, Lausanne 2019.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 3. Gemeinwirtschaftliche Leistungen? Subventionen?, in: Jusletter du 14 mai 2018
- POLEDNA TOMAS/VOKINGER KERSTIN NOËLLE, Spitalsubventionen und neue Spitalfinanzierung. Ein Rechtsvergleich kantonalen Wirkens im Spannungsverhältnis von Wettbewerbsneutralität und kantonaler Autonomie, in: Jusletter du 18 août 2014
- MADER MÉLANIE, Financement des hôpitaux et des soins: éléments importants des révisions LAMal, marge de manœuvre des cantons et rôle de la liberté économique, in: Jusletter du 16 août 2010

- RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., Basel 2011.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Neue Spitalfinanzierung* und Spitalplanung. Insbesondere zur Steuerung der Leistungsmenge im stationären Bereich, Bern 2011.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler*, Zürich/Basel/Genf 2012.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Was sind öffentliche Aufgaben?*, recht 4/2013 153 ss.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Staatliche Leistungsaufträge* und Rechtsschutz, ZBJV 2/2016 71 ss.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Spitalplanung und Privatspitäler*. Aktuelle Rechtsfragen zur Umsetzung des KVG in Bezug auf Privatspitäler, Zürich/Basel/Genf 2016.
- RÜTSCHÉ BERNHARD, *Zusatzversicherte Leistungen* von Spitälern. Zulässigkeit und Grenzen medizinischer Leistungsdifferenzierungen, Zürich/Basel/Genf 2017.
- TRÜEB HANS-RUDOLF/ZIMMERLI DANIEL, *Spitalfinanzierung und Vergaberecht*, Zürich 2012.
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., Bern 2022.