Walder Wyss SA
Seefeldstrasse 123
Case postale 1236
8034 Zurich

Téléphone +41 44 498 98 98
Télécopie +41 44 498 98 99
www.walderwyss.com

Avis de droit

Hans Rudolf Trüeb
Associé
Prof. et dr en droit, LL.M.
Avocat
Tél. direct +41 44 498 95 69
hans.trueb@walderwyss.com

Daniel Zimmerli
Dr en droit, LL.M.
Avocat
Tél. direct +41 44 498 95 33
daniel.zimmerli@walderwyss.com

à	Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp) Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS) Commission des marchés publics Confédération-cantons (CMCC) Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) toutes pour adresse : Madame Regina Füeg, avocate, Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP)
cc	--
de	Hans Rudolf Trüeb Daniel Zimmerli
concerne	**Réforme du financement hospitalier et marchés publics**
date	7 décembre 2011 HRT / DZI *Complété le 18 janvier 2012* *Complété le 23 janvier 2012* *Complété le 3 février 2012*

Table des matières

A. Contexte **5**

1. Planification hospitalière **5**

2. Mandat d'expertise **7**

B. Condensé **9**

C. Analyse **11**

1. Droit des marchés publics **11**
1.1. Domaine des traités internationaux et domaine interne 11
1.2. Parallélisme des intérêts avec la planification hospitalière 14

2. Hôpitaux répertoriés : forme juridique et responsabilités **15**
2.1. Hôpitaux de droit public 16
2.2. Hôpitaux d'économie mixte 17
2.3. Hôpitaux relevant du droit privé 19

3. Pouvoirs adjudicateurs publics au sens de l'art. 8 AIMP **19**

4. Domaine des traités internationaux (art. 8, al. 1, AIMP) **21**
4.1. Collectivités publiques (art. 8, al. 1, let. a, AIMP) 21
4.2. Entreprises sectorielles privées et publiques (art. 8, al. 1, let. c, AIMP) 21
4.3. Organismes de droit public (art. 8, al. 1, let. a, AIMP) 22
4.3.1. Notion fonctionnelle de « pouvoir adjudicateur » 22
4.3.2. Application par analogie de l'appendice I, annexe 3, AMP 23
4.3.3. Définition dans le droit européen 25
4.3.4. Critères pertinents 25
4.3.5. Réponse à la question 7 27

5. Les hôpitaux répertoriés en tant qu'« organismes de droit public » **27**
5.1. Personnalité juridique 27
5.2. Intérêt général 27
5.2.1. Notion 27
5.2.2. Pertinence 29
5.2.3. Digression : la couverture de base en soins hospitaliers est une tâche de l'Etat 30

5.2.4. Les activités d'intérêt général n'ont nul besoin d'être prépondérantes 34
5.3. Pas d'activité « commerciale ou industrielle » 35
5.3.1. Notion 35
5.3.2. Concurrence efficace 36
5.3.3. Pas de concurrence efficace dans le domaine couvert par le mandat de prestations 39
5.3.3.1. Deux éléments essentiels 39
5.3.3.2. Inscription sur les listes en tant qu'instrument de planification comportant des éléments de concurrence 40
5.3.3.3. Pas de concurrence efficace dans l'AOS 41
5.3.3.4. Pas de concurrence efficace par le biais de SwissDRG 43
5.3.3.5. Conditions concurrentielles différentes pour les hôpitaux répertoriés et les autres établissements 47
5.3.3.6. Le critère du risque de « pertes » est secondaire 50
5.4. Lien avec l'Etat 51
5.5. Réponses aux questions 1, 2, 3 (pour partie) et 4 (pour partie) 55

6. Domaine interne 55
6.1. « Autres collectivités assumant des tâches cantonales ou communales » 55
6.2. Pas de lien avec l'Etat 56
6.3. Les hôpitaux répertoriés assument des tâches étatiques 56
6.4. Prestations sans caractère commercial ou industriel 57
6.5. Assujettissement uniforme 57
6.6. Réponses aux questions 3 (pour partie), 4 (pour partie) et 5 58

7. Projets et prestations subventionnés à plus de 50 % du coût total par des fonds publics (art. 8, al. 2, let. b, AIMP) 58

8. Assujettissement objectif des activités des hôpitaux répertoriés 58
8.1. Primauté de l'activité et non des caractéristiques subjectives de l'organisme 59
8.2. Assujettissement en fonction de l'activité prépondérante 61
8.3. Rejet de la théorie dite de l'« infection » 63
8.4. Signification pour les hôpitaux répertoriés 64

9. Procédure d'inscription sur les listes et assujettissement des hôpitaux répertoriés au droit des marchés publics 67

9.1. Mandat de prestations 67
9.2. Appels d'offres pour les concessions de services 70
9.3. Principe de spécialité 72
9.4. « Appel d'offres unique » 74
9.5. Réponse à la question 6 76

10. Assujettissement dans le domaine interne et dans le domaine des traités internationaux : différences 76
10.1. Accès au marché et réciprocité 76
10.2. Différences procédurales 78

D. Bibliographie 81

A. Contexte

1. Planification hospitalière

1 Le 21 décembre 2007, le législateur fédéral a révisé la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)[1]. Il a adopté à cette occasion d'importantes modifications dans le domaine de la planification hospitalière et du financement hospitalier (pour des raisons de simplification, la notion de « planification hospitalière » couvrira dans la suite du présent document toutes les dimensions de la planification hospitalière et du financement hospitalier). La révision en question n'a toutefois rien changé à l'obligation faite aux cantons d'élaborer une planification hospitalière répondant aux besoins et de tenir sur cette base une liste fixant les catégories d'hôpitaux en fonction de leurs mandats[2]. La mise en œuvre de la planification hospitalière et le droit régissant les prestations ont en revanche subi une réorientation[3].

2 Les cantons doivent garantir des prestations hospitalières à l'ensemble de leur population. Cette planification ne peut plus (selon le nouveau droit) faire de différence entre les divers types de couverture d'assurance (en classe privée, semi-privée ou commune). C'est pourquoi, dès le 1er janvier 2012, seules les listes d'hôpitaux dites intégrales sont autorisées. De plus, les listes doivent être établies selon les critères uniformes prescrits par la législation fédérale et formulés dans l'ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal[4]) quant à la qualité et au caractère économique des prestations (cf. l'art. 39, al. 1, let. d et e, et al. 2ter LAMal, et les art. 58*a* à 58*e*, notamment l'art. 58*b*, OAMal).

3 Dans la planification hospitalière (c'est-à-dire lors de l'établissement de la liste des hôpitaux), on tiendra compte non seulement des hôpitaux publics, mais également et « de manière adéquate » des établissements privés (art. 39, al. 1, let. d, LAMal). Dans le cadre de la planification hospitalière, les hôpitaux publics et privés sont traités sur un pied d'égalité. La différenciation que

---

1 RS 832.10.

2 Cf. par ex. RÜTSCHE, ch. marg. 47.

3 On trouvera une vue d'ensemble des nouveautés pertinentes dans KIESER, pp. 64 ss, dans l'avis de la COMCO, p. 424, ch. marg. 4 ss, et dans RICH LUKAS, Die geplante Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung im Kanton Zürich – eine kritische Betrachtung, Jusletter 19 janvier 2009, ch. marg. 1 à 4.

4 RS 832.102.

l'ancien droit faisait entre les hôpitaux subventionnés par les pouvoirs publics et les hôpitaux non subventionnés n'a dès lors plus cours dans la planification hospitalière[5]. De même, des fournisseurs de prestations extracantonaux doivent également être pris en compte dans la planification hospitalière dans la mesure où ils garantissent les soins à la population cantonale. Les cantons doivent de ce fait coordonner leurs planifications hospitalières (art. 39, al. 2, LAMal).

4 Des mandats de prestations sont conclus avec les hôpitaux figurant sur la liste des hôpitaux (art. 39, al. 1, let. e, LAMal ; art. 58*e*, al. 2 et 3, OAMal). En d'autres termes, ce ne sont plus des hôpitaux (c'est-à-dire des institutions) que l'on finance, mais des prestations. Ces dernières sont rémunérées forfaitairement par cas (art. 49 LAMal) sur la base de la structure tarifaire « SwissDRG »[6]. Les forfaits par cas se rapportent aux prestations fournies et sont versés indépendamment du statut public ou privé d'un hôpital figurant sur la liste, et sans tenir compte d'un éventuel subventionnement étatique (essentiellement par les cantons et les communes) d'un hôpital sur une base légale cantonale ou communale hors du cadre de la planification hospitalière : en matière de financement des prestations au titre des mandats de prestations, les hôpitaux publics et privés sont traités sur un pied d'égalité[7]. Dans le cadre de leur mandat de prestations du domaine hospitalier, tous les hôpitaux figurant sur la liste (ou hôpitaux répertoriés) sont indemnisés aux mêmes conditions[8].

5 Dans les limites des mandats de prestations, les fournisseurs de prestations sont habilités à demander le remboursement de leurs prestations hospitalières à la charge de l'assurance obligatoire des soins (AOS). Les cantons rémunèrent les prestations hospitalières à hauteur de 55 % au moins, l'assureur-maladie de 45 % au plus (art. 49*a*, al. 2, LAMal).

6 Les assurés disposent dans toute la Suisse du libre choix entre les hôpitaux ; en d'autres termes, ils peuvent choisir entre les établissements figurant sur les listes de tous les cantons (art. 41 LAMal). Dans les limites de leurs mandats de prestations et de leurs capacités, les hôpitaux répertoriés ont une obligation

---

5 Cf. MOSER, p. 8 ; RÜTSCHE, ch. marg. 68.

6 DRG signifie « Diagnosis Related Groups ».

7 Cf. FF 2004 5232, et POLEDNA/DO CANTO, ch. marg. 82.

8 Cf. par ex. KIESER, p. 67, et FF 2004 5232 s.

d'admission, qui ne concerne toutefois que les assurés résidant dans le canton où se situe l'hôpital en question (art. 41*a*, al. 1, LAMal). Pour les assurés résidant hors du canton où se situe l'hôpital, l'obligation d'admission ne s'applique que si elle se fonde sur un mandat de prestations ou dans les cas d'urgence (art. 41*a*, al. 2, LAMal). Les cantons sont tenus de veiller au respect de l'obligation d'admission (art. 41*a*, al. 3, LAMal).

7 Tous ces changements ont pour vocation de renforcer la concurrence entre les fournisseurs de prestations. Si l'on suit l'idée directrice qui a présidé à cette modification législative, le fait de fournir des prestations plus efficaces (c'est-à-dire de meilleure qualité et moins onéreuses) inscrites dans un mandat de prestations ne peut que freiner l'augmentation des coûts de la santé[9]. De tels effets concurrentiels n'apparaissent que si les hôpitaux répertoriés sont traités sur un pied d'égalité dans les principaux secteurs, et s'ils ne sont pas victimes de discrimination dans la planification hospitalière et dans la rémunération des prestations ; à cet égard, le droit régissant la planification hospitalière ne se distingue pas d'autres domaines dans lesquels le législateur table sur les gains de rentabilité attendus de la concurrence. En rapport avec la nouvelle planification hospitalière, le besoin d'un traitement non discriminatoire entre les hôpitaux répertoriés publics et privés est prouvé. Le traitement sur un pied d'égalité de tous les hôpitaux répertoriés est régulièrement évoqué dans les discussions politiques et juridiques[10].

8 Dans ce nouvel environnement concurrentiel, il s'agit de savoir si tous les hôpitaux répertoriés au sens de l'art. 39, al. 1, let. e, LAMal sont traités sur un pied d'égalité en ce qui concerne les achats publics, indépendamment de leur statut de droit public ou de droit privé.

2. Mandat d'expertise

9 L'Autorité intercantonale pour les marchés publics (AiMp), la Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS), la Commission des marchés publics Confédération-cantons (CMCC) et la Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement (DTAP) ont élaboré à

9 Cf. l'avis de la COMCO, p. 424, ch. marg. 4, et RÜTSCHE, ch. marg. 88.

10 Cf. par ex. Office fédéral de la santé publique (OFSP), Informations générales concernant la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), 5 février 2010, p. 4, ch. 3.1.

l'intention des experts le questionnaire suivant, qui nous a été remis par la DTAP :

1. *Dans le contexte donné, quels sont les critères, indépendants de la forme juridique des hôpitaux répertoriés et d'une contribution des cantons à ces établissements, qui justifient que leur soient appliquées ou non les dispositions régissant les achats publics ?*

2. *Dans le cadre de la nouvelle planification hospitalière, les hôpitaux répertoriés tombent-ils sous le coup de la définition d'« organismes de droit public établis au niveau cantonal » au sens de l'annexe 2 de l'AMP ?*

3. *Dans le cadre de la nouvelle planification hospitalière, les hôpitaux répertoriés tombent-ils sous le coup des dispositions régissant les marchés publics au sens de l'art. 8, al. 1 et 2, AIMP ?*

4. *Comment peut-on garantir l'égalité de traitement entre tous les hôpitaux répertoriés en matière de marchés publics ?*

5 *Quelles seraient les répercussions juridiques pour la Suisse si tout ou partie des hôpitaux figurant sur les listes n'étaient pas considérés comme des « organismes de droit public établis au niveau cantonal » au sens de l'annexe 2 de l'AMP ?*

6. *Le fait qu'une place sur la liste des hôpitaux ait été attribuée dans le cadre d'une procédure d'adjudication, d'une procédure analogue ou sans appel d'offres a-t-il une incidence ? Le cas échéant, quelles sont les conséquences d'une telle distinction pour l'acquisition des constructions, des fournitures et des services nécessaires à l'accomplissement des tâches de ces établissements ? Précision : la procédure conduisant à l'admission sur la liste des hôpitaux n'est pas analysée dans le cadre du présent avis de droit.*

7. *Comment la notion d'« organisme de droit public » est-elle appréhendée à l'étranger ?*

10 Ces questions peuvent être regroupées en quatre points :

– *Point 1 :* sous quelles conditions les hôpitaux répertoriés au sens de la nouvelle planification hospitalière sont-ils adjudicateurs selon la législation sur les marchés publics (*assujettissement subjectif* des hôpitaux répertoriés au droit des marchés publics) ?

– *Point 2 :* sous quelles conditions les acquisitions des hôpitaux répertoriés sont-elles des marchés publics soumis à appel d'offres (*assujettissement objectif* des marchés des hôpitaux répertoriés au droit des marchés publics) ?

– *Point 3 :* des problèmes d'*égalité de traitement* se posent-ils en rapport avec l'assujettissement au droit des marchés publics d'hôpitaux répertoriés dont la gestion ou l'organisation relèvent du droit public ou du droit privé ?

– *Point 4 :* la nature et l'organisation des procédures cantonales d'admission sur la liste des hôpitaux exercent-elles une influence sur l'un de trois points précédents ?

11 L'analyse ci-après suit cette structure.

B. Condensé

12 *Point 1* : en leur qualité d'« organismes de droit public », les hôpitaux répertoriés sont subjectivement assujettis à la législation sur les marchés publics lorsqu'ils sont dotés de la *personnalité juridique*, lorsque leurs activités s'exercent *dans l'intérêt général et n'ont pas de caractère commercial ou industriel* (c'est-à-dire non sujettes à une concurrence efficace), et lorsqu'ils sont *liés à l'Etat*. Il n'est pas nécessaire de savoir si la forme juridique d'un organisme de droit public relève du droit privé ou du droit public, et si sa gestion est assujettie au droit privé ou au droit public. Ces critères pèsent du même poids dans l'AMP, dans l'accord bilatéral entre la Suisse et l'UE, dans l'art. 8, al. 1, AIMP (domaines des traités internationaux) et dans la législation européenne sur les marchés publics. En revanche, le critère du « lien avec l'Etat » ne vaut pas hors du domaine des traités internationaux de l'AIMP (art. 8, al. 2, AIMP).

13 Le critère de la personnalité juridique ne pose pas de problème pour les hôpitaux répertoriés et il est systématiquement rempli. En outre, les hôpitaux répertoriés (au moins dans les limites de leur mandats de prestations ; art. 39, al. 1, let. e, LAMal) agissent dans l'intérêt général et accomplissent même une tâche étatique en assurant la couverture de base en soins hospitaliers. Dans le cadre des tâches qu'ils assument au titre de leur mandat de prestations, les hôpitaux répertoriés ne sont pas sujets à une concurrence efficace et leurs activités ne sont dès lors pas de nature commerciale ou industrielle.

Néanmoins, ils répondent peu ou prou au critère du lien avec l'Etat : le fait qu'un hôpital soit géré par les pouvoirs publics ou le secteur privé permet de déterminer s'il est contrôlé par l'Etat ou non. Dans le domaine des traités internationaux (art. 8, al. 1, let. a, AIMP), il convient dès lors de partir du principe selon lequel les hôpitaux gérés par les pouvoirs publics relèvent subjectivement du droit des marchés publics, mais non ceux qui sont gérés par le secteur privé.

14 Hors du domaine des traités internationaux, des hôpitaux tant publics que privés sont subjectivement assujettis aux appels d'offres : ils constituent d'« autres collectivités assumant des tâches cantonales ou communales » et en tant que telles, n'exercent pas d'activités commerciales ou industrielles dans les limites de leurs mandats de prestations (art. 8, al. 2, let. a, AIMP). Le critère du lien avec l'Etat ne s'applique pas hors du domaine des traités internationaux.

15 *Point 2 :* lorsqu'une acquisition – un marché public (art. 6 AIMP) – d'un hôpital répertorié vise principalement l'accomplissement de son mandat de prestations et lorsqu'elle atteint la valeur de seuil pertinente, elle doit faire l'objet d'un appel d'offres public. Lorsque la part servant à l'accomplissement du mandat de prestations est la plus ténue, des critères matériels sensés permettent de l'isoler ; si elle atteint à elle seule la valeur de seuil, un appel d'offres ne peut être évité. Dans le doute, il convient de lancer un appel d'offres. Lors de la préparation des marchés, on veillera à regrouper les éléments liés qui doivent être réunis en un même appel d'offres. La subdivision inappropriée d'un marché (par rapport à l'atteinte de la valeur de seuil) ou l'adjonction non justifiée de composants (dans le but d'attribuer une part prépondérante du marché à l'accomplissement du mandat de prestations) sont interdites.

16 *Point 3 :* dans le domaine des traités internationaux, les hôpitaux répertoriés gérés par les pouvoirs publics et par le secteur privé sont assujettis à des degrés différents à la législation sur les marchés publics. En principe, les hôpitaux gérés par le secteur privé ne sont pas liés à l'Etat, contrairement aux hôpitaux gérés par les pouvoirs publics. En revanche, dans le domaine interne, tant les hôpitaux gérés par les pouvoirs publics que ceux gérés par le secteur privé sont assujettis de la même manière au droit sur les marchés publics.

17 *Point 4 :* la nature des listes cantonales d'hôpitaux n'exerce aucune influence sur l'assujettissement des hôpitaux répertoriés à la législation sur les marchés publics. En particulier, le principe de l'appel d'offres unique ne s'applique pas

aux hôpitaux répertoriés avec mandat de prestations pour la couverture cantonale en soins hospitaliers de base.

C. Analyse

1. Droit des marchés publics

1.1. Domaine des traités internationaux et domaine interne

18 La législation de la Confédération et des cantons en matière de marchés publics transpose d'une part dans le droit national les engagements pris par la Suisse en vertu de traités internationaux (domaine dit des traités internationaux). D'autre part, le droit national va pour partie au-delà des engagements internationaux (domaine dit interne).

19 Les documents suivants revêtent une importance particulière : l'Accord de Marrakech du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP ; en anglais : Agreement on Government Procurement [GPA][11]) et l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics (ci-après Accord bilatéral[12]). Depuis l'entrée en vigueur de l'Accord bilatéral en 1999, l'AMP vaut également pour les districts, les communes et les organismes de droit public du niveau communal (cf. l'art. 2 de l'Accord bilatéral et l'appendice I, annexe 2, ch. 3 de l'AMP « Les autorités et organismes publics du niveau des districts et des communes »).

20 La Confédération ne dispose d'aucune compétence législative globale pour ce qui est des marchés publics. Dans les limites de leur souveraineté en matière d'organisation, les cantons règlent eux-mêmes leurs marchés publics, tout en respectant les exigences de l'AMP et de l'Accord bilatéral, de même que les prescriptions de la loi fédérale sur le marché intérieur (LMI), et notamment son art. 5[13]. En vertu de l'art. 5, al. 1, LMI, « les marchés publics des cantons, des

---

11 RS 0.632.231.422.

12 RS 0.172.052.68.

13 Cf. par ex. FETZ, K., note marg. 8 s.

communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales sont régis par le droit cantonal ou intercantonal ». De plus, selon l'art. 5, al. 2, LMI, « les cantons, les communes et les *autres organes assumant des tâches cantonales et communales*[14] veillent à ce que les projets de marchés publics de grande importance portant sur des fournitures, des services ou des travaux, de même que les critères de participation et d'attribution du marché, soient publiés dans un organe officiel. Ils tiennent compte à cet égard des engagements internationaux pris par la Confédération »[15].

21 Le domaine des hôpitaux relève des cantons, qui ont notamment pour tâche[16] d'élaborer la planification hospitalière, c'est-à-dire de garantir les soins hospitaliers (art. 39, al. 1, let. d, LAMal, et infra, ch. marg. 70 ss). Les cantons doivent élaborer leur planification hospitalière conformément aux dispositions des art. 39 et 58*a* ss LAMal. Le droit cantonal sur les marchés publics s'applique dès lors.

22 Par l'Accord intercantonal sur les marchés publics (AIMP[17] ; révisé en 2001), les cantons ont transposé de manière autonome l'AMP et l'Accord bilatéral. En vertu de l'art. 1, al. 3, l'AIMP poursuit notamment les buts suivants :

a. assurer une concurrence efficace entre les soumissionnaires ;

b. garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires ;

---

14 Souligné par les auteurs.

15 Cf. à cet égard ZWALD J., ch. marg. 105 ss ; OESCH/ZWALD, Art. 5, ch. marg. 1 ss ; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, ch. marg. 53 ; ZIMMERLI, p 160 s., avec renvois à la jurisprudence. En 2000 déjà, le Tribunal administratif de Zurich précisait que le champ d'application de la loi n'était aucunement limité par le droit cantonal et le droit intercantonal auxquels l'art. 5 LMI renvoie, car dans le cas contraire, les cantons auraient tout loisir de supprimer pour certains domaines les exigences minimales du droit fédéral. Le droit cantonal et le droit intercantonal, qui conditionnent les marchés publics au sens de l'art. 5, al. 1, LMI, se bornent à préciser de quelle manière une acquisition doit avoir lieu et ne déterminent d'aucune façon si cette acquisition relève du marché intérieur (VGer ZH VB.2000.00406, cons. 4d).

16 Cf. GÄCHTER/VOLLENWEIDER, § 2, ch. marg. 102 et 105, RICHLI, p. 409 s. et MATTIG, p. 104 s., tous ces auteurs parlant d'une compétence implicite des cantons. Cf. également EUGSTER E., ch. marg. 742 ss, et MÜLLER MARKUS, Spitalplanung und Spitalfinanzierung aus der Sicht eines Spitals, Jusletter 16 mai 2005, ch. marg. 11. Sur le fond, quant à la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons et sur la tendance du droit fédéral à réglementer de plus en plus de tâches traditionnellement dévolues aux cantons, cf. TSCHANNEN, § 16, ch. marg. 6, de même que FF 2004 5231 ss, spéc. 5232.

17 L'AIMP ne figure plus dans le Recueil systématique du droit fédéral (RS). On le trouve toutefois dans le Recueil officiel du droit fédéral (RO 2003 196) et on peut le consulter en ligne à l'adresse www.dtap.ch/konkordate/IVOEB.aspx (état au 30 novembre 2011).

c. assurer la transparence ;

d. permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics.

23 L'AIMP règle le domaine des traités internationaux et le domaine interne et va bien au-delà des engagements pris au titre de l'AMP et de l'Accord bilatéral. Dans son principe, il s'applique à *tous les types de marchés publics* (art. 6, al. 2, AIMP) des niveaux cantonal et communal. L'art. 8, al. 2, AIMP soumet subjectivement à la législation cantonale sur les marchés publics des unités exclues du domaine des traités internationaux en vertu de l'art. 8, al. 1, AIMP. Dans le domaine interne, ce sont notamment d'« autres collectivités assumant des tâches cantonales ou communales » que l'AIMP soumet au droit des marchés publics, indépendamment de leur forme juridique et des responsables de leur gestion[18].

24 Tous les cantons ont adhéré à l'AIMP, mais tous ne l'ont pas transposé de la même manière : la diversité fédéraliste est au contraire très marquée. Néanmoins, ces différences n'empêchent aucunement que l'AIMP et le droit international public sont contraignants pour les cantons. L'AIMP et la législation cantonale sur les marchés publics – dans la mesure où ils traitent d'états de fait spécifiques ou contiennent des formulations dérogatoires – doivent être interprétés et appliqués à la lumière de l'AMP, de l'Accord bilatéral et de la pratique qui en découle de manière *autonome* et *en conformité avec le droit international public*[19]. L'assujettissement à la législation sur les marchés publics de pouvoirs adjudicateurs cantonaux (art. 8 AIMP) et de leurs marchés publics (art. 6 AIMP) est harmonisée[20]. Les règles cantonales en matière de marchés publics peuvent étendre le champ d'application subjectif et objectif à des adjudicateurs et à des marchés, mais non le restreindre[21].

---

18 Cf. en particulier les art. 1 et 8, al. 2, AIMP ; à cet égard, cf. également ZIMMERLI, p. 165.

19 Il s'agit d'une évidence ; cf. par ex. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, ch. marg. 4, 7 et 39.

20 Cf. par ex. FETZ K., ch. marg. 15 et 21 ; OESCH, pp. 7 s. ; DTAP, Message type AIMP, p. 7 ; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 19, ch. marg. 100 s.

21 STÖCKLI (p. 44, ch. marg. 5) avait déjà évoqué le rapport entre le droit national et le droit international public.

25 Les directives de l'Union européenne sur les adjudications (directive 2007/17[22] [dite directive sectorielle] et directive 2004/18[23] [dite directive classique]) peuvent également contribuer à l'interprétation. En matière de droit des marchés publics, elles suivent des principes analogues à ceux fixés dans l'AMP et l'Accord bilatéral[24]. Les tribunaux cantonaux et fédéraux, de même que la doctrine suisse en la matière, tiennent systématiquement compte de la pratique européenne à propos de ces directives.

1.2. Parallélisme des intérêts avec la planification hospitalière

26 La législation sur les marchés publics et la nouvelle planification hospitalière (ou la législation sur le financement hospitalier) poursuivent des buts semblables[25].

27 La procédure cantonale de planification hospitalière constitue un droit spécial en matière de concurrence, servant la mise en œuvre des objectifs définis aux art. 39 LAMal et 58*a* ss OAMal. Elle déroge (dans le domaine de la planification) à la procédure générale de passation des marchés au sens de la législation cantonale sur les adjudications[26]. Néanmoins, tant la législation sur la planification hospitalière que les dispositions générales du droit des marchés publics visent à garantir un approvisionnement en biens répondant aux besoins, par une utilisation optimale des ressources dans la perspective de l'accomplissement de tâches publiques. Les deux régimes juridiques sectoriels contiennent des éléments de planification étatique (planification des besoins et garantie de couverture ; cf. infra), tout en se fondant sur les règles de la concurrence et en s'orientant vers l'efficacité[27] :

---

22 Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134 du 30.4.2004, p. 1).

23 Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134 du 30.4.2004, p. 114).

24 Cf. par ex. STÖCKLI, p. 51 s., ch. marg. 18.

25 Cf. POLEDNA/DO CANTO, ch. marg. 80 ss.

26 Un autre point de vue est défendu dans POLEDNA/DO CANTO, *passim*.

27 Avis de la COMCO, p. 424, ch. marg. 4.

– Les prestations dont la collectivité a besoin pour l'accomplissement des tâches publiques (dans le cas présent, la satisfaction des besoins de la population cantonale en soins hospitaliers) doivent être acquises dans le cadre d'un processus de planification ouvert à la *concurrence* (planification des besoins et constitution de l'offre), *transparent* (formulation de mandats de prestations précisant clairement l'attribution des prestations par une procédure sans défaut conforme à l'Etat de droit) et respectant le principe de l'*égalité de traitement* et de la *non-discrimination* (égalité de traitement entre les hôpitaux publics et privés).

– Que ce soit dans le cadre du droit général des marchés publics ou dans celui de la planification hospitalière, la collectivité se doit de retenir l'offre la plus économique, le qualificatif « économique » signifiant que par rapport aux autres offres en concurrence, la solution choisie est plus avantageuse dans la perspective de l'accomplissement de la tâche concernée (la fourniture des prestations hospitalières répondant aux besoins et conformes au mandat de prestations), et sous l'angle de la qualité et des coûts[28].

28 L'horizon temporel de la planification hospitalière est toutefois plus vaste que celui d'un marché public « classique » : la planification hospitalière doit en effet garantir à long terme la couverture des besoins en prestations hospitalières. Cet aspect a pour conséquence que dans le droit de la planification hospitalière, le souci de concurrence prend une dimension très *sectorielle* et commande des actions différenciées, bien qu'il s'accorde avec l'idée globale de la concurrence que l'on trouve dans le droit général des marchés publics. Cette caractéristique ne manque pas d'influencer l'interprétation du droit sur les marchés publics, notamment en ce qui concerne l'application des règles de l'assujettissement subjectif audit droit des hôpitaux répertoriés en qualité d'adjudicateurs.

2. Hôpitaux répertoriés : forme juridique et responsabilités

29 Pour déterminer si et de quelle manière les hôpitaux répertoriés sont assujettis à la législation cantonale sur les marchés publics, il faut s'interroger sur leur forme juridique et sur leurs responsables. On constate à cet égard une grande

28 En ce qui concerne le droit des marchés publics, cf. par ex. FETZ K., ch. marg. 40 ss, et TRÜEB, art. 1, n. 6 ss.

diversité, et dans un souci d'abstraction, on peut distinguer au niveau des responsabilités trois grands types d'organismes selon que leur organisation relève du droit public, de l'économie mixte ou du droit privé.

2.1. Hôpitaux de droit public

30 Les organismes de droit public étaient autrefois la règle, mais leur nombre tend aujourd'hui à se réduire. En fonction de leur degré d'autonomie, on peut les subdiviser en :

– *services de l'administration publique :* certaines organisations hospitalières cantonales, telles le « Centre Hospitalier Universitaire Vaudois » (CHUV), sont un service de l'administration publique cantonale (par exemple de la direction de la santé)[29]. Dans la même catégorie, on citera également l'Hôpital municipal de Triemli, qui constitue un service du Département de la santé et de l'environnement de la ville de Zurich. Les hôpitaux qui forment des services de l'administration se caractérisent par une « participation » cantonale manifestement prépondérante, et partant, par une forte influence au sens du droit des marchés publics ;

– *associations à but défini et associations de communes :* certains hôpitaux relèvent d'associations à but défini ou d'associations de communes (par exemple, dans le canton de Zurich, les hôpitaux de district d'Affoltern, de Männedorf ou d'Uster). Les associations à but défini sont des corporations de droit public dotées de la personnalité juridique et (généralement) de leur propre fortune[30]. Les hôpitaux relevant d'associations à but défini sont sujets à l'influence décisive de ces dernières ;

– *établissements de droit public :* leurs bases légales sont généralement fournies par la législation hospitalière cantonale[31]. L'influence du canton

---

29 Cf. l'art. 2, al. 1, de la loi sur les Hospices cantonaux (LHC) du 16 novembre 1993 (810.11) : « Le CHUV est rattaché au département en charge de la santé [...], dont il constitue l'un des services ».

30 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, ch. marg. 1462.

31 Pour ce qui est de l'Hôpital universitaire de Zurich (Universitätsspital Zürich [USZ], la loi sur l'Hôpital universitaire de Zurich du 19 septembre 2005 (Gesetz über das Universitätsspital Zürich ; USZG, LS 813.15). Le § 1 de l'USZG institue sous le nom

Fortsetzung auf nächster Seite

sur ces établissements obéit à cette législation spéciale. Dans le respect de l'autonomie de ces établissements, cette influence est généralement exhaustive. Le parlement cantonal ou le conseil d'Etat déterminent le capital de dotation, décident du budget global, formulent les mandats de prestations (y compris pour les hôpitaux non répertoriés) et élaborent les conventions de prestations[32]. Les établissements sont assujettis à la surveillance de l'exécutif cantonal ou à la haute surveillance du législatif cantonal. Les organes de l'hôpital sont nommés par l'exécutif cantonal[33]. Dans le cadre de sa stratégie de propriétaire, le canton exerce son influence en tenant compte des tâches dévolues aux établissements, comme c'est par exemple le cas pour l'Hôpital universitaire de Zurich (USZ).

2.2. Hôpitaux d'économie mixte

31 Les hôpitaux cantonaux en particulier revêtent de plus en plus fréquemment la forme de sociétés anonymes d'économie mixte (art. 762 CO) ou de sociétés anonymes au sens de l'art. 620 CO.

– La SA de l'Hôpital cantonal d'Aarau (Kantonsspital Aarau AG [KSA]) et la SA de l'Hôpital cantonal de Baden (Kantonsspital Baden AG [KSB]) fournissent deux exemples de ce type d'établissements[34]. Le canton détient la majorité du capital-actions[35] et exerce une influence dominante sur les sociétés anonymes hospitalières en vertu de la loi argovienne sur les hôpitaux (SpiG).

– La loi bernoise sur les soins hospitaliers (LSH[36]) confère le même statut aux centres hospitaliers régionaux (CHR) : les CHR sont des sociétés

d'Hôpital universitaire de Zurich un établissement de droit public cantonal doté de la personnalité juridique et dont le siège est à Zurich.

32 Cf. § 3, 4, 16 et 17 USZG.

33 Cf. § 8 et 9 USZG.

34 Cf. § 9 de la loi du 25 février 2003 sur les hôpitaux du canton d'Argovie (Spitalgesetz [SpiG] des Kantons Aargau ; SAR 331.200).

35 En vertu du § 11, al. 1, SpiG, au moins 70 %.

36 Du 5 juin 2005 (RSB 812.11).

anonymes (art. 620 CO), dont le canton de Berne détient au moins la moitié du capital-actions[37] ; actuellement, la stratégie de propriétaire du canton de Berne prévoit une participation de 66,6 %[38]. Les CHR ont été créés par regroupement d'hôpitaux régionaux ou de district[39]. Le Spital Netz Bern AG et le Centre hospitalier Bienne SA sont des exemples de CHR.

– Anciennement établissement de droit public, l'Hôpital cantonal de Zoug a également été transformé en société anonyme au sens de l'art. 620 CO. A cette occasion, le canton a repris les actifs et les passifs ; il détient la majorité des actions et des voix[40].

32 Autres formes juridiques de droit privé :

– L'Hôpital de l'Ile de Berne est un cas particulier d'établissement relevant du droit privé tout en faisant l'objet d'un contrôle étatique : bien qu'il soit géré par une fondation de droit privé (art. 80 CC), il n'en est pas moins, en vertu de l'art. 42 LSH, un hôpital universitaire au sens de l'art. 12 LSH. L'exploitation de l'hôpital est réglée dans une convention entre le canton de Berne et la Fondation de l'Hôpital de l'Ile (mandat de prestations : « Convention avec l'Hôpital de l'Ile »). Sur le plan administratif, l'Hôpital de l'Ile est rattaché à la Direction de la santé publique et de la prévoyance sociale du canton de Berne (art. 74 de l'ordonnance sur les soins hospitaliers ; OSH[41]). L'Hôpital de l'Ile dépend pour une grande part d'un financement cantonal. La « Convention avec l'Hôpital de l'Ile » ménage au canton de Berne un statut analogue à celui de propriétaire[42]. De plus, le canton peut décider de transformer l'Hôpital de l'Ile en une société par actions de droit privé

---

37 Art. 36 et 37 LSH.

38 Cf. la décision du Conseil-exécutif du 9 janvier 2008 concernant la stratégie de propriétaire du canton de Berne à propos des Centres hospitaliers régionaux (CHR) selon la loi sur les soins hospitaliers (LSH).

39 Cf. à cet égard la proposition du Conseil-exécutif bernois au Grand Conseil du 15 octobre 2003 relative à la loi sur les soins hospitaliers (LSH), pp. 5 s.

40 Cf. les § 5 et 8 de la loi du 25 mars 1999 sur l'Hôpital cantonal de Zoug (Gesetz über das Zuger Kantonsspital ; BGS 826.12).

41 Du 30 novembre 2005 (RSB 812.112).

42 Proposition du Conseil-exécutif bernois au Grand Conseil du 15 octobre 2003 relative à la loi sur les soins hospitaliers (LSH), pp. 28 s.

dans laquelle il détiendrait une participation majoritaire (art. 42, al. 2 et 3, LSH). *De facto*, l'Hôpital de l'Ile est contrôlé par le canton de Berne.

– L'Hôpital pédiatrique de Zurich se trouve dans une situation semblable : il est également géré par une fondation de droit privé (« Kinderspital Zürich - Eleonorenstiftung »). L'Hôpital pédiatrique de Zurich est l'hôpital pédiatrique universitaire et concentre ses activités sur l'accomplissement du mandat de prestations exhaustif que lui confie le canton de Zurich. La part du financement cantonal aux prestations cliniques et de recherche en est d'autant plus importante[43].

2.3. Hôpitaux relevant du droit privé

33 Les hôpitaux répertoriés privés sont souvent des sociétés par actions (au sens de l'art. 620 CO), mais peuvent également être des fondations de droit privé (art. 80 CC) ou des associations (art. 60 CC) sans participation de l'Etat. On trouve de nombreux hôpitaux de ce genre :

– les hôpitaux du groupe Hirslanden en sont des exemples typiques, de même que les cliniques privées du Genolier Swiss Medical Network SA, toutes constituées sous la forme de sociétés par actions (art. 620 CO) ;

– la fondation Lindenhof Bern, créée par la Croix-Rouge Suisse, est également un hôpital privé sans participation de l'Etat ;

– à titre d'exemples, l'Hôpital Paracelsus de Richterswil et le Förderverein Bethesda Tschugg se sont constitués en association.

3. Pouvoirs adjudicateurs publics au sens de l'art. 8 AIMP

34 Dans une première étape, il convient de déterminer si des hôpitaux répertoriés sont subjectivement assujettis à la législation cantonale sur les marchés publics, c'est-à-dire s'ils sont des « adjudicateurs publics ». Le cercle de ces derniers est défini par l'appendice I, annexe 2, de l'AMP. Cette annexe soumet

43 Cf. « Strategie Kinderspital Zürich – Eleonorenstiftung 2009 – 2014 » (approuvée par l'exécutif de la fondation le 25 septembre 2008), pp. 2 et 9 (consultable à l'adresse http://www.kispi.uzh.ch/bg/ueberuns/Leitbild/Strategie%20Kinderspital%20Zuerich_def.pdf; état au 30 novembre 2011).

au droit des marchés publics les entités verticales administratives décentralisées (« entités des gouvernements sous centraux »), en particulier :

– les *cantons* (« autorités publiques cantonales » ; ch. 1) ;

– les *organismes de droit public* (« organismes de droit public établis au niveau cantonal n'ayant pas un caractère commercial ou industriel » ; ch. 2), et

– les *communes et districts* (« autorités et organismes publics du niveau des districts et des communes » ; ch. 3).

35 L'art. 8, al. 1, AIMP pose dans le domaine des traités internationaux les conditions soumettant subjectivement au droit des marchés publics les entités suivantes :

– « les cantons, les communes, de même que les autres collectivités de droit public cantonal ou communales, dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel » (let. a) ;

– « les autorités, de même que les entreprises publiques et privées opérant au moyen d'un droit exclusif ou particulier dans les domaines de l'approvisionnement en eau, en énergie et dans celui des transports et des télécommunications. Sont seuls assujettis au présent accord les marchés en relation avec l'exécution, en Suisse, de leurs tâches dans les domaines précités » (let. c), et

– « les autres adjudicateurs selon les traités internationaux en vigueur » (let. d).

36 *En outre*, hors du domaine des traités internationaux (c'est-à-dire uniquement dans le domaine interne ; art. 8 ; al. 2, AIMP), sont soumis aux prescriptions de l'AIMP :

– « les autres collectivités assumant des tâches cantonales ou communales dans la mesure où elles n'ont pas de caractère commercial ou industriel » (let. a), et

– « les projets et prestations qui sont subventionnés à plus de 50 pour cent du coût total par des fonds publics » (let. b).

37 L'expression « *en outre* » qui figure à l'art. 8, al. 2, AIMP signifie que des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'al. 1 sont également assujettis au concordat et à l'obligation d'appel d'offres lorsqu'ils adjugent des marchés échappant au domaine des traités internationaux (art. 6, al. 1, AIMP) ou lorsque ces marchés n'atteignent pas la valeur de seuil prévue dans le domaine des traités internationaux[44]. L'al. 2 garantit que *toutes* les entités accomplissant des tâches publiques publient leurs marchés[45]. L'art. 8, al. 2, AIMP va dès lors plus loin que les exigences minimales qui ont cours dans le domaine des traités internationaux et transpose les prescriptions de l'art. 5, al. 2, LMI.

4. Domaine des traités internationaux (art. 8, al. 1, AIMP)

4.1. Collectivités publiques (art. 8, al. 1, let. a, AIMP)

38 Dans la mesure où des hôpitaux répertoriés sont des services de l'administration publique sans être dotés de la personnalité juridique et sans disposer d'une autonomie propre, ils sont réputés « collectivités publiques ». Ces hôpitaux répertoriés étaient assujettis à la législation sur les marchés publics, et ils le restent. A cet égard, la révision de la LAMal n'entraîne aucun changement.

4.2. Entreprises sectorielles privées et publiques (art. 8, al. 1, let. c, AIMP)

39 Des entreprises privées ou publiques disposant de droits exclusifs ou particuliers dans les domaines de l'approvisionnement en eau, en énergie et dans celui des transports et des télécommunications (art. 8, al. 1, let. c, AIMP, qui transpose l'appendice I, annexe 3, ch. 3 à 5, AMP) sont assujetties à un régime spécial. Ces secteurs d'infrastructure, dont la libéralisation est plus ou moins avancée dans les pays qui ont adhéré à l'AMP et à l'Accord bilatéral, se caractérisent par un mélange d'influence étatique, de service public et de concurrence privée. La situation sur le marché de la santé ne se distingue pas fondamentalement de celle qui règne sur ces marchés sectoriels. Néanmoins,

44 Cf. par ex. DTAP, Message type AIMP, p. 21.

45 Cf. DTAP, Message type AIMP, p. 21.

il n'existe dans le secteur des traités internationaux aucune disposition soumettant le secteur de la santé au droit des marchés publics.

4.3. Organismes de droit public (art. 8, al. 1, let. a, AIMP)

40 Non seulement les administrations cantonales et communales (« autorités publiques cantonales »), mais également les organismes de droit public des niveaux cantonal et communal (« organismes de droit public établis au niveau cantonal [et au niveau des districts et des communes] » ; appendice I, annexe 2, ch. 2 et 3, AMP) sont des « entités sous-centrales ».

4.3.1. Notion fonctionnelle de « pouvoir adjudicateur »

41 Le Message type AIMP désigne en tant qu'« organismes de droit public », les corporations, les fondations, les associations et groupements similaires lorsqu'ils assument des tâches publiques et pour autant que ces tâches n'aient pas de caractère commercial ou industriel. Pour une désignation exacte des adjudicateurs assujettis à la législation sur les marchés publics, le Message type AIMP renvoie aux traités internationaux[46]. L'interprétation doit donc être recherchée dans l'AMP, dans l'Accord bilatéral et accessoirement dans les directives 2004/17 et 2004/18.

42 L'appendice I, annexe 2, AMP ne définit pas ce qu'il faut entendre par « organisme de droit public ». Mais dans tous les cas, il est établi que le fait qu'un organisme de droit public relève dans sa forme juridique du droit public ou du droit privé ne joue aucun rôle[47].

43 Cette interprétation est conforme à l'art. 5 LMI, pour l'application duquel il n'est pas utile de connaître la forme juridique ou les responsables d'une entité chargée de tâches publiques[48] ; l'art. 5 LMI part déjà d'une *notion fonctionnelle*

---

46 DTAP, Message type AIMP, pp. 20 s.

47 Parmi d'autres, cf. STÖCKLI, p. 51, ch. marg. 18, avec renvois. Ce principe vaut également dans le droit européen : cf. CJCE du 13 janvier 2005, C-84/2003, *Commission/Espagne* (ch. marg. 28) et CJCE du 16 octobre 2003, C-283/2003, *Espagne/Commission* (ch. marg. 74), la CJCE jugeant que la forme juridique de droit privé de l'organisme n'est pas un critère permettant de considérer que l'organisme n'est pas un adjudicateur public au sens de ces directives (il s'agissait des directives 93/36 CEE et 93/37/CEE de 1993, remplacées depuis par les directives 2004/17 et 2004/18). Cf. également l'arrêt du Tribunal administratif de Zurich VGer ZH VB.2000.00493, cons. 1c.

48 Cf. l'arrêt du Tribunal administratif du canton d'Argovie VGer AG AGVE 2001 349 cons. 1.b.aa ; OESCH/ZWALD, Art. 5, n. 5 ; ZWALD J./ch. marg. 118.

de pouvoir adjudicateur dans le but d'ouvrir le marché[49]. En ce qui concerne la notion d'« organisme de droit public », le point déterminant n'est pas l'attribution formelle de l'entité au droit public ou au droit privé, mais l'*accomplissement de tâches publiques*[50]. C'est pourquoi des structures relevant du droit privé peuvent aussi être des « organismes de droit public ».

44 Ainsi, lorsqu'un hôpital répertorié relève du droit privé en ce qui concerne son organisation ou sa gestion, on ne peut exclure d'office qu'il soit assujetti subjectivement à la législation sur les marchés publics[51]. En Suisse également, en vertu de l'art. 5 LMI, la notion d'« organisme de droit public » doit être interprétée, du point de vue fonctionnel et le plus largement possible, selon la jurisprudence constante (de la CJCE) à la lumière du double objectif d'ouverture de la concurrence et de la transparence que poursuit cette directive[52].

4.3.2. Application par analogie de l'appendice I, annexe 3, AMP

45 Les caractéristiques des « organismes de droit public » tels que les mentionne l'annexe 2 peuvent être déduites de l'appendice I, annexe 3, AMP.

46 L'annexe 3 soumet à la législation sur les marchés publics les « pouvoirs publics » qui regroupent l'Etat, les collectivités territoriales, les associations et les « organismes de droit public », de même que les « entreprises publiques ». Ces entités ne sont toutefois assujetties à la législation en question que si elles œuvrent dans des secteurs[53] évoqués à l'annexe 3, ch. 1 à 5 ; dans la pratique, on parle d'« entreprises sectorielles ».

47 Tant l'annexe 2 que l'annexe 3 recourent (quoique dans des contextes différents) à la notion d'« organismes de droit public ». Alors que l'annexe 2 ne fournit aucune précision à leur sujet, l'annexe 3 est bien plus explicite :

---

49 Parmi d'autres, cf. CLERC, Commentaire de l'art. 5 LMI, n. 68, avec renvois.

50 EGGER, § 1, ch. marg. 465. Cf. également CJCE du 10 novembre 1998, C-360-96, *Gemeente Arnhem*, ch. marg. 44.

51 Cf. WIDMER URSULA, Spital-Informatikprojekte ausschreiben – ein komplexes Unterfangen, H+ Competence 68/2004, p. 23.

52 CJCE du 16 octobre 2003, C-283/2003, *Espagne/Commission,* ch. marg. 73. Cf. à ce propos RECHSTEINER, p. 38 ; CLERC, Commentaire de l'art. 5 LMI, n. 68 ; ZWALD J., ch. marg. 118.

53 Approvisionnement en eau et en électricité, transports, aéroports, ports.

> *« Est considéré comme un organisme de droit public tout organisme :*
>
> – *créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial,*
>
> – *doté d'une personnalité juridique et*
>
> – *dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est assujettie à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public »*[54].

48 En résumé, les organismes de droit public se caractérisent par le fait que (i) ils ont été créés pour l'accomplissement de tâches publiques (ii) qui n'ont aucun caractère commercial ou industriel, (iii) qu'ils sont dotés d'une personnalité juridique et (iv) qu'ils se trouvent sous l'influence de l'Etat.

49 L'annexe 3 précise les contours de la notion fonctionnelle de pouvoir adjudicateur[55], qui vaut par analogie pour les « organismes de droit public » au sens de l'appendice I, annexe 2, ch. 2, AMP. La notion vient certes du droit européen relatif aux adjudications, mais récemment encore, le Tribunal administratif fédéral a fait valoir que l'« appréhension européenne » avait influencé la notion de pouvoir adjudicateur au sens de l'AMP, et partant le sens que lui donne le droit suisse des marchés publics[56]. La notion fonctionnelle de pouvoir adjudicateur vaut par conséquent aussi dans le champ d'application de l'art. 8 AIMP, de même que – selon la doctrine dominante - dans celui de l'art. 5 LMI[57], bien que dans le second cas, on n'évoque qu'avec un certain

---

54 Cf. http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/che3.doc.

55 STÖCKLI, pp. 51 s., ch. marg. 18. Davantage de précisions dans PRIESS, p. 88, et FRENZ, § 1, ch. marg. 2579.

56 Arrêt du TAF B-6177/2008 du 25 novembre 2008, cons. 3.5.2.

57 Détails in CLERC, Commentaire de l'art. 5 LMI, n. 69 ss ; OESCH/ZWALD, Art. 5, n. 5 ; ZWALD J., ch. marg. 117 ss.

manque de précision les « organes assumant des tâches cantonales ou communales ».

4.3.3. Définition dans le droit européen

50 On trouve une définition pratiquement identique des « organismes de droit public » dans les directives européennes 2004/17/CE et 2004/18/CE. Aux termes de l'art. 2, ch. 1, de la directive 2004/17/CE et de l'art. 1 de la directive 2004/18/CE, est considéré comme un « organisme de droit public » tout organisme :

> *« a) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial,*
>
> *b) doté de la personnalité juridique, et*
>
> *c) dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est assujettie à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ».*

4.3.4. Critères pertinents

51 Dès lors, sont réputés pouvoirs adjudicateurs et sont subjectivement assujettis au droit des marchés public les « organismes de droit public » qui répondent cumulativement aux conditions suivantes[58] :

- *ils sont dotés de la personnalité juridique ;*
- *ils poursuivent des buts d'intérêt général ;*
- *ils exercent une activité autres qu'industrielle ou commerciale, et*

---

58 Cf. par ex. STÖCKLI, p. 52, ch. marg. 19, et AICHER, pp. 81 ss, ch. marg. 10 ss, notamment p. 80 14, avec renvois. Cf. également CJCE du 15 janvier 1998, 44/96, *Mannesmann Anlagenbau*, ch. marg. 20 (jugement rendu sur la base de la directive 93/37/CEE, mais confirmé par la directive actuelle 2004/18/CE).

– *ils sont liés à l'Etat, c'est-à-dire placés sous l'influence prépondérante de l'Etat.*

52 En vertu de l'art. 8, al. 1, let. a, AIMP et de l'appendice I, annexe 2, AMP en relation avec l'annexe 3 AMP, ces critères valent aussi bien pour les hôpitaux répertoriés par les cantons que pour les pouvoirs adjudicateurs dans les Etats membres de l'UE, les seconds étant assujettis aux dispositions identiques des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.

53 La clef permettant de déterminer si un « organisme de droit public » est assujetti au non à la législation sur les marchés publics peut se résumer ainsi : lorsque non seulement des entités de droit public, mais également des entités de droit privé contribuent à l'accomplissement de tâches publiques, apportent des prestations sous forme de constructions, de fournitures ou de services, se trouvent sous influence étatique et accomplissent des tâches publiques en recourant aux deniers publics, on ne devrait pouvoir contourner la législation sur les marchés publics en invoquant le droit privé ou en créant des formes juridiques hybrides[59]. Plus le risque augmente d'une inefficacité et d'une non-transparence dans l'accomplissement de tâches publiques, plus il est nécessaire de soumettre subjectivement au droit des marchés publics des pouvoirs adjudicateurs même atypiques, quasi-publics (dont justement les « organismes de droit public »)[60]. Dès l'instant où, dans le cadre de la passation de marchés, des organismes peuvent se laisser guider par d'autres considérations que des critères strictement économiques[61], en raison de la tâche à accomplir, de leurs liens avec les pouvoirs publics et du recours direct ou indirect à un financement public des prestations dues, ils doivent publier leurs marchés.

54 A cet égard, il est évident qu'une vision juridique et matérielle globale des marchés concernés s'impose[62].

---

59 Dans ce sens, cf. FRENZ, § 1, ch. marg. 2571, et notamment p. 784, ch. marg. 2578 s., avec renvois ; arrêt du TAF B-6177/2008 du 25 novembre 2008, cons. 3.5.2. Cf. également BEYELER, Beschaffung, ch. marg. 30. Avec référence à l'AMP, cf. PÜNDER, pp. 63 s., ch. marg. 12.

60 Cf. BEYELER, Beschaffung, ch. marg. 35.

61 CJCE du 22 mai 2003, C-18/01, *Korhonen*, ch. marg. 52, et CJCE du 12 décembre 2000, C-470/99, *Universale Bau AG*, ch. marg. 52. Davantage de détails in AICHER, pp. 81 s., ch. marg. 11, PRIESS, pp. 88 s. et BEYELER, Beschaffung, ch. marg. 47 (avec renvois dans chaque cas).

62 A ce propos, cf. BEYELER, Beschaffung, ch. marg. 85 s.

4.3.5. Réponse à la question 7

55 En Suisse, dans les Etats membres de l'AMP et dans les Etats membres de l'UE, la notion d'« organisme de droit public » recouvre la même réalité.

5. Les hôpitaux répertoriés en tant qu'« organismes de droit public »

5.1. Personnalité juridique

56 Cet aspect ne pose aucun problème : on retrouve cette caractéristique auprès de tous les hôpitaux publics et privés, pour autant qu'ils ne soient pas rattachés en tant que services à l'administration centrale (comme par exemple le CHUV à Lausanne ou l'Hôpital de Triemli) ou qu'ils ne dépendent pas d'associations de communes (cf. supra ch. marg. 30). Ces hôpitaux (ou leurs responsables du point de vue juridique) sont déjà assujettis au droit des marchés publics en tant que collectivités publiques.

57 Si la jurisprudence cantonale relative à l'art. 8, al. 1, let. a, AIMP affirmait que seules des organisations et entités de droit *public* sont réputées « organismes de droit public »[63], elle s'inscrirait en faux contre la notion fonctionnelle de pouvoir adjudicateur et, partant, contre l'art. I AMP (appendice I, annexes 2 et 3) et contre l'art. 5 LMI.

5.2. Intérêt général

5.2.1. Notion

58 Selon la pratique de la CJCE en matière de droit européen des adjudications, une activité sert l'« intérêt général » lorsqu'elle est étroitement liée à l'ordre public et au fonctionnement institutionnel de l'Etat[64] et qu'elle est exercée dans l'intérêt de la société dans son ensemble. La santé publique en fait partie,

---

63 Comme le confirme le Tribunal administratif du canton de Berne dans son jugement – à première vue non publié – 22857/22868 du 8 novembre 2007 (cons. 4.3) (cité dans SAP, Liste des hôpitaux, p. 4).

64 CJCE du 15 janvier 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau*, ch. marg. 24.

et entre autres les activités dans les domaines de l'hygiène et de l'élimination des déchets[65].

59 L'annexe III à la directive 2004/18/CE[66] fournit de précieux indices quant aux activités servant l'intérêt général : l'Allemagne par exemple (annexe III, ch. III/2) inclut dans le cercle des entités œuvrant dans l'intérêt général des personnes morales de droit privé actives dans les domaines de la santé (notamment les hôpitaux), de la culture, des affaires sociales (écoles, jardins d'enfants), du sport, de la sécurité, de la formation, des pompes funèbres, etc.

60 Selon la jurisprudence constante de la CJCE, les activités servant l'intérêt général s'inscrivent dans le contexte de tâches que l'Etat (dans un sens large et fonctionnel) doit accomplir lui-même pour des raisons d'intérêt général ou sur lesquelles il entend exercer une influence décisive[67] lorsqu'elles sont assumées par des entreprises privées[68].

61 La CJCE interprète la notion d'« intérêt général » de façon *large* : des activités servent l'intérêt général lorsqu'elles défendent globalement des intérêts de tiers plus ou moins liés à des tâches étatiques. Il suffit pour cela qu'elles relèvent d'objectifs sociaux ou économiques de l'Etat. Même l'organisation de foires et d'expositions est réputée activité servant l'intérêt général en raison des impulsions qu'elle donne aux échanges commerciaux. Il en va de même d'activités générant en fin de compte des recettes fiscales supplémentaires, créant des emplois et déployant des effets sociaux globalement positifs pour la population[69].

62 Dès lors, on parle d'« activités servant l'intérêt général » non seulement lorsqu'elles concernent des tâches de l'Etat proprement dites, mais déjà lorsqu'elles servent globalement l'intérêt public et contribuent à l'accomplissement de tâches administratives – par exemple de nature sociale

---

65 CJCE du 10 novembre 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem*, ch. marg. 52. Pour une vue d'ensemble des divers secteurs servant l'intérêt général, cf. AICHER, p. 83, ch. marg. 15, avec de nombreux renvois. Cf. également CJCE du 9 juin 2009, C-480/06, *Commission/Allemagne*, ch. marg. 37.

66 FRENZ, § 1, ch. marg. 2596.

67 CJCE du 10 novembre 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem*, ch. marg. 51 ; CJCE du 16 octobre 2003, C-283/00, *Commission/Royaume d'Espagne*, ch. marg. 80.

68 Cf. également CJCE du 10 novembre 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem*, ch. marg. 51 à 53.

69 Cf. par ex. CJCE du 22 mai 2003, C-18/01, *Korhonen*, ch. marg. 45 et 62.

ou politique[70] – ou à l'atteinte des objectifs de l'Etat. On ne peut donc que se rallier à l'avis de STÖCKLI[71] pour qui l'élément de l'« intérêt général » ne revêt qu'une importance mineure et n'est guère en mesure d'empêcher l'assujettissement subjectif des organismes de droit public à la législation sur les marchés publics.

63 Ainsi, assurer la couverture de base en soins hospitaliers au sens de l'art. 39, al. 1, let. d et e LAMal constitue une activité servant l'intérêt général au sens de l'AMP, de l'Accord bilatéral, de l'art. 8, al. 1, let. a, AIMP et des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE[72].

5.2.2. Pertinence

64 Il n'est pas nécessaire que l'objectif idéal d'une activité puisse se déduire du *but statutaire* de l'entité agissante. Même une entité qui, à l'origine, n'a pas été créée dans un but d'intérêt général (c'est-à-dire dans un but économique et non idéel) peut, selon la pratique de la CJCE, devenir un « organisme de droit public » contraint de publier ses marchés si, par la suite, elle accomplit des tâches servant l'intérêt général. Les faits réels, et non les caractéristiques juridiques, constituent l'élément essentiel. Néanmoins, il faut pouvoir constater objectivement qu'un organisme exerce des activités servant l'intérêt général. Une adaptation formelle des buts statutaires ne s'impose pas[73] : cela correspond aux critères fonctionnels qui permettent de décider de l'assujettissement ou non d'une entité au droit des marchés publics.

65 Dans les limites de leur mandat de prestations, les hôpitaux répertoriés accomplissent dans tous les cas une tâche d'intérêt général au sens de la législation sur les marchés publics et s'acquittent du même coup de tâches étatiques proprement dites (cf. infra ch. marg. 67 ss). Lorsqu'un mandat de prestations est attribué à un hôpital dont l'organisation relève du droit public ou du droit privé (art. 39, al. 1, let. e, LAMal), il se voit confier une tâche

---

70 Cf. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 3, ch. marg. 1 ss.

71 Pp. 52 s., ch. marg. 20.

72 Par analogie, cf. les conclusions sommaires de la SAP, Liste des hôpitaux, p 9 ; cf. également STÖCKLI, p. 58, qui dans le contexte de l'art. 8, al. 2, let. a, AIMP renvoie sans autre à l'« intérêt général » au sens de la jurisprudence de la CJCE.

73 CJCE du 12 décembre 2002, C-470/99, *Universale Bau AG*, ch. marg. 63 ; EGGER, § 1, ch. marg. 469 s. ; AICHER, p. 87, ch. marg. 27 ; FRENZ, § 1, ch. marg. 2593 s.

publique dans la limite des prestations convenues[74]. Les hôpitaux répertoriés doivent répondre aux besoins de base identifiés et sont dès lors *contraints* d'offrir les prestations définies dans le mandat de prestations[75] : en fin de compte, la planification hospitalière vise la couverture de base sous la responsabilité du canton[76].

66 Il est donc inutile d'examiner séparément les buts statutaires de chaque hôpital répertorié : dès l'instant où il figure sur une liste, il sert objectivement l'intérêt général au sens de l'art. 8, al. 1, AIMP.

5.2.3. Digression : la couverture de base en soins hospitaliers est une tâche de l'Etat

67 Les tâches étatiques forment une part des tâches d'intérêt général. Dans le but de clarifier les autres critères qualifiant les « organismes de droit public », on examinera ci-après si la couverture de base en soins hospitaliers par des prestations médicales constitue une tâche étatique.

68 On parle de « tâche étatique » lorsque l'Etat, au lieu de particuliers, se voit confier certaines fonctions dans un champ d'activités donné, parce que l'attribution et l'accomplissement de ces tâches permet de mieux répondre à un intérêt public. Les tâches étatiques sont assumées par des organismes administratifs à qui elles sont confiées en raison de leurs compétences admises de façon générale et abstraite[77]. L'accomplissement d'une tâche étatique génère une « production étatique de biens » découlant d'un mandat général et abstrait, et ce sous la responsabilité finale de l'organisme administratif mandaté ou de l'Etat[78].

---

74 Cf. en particulier POLEDNA/DO CANTO, ch. marg. 51 ; également CDS, Recommandations, p. 3.

75 Cf. par ex. l'art. 17 de la LSH bernoise, qui mentionne explicitement « l'obligation d'admettre et de soigner les patients et les patientes dans les domaines couverts par les contrats de prestations ». Cf. également FF 2004 5231 s., et POLEDNA/DO CANTO, ch. marg. 49.

76 Cf. SAP, Planification des soins, pp 9 s., et CDS, Recommandations, pp. 3 à 5.

77 Globalement, cf. TSCHANNEN, § 7, ch. marg. 31 et 37 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 1, ch. marg. 14; HÄSLER, pp. 72 s. ; UHLMANN, p. 230.

78 Cf. à ce propos RICHLI PAUL, Welche Aufgaben soll der Staat erfüllen ?, Kleine Schriften zum Recht (éd. Müller Markus/Tschannen Pierre), Berne 2009, pp. 11 ss (avec renvois) ; cf. également RICHLI PAUL, § 54 Staatsaufgaben – Grundlagen, in : Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer J./Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, § 54, n. 8.

69 Dans l'interprétation de la législation concernée, il convient de déterminer si une contribution de l'Etat dans le cadre des divers buts et objectifs de l'Etat, formulés de façon plus ou moins abstraite (cf. par exemple l'art. 2 Cst.), représente une tâche d'un intérêt public tellement contraignant que l'Etat en endosse directement, ou à tout le moins indirectement, la responsabilité[79]. Les résultats de telles interprétations sont rarement univoques, et deux aspects sont importants :

– *Une tâche étatique est toujours définie et délimitée par une règle de droit.* Pour que l'on puisse parler d'une tâche étatique, il faut définir à un niveau général et abstrait qui doit accomplir quelle tâche sur le plan opérationnel, ou qui en porte la responsabilité[80]. A cet égard, l'élément déterminant est que l'Etat est responsable de l'accomplissement de la tâche conformément à la loi.

– Aux termes des art. 6 et 41 Cst., les tâches de l'Etat ont un caractère *subsidiaire* par rapport à la responsabilité privée. Elles sont régulièrement motivées par une défaillance du marché. Souvent, elles sont liées à la production et à l'offre de biens publics, c'est-à-dire de biens dont tout un chacun doit pouvoir disposer et dont la consommation ne génère pas de rivalités[81]. La défense nationale en est un exemple.

– Dans tous les cas, un *intérêt public qualifié* doit justifier que l'Etat assume la responsabilité d'une tâche étatique dans un domaine d'activités donné. Toute tâche dont l'accomplissement (par l'Etat ou par des particuliers) présente un intérêt public ne peut être une tâche étatique. On ne peut parler de tâche de l'Etat que lorsque l'intérêt public à l'accomplissement d'une certaine tâche se double d'un

---

79 Cf. par ex. TSCHANNEN, § 7, ch. marg. 40 ; GYGI FRITZ, Verwaltungsrecht, Berne 1986, p. 21.

80 En rapport avec le droit constitutionnel bernois, cf. parmi d'autres KÄLIN WALTER, in : Kälin Walter/Bolz Urs (éd.), Handbuch des Bernischen Verfassungsrechts, Berne/Stuttgart/Vienne 1995, p. 65, où l'auteur affirme que la portée des exigences de la base légale détermine si et dans quelle mesure, dans le cas particulier, la loi doit prévoir formellement une tâche pour que les autorités puissent agir (« Es hängt damit von der Tragweite des Erfordernisses der gesetzlichen Grundlage ab, ob und wieweit im konkreten Fall das Gesetz im formellen Sinn eine Aufgabe vorsehen muss, damit die Behörden aktiv werden können […] ». Dans le même sens, cf. également HÄSLER, pp. 77 ss.

81 A propos de la subsidiarité évoquée, cf. par ex. HÄNER ISABELLE, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private, PJA 2002 1144, p. 1149 (avec renvois). Le postulat de l'autoresponsabilité formulé à l'art. 6 Cst. n'est toutefois guère plus qu'une « règle de bon sens ». Cf. également BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zur Schweizerische Bundesverfassung, Zurich 2007, art. 6, n. 2 ss.

« objectif légal », de sorte que l'Etat se voit contraint d'accomplir cette tâche selon les prescriptions du législateur[82].

70 L'art. 39 LAMal oblige les cantons à élaborer une planification hospitalière dans le respect des critères de la législation fédérale applicables à la qualité et au caractère économique des prestations (cf. supra ch. marg. 21). La planification hospitalière permet aux cantons de garantir la mise à disposition de prestations hospitalières d'un coût supportable. La couverture de base des besoins de la population en prestations hospitalières est dès lors une tâche étatique des cantons (à l'instar de la planification hospitalière elle-même)[83].

71 La couverture de base en soins hospitaliers est un problème complexe des points de vue matériel et économique. Les prestations doivent non seulement répondre aux besoins, mais encore être fournies à un coût supportable de sorte que l'assurance sociale soit en mesure de maîtriser les coûts à long terme[84]. Il s'agit de contenir le coût des prestations hospitalières à la charge de l'AOS et de supprimer les surcapacités. L'art. 39 LAMal part du principe que cette tâche doit être assumée *conjointement* par des hôpitaux publics et privés, dans le respect des règles de la *concurrence* et sous la *responsabilité de planification des cantons*[85]. C'est pourquoi la LAMal impose aux cantons d'inclure des hôpitaux publics et privés dans la planification hospitalière et de confier la couverture de base en soins hospitaliers à des hôpitaux publics *et* privés (art. 39, al. 1, let. d, LAMal)[86].

72 En matière de planification hospitalière, les cantons étaient et restent autonomes, et ils choisissent librement les procédures appropriées de planification et de sélection[87]. Ils ne disposent toutefois d'aucun pouvoir d'appréciation pour savoir si et selon quels critères matériels ils veulent inclure

---

82 Cf. notamment UHLMANN, p. 230.

83 ZENGER (p. 295) qualifie même la planification hospitalière comme l'une des tâches publiques des cantons les plus riches en tradition. Cf. également la proposition du Conseil d'Etat zurichois du 19 janvier 2011 relative à la loi sur la planification et le financement hospitaliers, pp. 30 et 38, et la proposition du Conseil-exécutif bernois au Grand Conseil du 15 octobre 2003 relative à la loi sur les soins hospitaliers (LSH), pp. 5 s. et 12 s. A propos du rôle de l'Etat dans la planification hospitalière, cf. encore JACOBS, ch. marg. 6, et DPC 2006 513, pp. 18 s., ch. marg. 48 ss.

84 Cf. ZENGER, p. 301.

85 ZENGER était déjà de cet avis (pp. 281 et 293).

86 A propos de l'importance la concurrence entre les divers fournisseurs de prestations privés et publics, cf. ZENGER, pp. 285 s.

87 Cf. CDS, Recommandations, p. 2.

dans la planification les hôpitaux privés aux côtés des hôpitaux publics[88]. Contrairement à d'autres domaines réglementaires, la LAMal n'est pas « ouverte » mais précise quant aux critères de planification[89]. La législation fédérale précise déjà que les hôpitaux répertoriés assument des tâches publiques dans les soins hospitaliers de base – et ce indépendamment de leur caractère privé ou public[90]. Le mandat, inscrit dans la législation fédérale, qui impose aux cantons de conclure des conventions de prestations avec des fournisseurs adéquats (art. 39, al. 1, let. e, LAMal) constitue la base légale de l'obligation qui leur est faite de confier des tâches étatiques à des hôpitaux publics et privés sur un pied d'égalité, et de guider les fournisseurs privés conformément à la planification[91].

73 Des éléments fondamentaux de cette conception ont déjà été transposés dans l'arsenal juridique des cantons :

– le *canton de Zurich* veille à un approvisionnement de base suffisant en soins de santé hospitaliers à un coût supportable et finançables à long terme (art. 113 KV-ZH ; § 1E-SPFG[92]) et encourage la concurrence en application de l'art. 39, al. 1, let. d et e, LAMal[93] ;

– dans le *canton de Berne*, le canton et les communes veillent à la fourniture de soins médicaux en suffisance et à un coût supportable, et mettent à disposition les installations nécessaires (art. 41, al. 1, KV-BE). Par sa planification et par un système de financement approprié, le canton s'assure de l'utilisation efficace et rationnelle des deniers publics et garantit la coordination avec les organismes privés (art. 41, al. 2, KV-

88 En vertu de l'art. 39, al. 1, let. d et e, LAMal, l'obligation d'élaborer une planification hospitalière ne laisse aucune « ouverture » quant à la possibilité pour les cantons d'inclure ou non des fournisseurs de prestations privés dans la planification, contrairement à l'« ouverture » qui caractérise d'autres réglementations.

89 A propos de cette « ouverture », cf. en général POLEDNA TOMAS, Öffentliche Aufgaben und Kriterien für die Wahl der Organisationsform, in : Schaffhauser René/Poledna Tomas (éd.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten : Rechtsformen und ihre Folgen, St-Gall 2002, p. 11.

90 Cela correspond sans autre à la contribution importante qu'apportent les hôpitaux privés. En 2003 déjà, les hôpitaux privés abritaient dans le canton de Berne 19 % des lits d'hôpital (cf. proposition du Conseil-exécutif bernois au Grand Conseil du 15 octobre 2003 relative à la loi sur les soins hospitaliers [LSH], p. 13).

91 Cf. ZENGER, pp. 288 s. et 295 s.

92 Proposition de la Commission de rédaction du 21 avril 2011.

93 Cf. la proposition du Conseil d'Etat zurichois du 19 janvier 2011 relative à la loi sur la planification et le financement hospitaliers, pp. 30 s.

BE). Avant même l'introduction de l'art. 39, al. 1, let d et e, LAMal dans la version de la loi fédérale du 21 décembre 2007, les hôpitaux privés faisaient partie intégrante de la planification hospitalière bernoise[94] (cf. l'actuel art. 9 LSH). Les fournisseurs de prestations apparaissent sur la liste lorsque leurs prestations sont *nécessaires* à la couverture des besoins de la population bernoise ; leur statut de droit public ou de droit privé est un élément secondaire[95] ;

– le *canton d'Argovie* prend des mesures préventives et curatives en collaboration avec les communes et les milieux privés (§ 41, al. 1, KV-AG). La loi argovienne sur les hôpitaux (SpiG) inclut dans la planification hospitalière des hôpitaux tant publics que privés[96]. L'ordonnance concernant la liste des hôpitaux (SpiliV)[97] n'établit dans l'attribution des places sur la liste et des groupes de prestations aucune distinction entre hôpitaux publics et privés.

5.2.4. Les activités d'intérêt général n'ont nul besoin d'être prépondérantes

74 Il n'est pas nécessaire que l'ensemble des activités d'un organisme de droit public serve l'intérêt général : il n'est nul besoin non plus que les activités d'intérêt général soient prépondérantes. Même lorsqu'une part relativement modeste des activités – par exemple d'un hôpital répertorié - sert l'intérêt général, son orientation vers le bien commun est reconnue[98].

75 En raison de la notion très vaste d'intérêt général, des prestations dépassant le spectre assigné à un hôpital répertorié constituent également des activités orientées vers le bien commun dans la mesure où elles servent des fins de

---

94 Cf. BOLZ URS, in : Kälin Walter/Bolz Urs (éd.), Handbuch des Bernischen Verfassungsrechts, Berne/Stuttgart/Vienne 1995, p. 353. Proposition du Conseil-exécutif bernois au Grand Conseil du 15 octobre 2003 relative à la loi sur les soins hospitaliers (LSH), p. 13.

95 Cf. par ex. la proposition du Conseil-exécutif bernois au Grand Conseil du 15 octobre 2003 relative à la loi sur les soins hospitaliers (LSH), pp. 5 s. et p. 13 (ad art. 9).

96 Cf. les § 1, 3, 5, 6 et 13 SpiG.

97 Du 9 mars 2011 (SAR 331.231).

98 Cf. CJCE du 15 janvier 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau*, ch. marg. 25 et 34 ; CJCE du 12 décembre 2002, C-470/99, *Universale Bau AG*, ch. marg. 55 ; FRENZ, § 1, ch. marg. 2597. En revanche, nous jugeons trop rigide l'appréciation de CLERC (Commentaire de l'art. 5 LMI, ch. marg. 75) selon laquelle il faut « que l'organisme doive son existence à la poursuite de cet objectif spécifique [l'activité dans l'intérêt commun] ». Une telle façon de voir n'est pas compatible avec le jugement *Mannesmann Anlagenbau*, ni avec les considérations dynamiques purement fonctionnelles du jugement *Universale Bau AG*.

santé publique, des objectifs sociaux ou, à tout le moins, d'économie générale. La nature et la portée des activités qui ne seraient éventuellement pas exercées dans l'intérêt général ne change rien à l'orientation d'un hôpital répertorié vers le bien commun aussi longtemps que l'hôpital en question reste lié par sont mandat de prestations. Cela vaut également lorsque le mandat de prestations est matériellement réduit et que l'éventail des prestations contractuellement attribuées ne représente qu'une petite part de l'ensemble des activités d'un hôpital répertorié[99].

76 Un autre problème est de savoir si les marchés d'un hôpital répertoriés non liés à l'accomplissement du mandat de prestations sont assujettis au droit des marchés publics (cf. infra ch. marg. 133 ss).

5.3. Pas d'activité « commerciale ou industrielle »

5.3.1. Notion

77 Les activités de nature « *commerciale ou industrielle* » sont des activités qui qualifient l'entreprise concernée d'« entreprise commerciale ou industrielle »[100] dans le jeu de la *concurrence*[101]. Lorsqu'un organisme de droit public se trouve exposé à une concurrence efficace dans l'exercice de ses activités d'intérêt général, il n'est pas nécessaire de garantir l'utilisation rationnelle des moyens étatiques par le biais du droit des marchés publics. La législation sur les marchés publics n'a pas besoin de remédier à l'absence de concurrence sur le marché dans lequel l'adjudicateur public opère lorsqu'une concurrence efficace évite qu'à l'occasion d'adjudications, l'entreprise se laisse guider par des considérations autres qu'économiques[102].

---

99 A cet égard, on discute dans le cadre du droit européen de la « théorie de l'infection » (ou du « principe du tout ou rien »), selon laquelle des activités d'intérêt général sans caractère commercial ou industriel « infecteraient » les autres activités des organismes de droit public (c'est-à-dire des activités qui ne seraient pas exercées dans l'intérêt général ou qui seraient de nature commerciale ou industrielle). L'origine de la discussion doit être recherchée dans l'arrêt CJCE du 15 janvier 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau*, ch. marg. 25 et chez FRENZ, § 1, ch. marg. 2597). La pratique suisse rejette cette théorie : cf. infra ch. marg. 143 s.

100 Cf. l'appendice I, annexe 3, AMP, note de pied de page 3 de la traduction allemande.

101 Cf. l'appendice I, annexe 1, AMP, note de bas de page 2 : « Pour autant que l'entité ne soit pas en concurrence avec des entreprises auxquelles le présent accord n'est pas applicable ».

102 STÖCKLI, pp. 53 ss. Cf. également l'avis de la COMCO « Clause d'exemption et loi sur le marché intérieur (LMI) », DPC 2001 618, p. 619, ch. marg. 10.

5.3.2. Concurrence efficace

78 La concurrence qui exempte un « organisme de droit public » des dispositions de la législation sur les marchés publics doit être « efficace ». On se trouve dans ce cas de figure « lorsque d'autres entités sont libres d'offrir les mêmes services dans la même aire géographique à des conditions substantiellement identiques » (selon la teneur de l'art. 3, al. 5, de l'Accord bilatéral)[103]. Cette réserve a été initialement formulée pour l'« exemption » des entreprises sectorielles, mais elle est d'une portée plus large[104].

79 A cet égard, on défend le point de vue selon lequel les entreprises ne se trouvent en situation de libre concurrence que lorsqu'elles sont exposées à un risque de pertes pour les activités concernées et qu'elles sont de ce fait menacées d'insolvabilité[105]. Une obligation de refinancement de l'Etat, voire une simple obligation *de facto* pour l'Etat d'apporter un soutien est incompatible avec l'idée de concurrence. A l'inverse, toute intention de réaliser des profits ne mène pas automatiquement à empêcher tout assujettissement subjectif au droit de marchés publics[106]. Un organisme de droit public peut réaliser des profits dans la mesure où cela ne constitue pas son but principal[107].

80 Dès lors, la notion de « concurrence efficace » doit être comprise dans le sens que lui donne la loi sur les cartels (LCart)[108]. Le lien entre le droit des marchés publics et la législation sur les cartels est conditionné par le fait que la LCart,

---

103 Cf. également l'appendice I, annexe 3, AMP, note 6 : « … lorsque d'autres entités peuvent librement fournir ce service, soit d'une manière générale, soit dans une aire géographique spécifique, dans les mêmes conditions que les entités adjudicatrices ».

104 Cf. également l'art. 2, let. d, de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1), en vertu de laquelle les services postaux ne sont pas assujettis au droit des marchés publics pour ce qui est des prestations qu'ils fournissent en concurrence avec des tiers. De même, l'art. 2*b* de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP ; RS 172.056.11) dispose que des entreprises sectorielles au sens de l'art. 2*a* OMP peuvent être « exemptées » lorsqu'elles sont en situation de concurrence, ce qui est par exemple le cas du transport des marchandises des CFF (décision du DETEC du 20 août 2007 ; FF 2007 5769). On parle aussi occasionnellement de concurrence « développée » : cf. par ex. CJCE du 10 novembre 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem*, ch. marg. 49.

105 STÖCKLI, p. 54, avec renvois.

106 Cf. par ex. CJCE du 22 mai 2003, C-18/01, *Korhonen*, ch. marg. 51 ss, et CJCE du 16 octobre 2003, C-283/00, *Royaume d'Espagne*, ch. marg. 81 s. ; FRENZ, § 1, ch. marg. 2603 s. ; EGGER, § 1, ch. marg. 479 s.

107 Cf. CJCE du 10 avril 2008, C-393/06,. *Fernwärme Wien*, ch. marg. 42 et 47.

108 Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251).

en tant qu'acte normatif général régissant la concurrence, vise à préserver l'ordre économique suisse des conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables à des dysfonctionnements du marché ou à des distorsions de la concurrence (art. 1 LCart et art. 96 Cst.). Le droit des marchés publics agit dans la même direction : lorsqu'une « concurrence efficace » fait défaut sur un marché donné, la législation sur les marchés publics instaure une concurrence entre les fournisseurs en imposant un appel d'offres et influe de la sorte sur une allocation efficace des ressources[109]. Il n'est dès lors guère étonnant que la loi allemande contre les entraves à la concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ; GWB) règle dans le même acte le droit des marchés publics et celui des cartels.

81 La concurrence est « efficace » lorsque les fonctions du marché restent intactes, c'est-à-dire lorsque les fonctions statiques et dynamiques de la concurrence sont opérationnelles (entre autres les fonctions d'allocation, d'innovation, d'équilibre entre l'offre et la demande, de répartition des risques et de normalisation des rendements)[110]. Dans le cas idéal, cela peut mener à une situation dans laquelle toutes les décisions du marché sont exclusivement prises sur la base des paramètres de la concurrence (notamment les prix, les quantités, le choix des clients et des secteurs géographiques, et la qualité). Les marchés doivent donc être ouverts, en d'autres termes, il ne doit y avoir trop d'entraves à l'entrée et à la sortie du marché[111].

82 L'élément déterminant d'une concurrence efficace est la liberté qu'ont les fournisseurs de fixer les prix. Lorsque les prix ne sont pas fixés par le seul jeu des forces du marché, la LCart admet que la concurrence est (à tout le moins) entravée. Lorsque des concurrents s'entendent sur les prix, la LCart part même du principe que la concurrence efficace a disparu (art. 5, al. 3, let. a LCart).

83 Des mesures privées peuvent également entraver la concurrence efficace (accords illicites[112], abus de position de position dominante[113] ou

---

109 La COMCO défend un point de vue semblable, selon lequel la LMP – dans le cas concret l'art. 11, let. e, LMP, qui prévoit l'exclusion des soumissionnaires qui se sont entendus sur leurs prix – doit donner à l'adjudicateur la possibilité d'engager les deniers publics de manière efficace (cf. DPC 2009 196, p. 203, ch. marg. 43 s.).

110 A cet égard, cf. FF 1995 p. 512 s. ; BORER, art. 1, n. 15 ss (avec renvois) ; ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, 2e éd., Berne 2005, note marg. 20 ss.

111 Cf. FF 1995 p. 513.

112 Art. 5 LCart.

changements structurels[114]). Mais la concurrence efficace peut également être neutralisée ou modifiée, en tout ou partie, par des lois spéciales. En vertu de l'art. 3, al. 1, LCart, la loi sur les cartels et le principe de la concurrence ne s'appliquent que si le droit spécial ménage la marge d'action nécessaire. Cette marge doit être appréciée dans chaque cas particulier. La législation d'intervention, sous la forme d'un régime de marché ou de prix de caractère étatique (art. 3, al. 1, let. a LCart) ou par le recours à certaines entreprises à qui est confiée l'exécution de tâches publiques contre l'octroi de droits spéciaux (art. 3, al. 1, let. b, LCart) constitue une entorse au principe de la concurrence[115].

84 Finalement, on ne peut se dispenser d'une prise en compte globale de tous les paramètres politiques, économiques et sociaux importants lorsqu'il s'agit de déterminer si une concurrence efficace règne sur le marché concerné et si une activité concrète doit être qualifiée ou non de commerciale ou industrielle[116]. Les résultats peuvent fortement diverger entre secteurs économiques et en fonction de la réglementation de droit spécial. Pour les marchés d'infrastructures notamment (électricité, télécommunications, etc., mais également dans le domaine de la santé et des soins hospitaliers), les lois spéciales recourent aux mécanismes de la concurrence pour atteindre les buts fixés de régulation (par exemple l'approvisionnement de la population à des conditions économiquement supportables). Sur ces marchés, la concurrence ne peut se déployer que dans la mesure où les spécificités du secteur régulé le permettent ou dans les limites fixées par les mesures de planification destinées à corriger les distorsions du marché[117]. En revanche, la concurrence efficace fait systématiquement défaut lorsque la régulation sectorielle spécifique influe directement ou indirectement sur la formation des prix, sur les quantités et sur la qualité des biens offerts.

---

113 Art.7 LCart.

114 Art. 10 LCart.

115 Cf. à cet égard par ex. BORER, art. 3, ch. marg. 2 ss et JACOBS, ch. marg. 8 s.

116 FRENZ, § 1, ch. marg. 2601 ; AICHER, pp. 86 s., ch. marg. 24.

117 Cf. par ex. TRÜEB/ZIMMERLI, pp. 120 ss, et SCHALLER/TAGMANN, p. 707.

5.3.3. Pas de concurrence efficace dans le domaine couvert par le mandat de prestations

5.3.3.1. Deux éléments essentiels

85 En raison de ses objectifs de prévoyance et de la vocation sociale qui le caractérise, le marché de la santé a toujours fait l'objet d'une forte régulation. On ne trouve guère sur d'autres marchés des initiatives étatiques, corporatistes et privées aussi imbriquées. Dans le domaine de la fourniture de soins médicaux hospitaliers, deux options se côtoient, de prime abord inconciliables[118] :

– *la planification :* les cantons ont l'obligation de planifier les soins hospitaliers à la charge de l'AOS de manière à satisfaire les besoins (évaluation et garantie de la couverture des besoins). Les surcapacités et les goulets d'étranglement sont indésirables pour des raisons de coûts et de couverture ;

– *la concurrence :* la planification est mise en œuvre par la conclusion de mandats de prestations avec les fournisseurs selon les critères de la qualité et du caractère économique des prestations. L'accès des patients aux soins en temps utile, de même que la capacité et l'aptitude du fournisseur à exécuter le mandat de prestations jouent également un rôle (cf. les art. 39, al. 2ter, LAMal, et 58*b*, al. 4, OAMal). Le caractère économique et la qualité des prestations offertes par un fournisseur désireux de se qualifier pour un mandat de prestations sont mesurés à l'aune de l'efficacité avec laquelle la prestation est fournie, de la preuve de sa qualité, du nombre minimum de cas et de l'utilisation des synergies (cf. l'art. 58*b*, al. 5, OAMal).

86 La LAMal insiste sur la concurrence entre les fournisseurs de prestations pour figurer sur les listes, aussi bien lors du dépôt des candidatures que sur le plan tarifaire[119]. Cela correspond parfaitement à l'objectif de garantir la couverture en soins hospitaliers de manière efficace, appropriée et économique. La concurrence entre les fournisseurs de prestations pour figurer sur les listes ne peut toutefois se déployer que dans le cadre du droit de l'assurance-maladie.

---

118 Cf. notamment RÜTSCHE, ch. marg. 90.

119 Cf. par ex. FF 2004 5207, pp. 5225 s.

Elle n'est dès lors pas « efficace » au sens de la législation sur les cartels, mais inscrite dans l'approche planificatrice de la LAMal.

5.3.3.2. Inscription sur les listes en tant qu'instrument de planification comportant des éléments de concurrence

87 Dans le nouveau droit, la décision d'inscrire un hôpital sur la liste reste en premier lieu un instrument de la planification de la fourniture des soins (cf. également infra, ch. marg. 150 ss et 159 ss). Pour prendre leur décision, les cantons s'en tiennent aux critères définis dans la législation fédérale (art. 39, al. 2ter, LAMal ; art. 58*b*, OAMal). La qualité et le caractère économique des prestations offertes par un fournisseur influent fortement sur la décision d'inscription en raison des dispositions du droit fédéral, mais d'autres considérations s'y ajoutent. Des marges d'action juridiques et politiques sont indispensables si l'on veut que les cantons puissent tenir compte de leur situation spécifique en matière de santé et de desserte en soins, dans le domaine social et sous l'angle financier. La décision résulte également de réflexions sur les besoins et la gestion des quantités, et sur la prévention et l'élimination des surcapacités[120]. Le caractère économique n'est ainsi que l'un des aspects qui conditionnent la décision. Malgré le poids des paramètres économiques, il reste un espace considérable pour une appréciation politique[121].

88 La Direction de la santé publique et de la prévoyance sociale du canton de Berne relève avec justesse que « les fournisseurs développent leurs offres et leurs prestations sous leur propre responsabilité, et que la concurrence entre eux doit être possible. *Cependant, comme le marché n'amène pas que des résultats souhaitables dans le domaine de la santé publique, le canton doit le piloter quand les principes d'un bon système de soins sont compromis. Son rôle est de faire en sorte que les soins hospitaliers soient bons. A cet effet, il définit les*

---

120 Cf. l'avis de la COMCO, p. 427, ch. marg. 23 s. ; ; MATTIG, pp. 130 s. ; RICHLI, pp. 419 s.

121 Cf. également CDS, Recommandations, p. 10 (ch. 2.7), qui insiste sur la pondération globale des divers critères et précise que la rentabilité n'est pas le seul élément d'appréciation. En témoigne aussi la controverse actuelle dans le canton de Berne sur la liste des hôpitaux qui vaudra pour l'année 2012 : le Grand-Conseil (le parlement cantonal), après avoir pris connaissance des intentions du Conseil-exécutif en matière de planification et du projet de liste des hôpitaux, est intervenu dans la planification et a donné au Conseil-exécutif des instructions quant à la façon de revoir la liste. De plus, le Grand-Conseil a revendiqué davantage de droits de participation à la planification hospitalière (cf. « Der Bund » du 2 décembre 2011, p. 27).

conditions générales et intervient s'il constate des faiblesses ou une évolution préoccupante »[122].

89 Dans ce contexte, on ne peut sérieusement affirmer que la concurrence créée à juste titre par la législation sur l'assurance-maladie entre les fournisseurs de prestations désireux de figurer sur la liste des hôpitaux est une concurrence « efficace » au sens du droit des cartels et du droit des marchés publics. Si cette concurrence est instaurée par une loi spéciale, cette dernière la limite également. Cette appréciation ne constitue pas une péjoration du projet législatif, mais résulte du grand nombre d'intérêts et d'attentes qui doivent être pondérés dans le domaine de la santé. Pour ce qui est des marchés publics, on retiendra que le comportement plus ou moins efficace des hôpitaux répertoriés pour leurs acquisitions ne se traduit pas nécessairement par la conservation ou la perte d'une place sur la liste.

5.3.3.3. Pas de concurrence efficace dans l'AOS

90 La concurrence que la LAMal instaure entre les fournisseurs de prestations désireux de figurer sur la liste des hôpitaux est conforme à l'esprit de la loi et elle est susceptible d'exercer une influence bénéfique sur la rentabilité des prestations et l'évolution des coûts et des tarifs hospitaliers. Cette concurrence n'est toutefois pas « efficace » au sens de la LCart et du droit des marchés publics : dans sa pratique constante, la COMCO juge que dans l'AOS, la LCart et, partant, le principe de la concurrence ne s'appliquent guère ou pas du tout. Il y a peu, le Surveillant des prix lui-même a estimé, dans sa recommandation du 12 avril 2010 au Conseil fédéral à propos de l'introduction de la nouvelle structure tarifaire « SwissDRG » (art. 59*d*, al. 2, LAMal), que les taxes hospitalières ne résultaient pas d'une concurrence efficace au sens de l'art. 12 de la loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSPr)[123].

– En raison de la complexité de la planification des soins, l'art. 39 LAMal n'abandonne pas la question de savoir qui est habilité à fournir des prestations à la charge de l'AOS et des cantons à la libre concurrence[124]

---

122 SAP, Planification des soins, p. 31 (passages soulignés par les auteurs).

123 RS 942.20. Cf. la recommandation du Surveillant des prix au Conseil fédéral du 12 avril 2010 (ch. 1.1) : « Die Spitaltaxen sind nicht das Resultat eines wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 12 des Preisüberwachungsgesetzes (PüG) » (http://www.preisueberwacher.admin.ch/index.html?lang=fr – Thèmes – Hôpitaux – Recommandations ; état au 30 novembre 2011).

124 Cf. l'avis de la COMCO, p. 428, ch. marg. 34.

et à des considérations purement liées au caractère économique des prestations.

– En matière de droit tarifaire, les art. 43 ss LAMal instaurent un régime du marché et des prix à caractère étatique, qui prime le principe général de la concurrence. Par conséquent, et contrairement aux assurances complémentaires, l'AOS autorise des conventions tarifaires (art. 46 LAMal)[125] qui, à défaut de cette réserve, équivaudraient à des ententes horizontales sur les prix problématiques sous l'angle du droit de la concurrence (art. 5, al. 3, LCart). Les tarifs doivent être approuvés par les cantons, ces derniers devant tenir compte non seulement du caractère économique des prestations, mais également du coût, c'est-à-dire de paramètres sociaux liés à la fourniture des soins (art. 46, al. 4, LAMal)[126]. A défaut de convention tarifaire, la fixation du tarif relève de la souveraineté du canton (art. 47 LAMal). De plus, le tarif est protégé (art. 44 LAMal)[127].

91 Si l'on voulait une preuve que la concurrence instaurée par la LAMal en matière de listes d'hôpitaux et de tarifs n'agit que sectoriellement, on la trouverait dans le simple fait que la libre concurrence commande non seulement le libre choix du fournisseur (ce que la LAMal révisée permet grâce au libre choix de l'hôpital), mais doit de plus mener à ce que chaque fournisseur de prestations exige en toute indépendance des prix conformes au marché. Ces prix du marché devraient être directement facturés aux patients pour provoquer les effets attendus d'une concurrence efficace (équilibre de la demande, substitution, etc.). En particulier, il faudrait s'attendre à ce que des soins de très haute qualité donnent lieu à des indemnités supérieures à la moyenne. Toutefois, eu égard au fait que ce ne sont pas les patients mais les assureurs-maladie et les cantons qui financent les prestations à la charge de l'AOS, il n'existe pour les patients aucune incitation à choisir l'hôpital en tenant mieux compte des coûts.

---

125 Cf. l'exemple récent des négociations tarifaires dans le canton de Berne entre les associations hospitalières et les caisses-maladie, lors desquelles le taux de base a été fixé pour les deux ans à venir (cf. infra ch. marg. 94 ss). Les partenaires tarifaires sont convenus de limitations quantitatives – c'est-à-dire que le nombre de cas d'hospitalisation ne peut augmenter dans le canton de Berne – de même que de mesures visant à ôter toute rentabilité à une augmentation du nombre de cas (« Der Bund », 3 décembre 2011, p. 27).

126 Cf. SCHALLER/TAGMANN, p. 710 ; DPC 2006 513, p. 517, ch. marg. 40.

127 Cf. à cet égard DPC 2006 513, p. 515, ch. marg. 22 ss, et DPC 2001 645, p. 657, ch. marg. 42.

92 De plus, les assureurs et les cantons doivent veiller à ce que l'évolution des coûts reste maîtrisable et que la qualité et la quantité des prestations fournies se maintiennent. Une qualité de soins exceptionnelle est certes hautement désirable, mais elle n'est pas supportable dans l'AOS et, partant, dans la planification hospitalière, pas plus que la surdotation en médecins[128] n'est acceptée dans le droit tarifaire général régi par les critères de l'art. 32 LAMal (les prestations doivent être efficaces, appropriées et économiques)[129]. Dans le droit tarifaire également, les partenaires conventionnés doivent s'engager à fournir des prestations de haute qualité, qui doivent toutefois rester appropriées et avantageuses (art. 43, al. 6, LAMal) ; par ailleurs, un tarif AOS ne peut couvrir que les « coûts nécessaires à la fourniture efficiente des prestations » (art. 59*c* OAMal).

93 La régulation prévue par la LAMal, sous la forme d'interventions sur les prix et la concurrence dans l'AOS, ne suffit pas à elle seule à atteindre tous les objectifs ci-dessus. Ces interventions sont des instruments de planification. Quel que soit le contexte de concurrence, le but du droit tarifaire et de la législation sur la planification hospitalière est de garantir la couverture en soins hospitaliers dans la qualité voulue et à des conditions économiquement supportables. On ouvre ainsi un espace de concurrence, mais dans des limites étroites.

5.3.3.4. Pas de concurrence efficace par le biais de SwissDRG

94 La structure tarifaire dans l'AOS est fixée de manière uniforme par un organe d'exécution de la LAMal (SwissDRG SA) pour l'ensemble de la Suisse (art. 49, al. 1 et 2, LAMal, et art. 59*d*, al. 1 et 2, OAMal). L'entrée en vigueur du modèle d'indemnisation « SwissDRG », lié aux prestations, a été fixée au 1er janvier 2012. Il s'agit d'un système de classification des patients dans lequel le poids relatif pour les prestations hospitalières en soins somatiques aigus, réparties en divers groupes de cas selon une batterie de critères, est fixé uniformément dans toute la Suisse[130]. Le forfait pour chaque cas SwissDRG est calculé sur la base des coûts effectifs supportés par les hôpitaux suisses et

---

128 Cf. par ex. GÄCHTER/VOLLENWEIDER, § 8, ch. marg. 790, avec renvois.

129 Cf. également l'art. 56, al. 1, LAMal, qui dispose que le fournisseur de prestations doit limiter ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement.

130 Par ex. diagnostic principal (notamment à la sortie de l'hôpital), diagnostic supplémentaire, traitement, gravité du cas ; cf. GÄCHTER/VOLLENWEIDER, § 8, ch. marg. 808, et www.swissdrg.org/fr/ – Informations au sujet de SwissDRG (état au 30 novembre 2011).

mène à une indemnisation à prix coûtant des prestations fournies (principe du coût intégral)[131].

95 SwissDRG est un système tarifaire. Il ne fixe pas directement les prix des prestations, mais tous les groupes de pathologies sont pondérés par un poids relatif qui témoigne des prestations moyennes nécessaires à leur traitement[132]. Ces poids relatifs sont calculés sur la base des données fournies par des hôpitaux sélectionnés (hôpitaux de réseau). Pour chaque cas traité par un fournisseur de prestations hospitalières, le forfait par cas (c'est-à-dire l'indemnité versée pour la prestation) résulte de la multiplication du poids relatif par le prix de base (*baserate*). Ce dernier équivaut aux coûts par cas moyen par hôpital, donc au poids relatif 1,0[133].

96 Le prix de base est négocié pour l'hôpital concerné entre les parties contractantes (d'une part les assureurs et les groupements d'assureurs, et d'autre part les hôpitaux et les associations hospitalières) ; il est approuvé par le canton ou, en cas de litige, fixé de manière souveraine (art. 46 LAMal). Le calcul du prix de base est complexe et s'inscrit dans le cadre de diverses procédures statistiques proposées par le Surveillant des prix, les assureurs, les associations hospitalières et les cantons[134].

97 Le prix de base d'un hôpital est réexaminé quant à son économicité lors des négociations tarifaires et éventuellement adapté. Pour ce faire, une comparaison entre établissements est établie (*benchmarking*[135]), qui consiste à mettre en parallèle les coûts de l'hôpital examiné avec ceux d'établissements similaires (cf. l'art. 49, al. 1, dernière phrase, LAMal : « Les tarifs hospitaliers sont déterminés en fonction de la rémunération des hôpitaux qui fournissent

---

131 Cf. SwissDRG, Les forfaits par cas dans les hôpitaux suisses, Informations de base pour les professionnels de la santé, p. 5 (consultable à l'adresse http://www.swissdrg.org/assets/pdf/fr/Broschuere_SwissDRG_f_A4.pdf ; état au 30 novembre 2011).

132 Par ex. un facteur de 17,633 pour les transplantations du rein et du pancréas avec rejet de la greffe (A02A) qui correspond à une pathologie complexe et exigeante, ou un facteur de 0,813 pour les interventions particulières sur les sinus nasaux [...] (D06B) réputées cas simples ; cf. le catalogue SwissDRG des forfaits par cas, version 1.0, du 9 avril 2011.

133 Le prix de base peut être comparé à la valeur du point utilisé dans le TARMED pour les soins ambulatoires.

134 A propos de l'examen de la rentabilité dans le cadre du calcul du prix de base, cf. par ex. l'arrêt du TAF -7967/2008 du 13 décembre 2010, cons. 3 ss, spéc. cons. 4.12.4 et E. 6 s. (rendu pour le canton d'Uri sous le régime transitoire APDRG). Cf. également SURVEILLANCE DES PRIX, Spitaltarife – Praxis des Preisüberwachers bei der Prüfung von stationären Spitaltarifen, décembre 2006, pp. 25 ss.

135 Pour des détails supplémentaires, cf. l'arrêt du TAF C-7967/2008 du 13 décembre 2010, cons. 6 ss (rendu pour le canton d'Uri sous le régime transitoire APDRG).

la prestation tarifée obligatoirement assurée, dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse »). En vertu de la jurisprudence, sont réputés comparables les hôpitaux qui fournissent au même niveau de services des prestations comparables à une clientèle de patients comparable[136], dans la mesure où la gravité moyenne des cas traités par ces hôpitaux permet une telle comparaison (*case mix index*)[137]. On obtient pour des hôpitaux comparables un certain éventail de prix de base, plus ou moins large en fonction de la méthode comparative utilisée.

98 Les prix de base des hôpitaux influencent les réflexions sur l'économicité qui précèdent la décision d'inscrire ou non un établissement sur la liste. Pour permettre la comparaison (*benchmarking*), la fixation du tarif et la planification hospitalière, les hôpitaux doivent tenir une comptabilité analytique et une statistique de leurs prestations (art. 49, al. 7, LAMal ; art. 9 ss de l'ordonnance 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 [OCP[138]]).

99 Dans la planification hospitalière, les hôpitaux répertoriés se distinguent les uns des autres non seulement par la qualité avec laquelle leurs prestations sont fournies et d'autres critères au sens de l'art. 58*b*, al. 4 et 5, OAMal, mais encore par leurs prix de base. Si, dans un cas donné, le forfait qui est versé correspond au produit du prix de base et du facteur de pondération, les fournisseurs de prestations peuvent réaliser un gain ou encourir une perte s'ils fournissent les prestations au sens du mandat de manière plus avantageuse ou plus onéreuse, ce que poursuit le but explicite de la LAMal révisée : promouvoir le comportement entrepreneurial des fournisseurs de prestations. De tels efforts n'ont cependant aucune incidence directe sur le prix des prestations pour le patient : ils mènent uniquement – mais néanmoins – à ce que le prix de base soit corrigé à la baisse ou à la hausse à l'occasion des prochaines négociations tarifaires et provoque un réajustement vers le haut ou vers le bas du tarif de l'hôpital concerné. Le résultat de l'établissement dans l'étude comparative (benchmarking) s'en trouvera influencé à son tour et, partant, ses chances de figurer sur une liste. Toutefois, on n'assiste pas à une

---

136 Cf. l'arrêt du TAF C-7967/2008 du 13 décembre 2010, cons. 6.7, avec renvois.

137 En revanche, des divergences persistent quant à la question de savoir si l'on peut établir des distinctions catégories d'hôpitaux dans le calcul et l'appréciation des taux de base ; cf. SANTÉSUISSE, Positionspapier Einführung der neuen Spitalfinanzierung per 1.1.2012 (version du 25 août 2010), ch. 2.4.

138 RS 832.104.

concurrence des prix entre les fournisseurs de prestations comme cela se produit typiquement dans une situation de concurrence efficace.

100 S'ajoute à cela le fait qu'en raison de la conception même de SwissDRG imposée par la LAMal, des composantes essentielles du prix – notamment la pondération des cas – sont harmonisées au plan national et servent (de manière non technique) d'auxiliaires de calcul. Même lorsque certains hôpitaux souhaitent pondérer plus faiblement une catégorie donnée de cas (par exemple en raison de leur spécialisation, de processus de travail particulièrement efficaces ou d'économies d'échelle dues à un nombre important de cas pour autant que le mandat de prestations ne contienne aucune limitation quantitative), il n'en résulte aucune adaptation du tarif et de l'indemnité versée, car SwissDRG doit être appliqué de façon uniforme dans toute la Suisse. Que de tels gains d'efficacité puissent entraîner une augmentation du bénéfice d'exploitation est d'importance secondaire au regard de la concurrence limitée en matière de prix : le système d'indemnisation de la LAMal révisée instaure une concurrence entre les coûts, mais non entre les prix. Le droit tarifaire de la LAMal ne laisse place à aucune réactivité des prix, contrairement à un régime de concurrence efficace. On s'attend dès lors à juste titre que SwissDRG provoque dans toute la Suisse un rapprochement des prix[139].

101 Dans ce système, des marchés plus ou moins rentables peuvent exercer une influence sur les prix de base et les bénéfices d'un hôpital répertorié. Ces effets ne se traduisent toutefois que dans le cadre d'une comptabilité mixte à moyen et long termes : les gains et les pertes ne sont en effet possibles que par rapport aux prix de base en vigueur. Il n'y a aucune certitude quant au relèvement ou à la réduction du prix de base, et quant à l'ampleur de l'opération, lors de nouvelles négociations tarifaires dans le cadre d'une comparaison entre établissements, si un marché donné devait avoir des répercussions sur le résultat d'exploitation ou la structure des coûts. L'influence qu'un relèvement éventuel du prix de base peut avoir sur la décision de faire figurer ou non un établissement sur la liste des hôpitaux est tout aussi aléatoire, notamment lorsque la décision doit être prise plusieurs années après un marché non rentable et lorsque d'autres critères sont en jeu que des considérations sur le caractère économique des prestations. L'horizon

139 Cf. par ex. GÄCHTER/VOLLENWEIDER, § 8 ch. marg. 808. Un tel rapprochement se trouve favorisé lorsque les associations hospitalières – et non des hôpitaux pris isolément – négocient les taux de base avec les assureurs-maladie pour le compte de leurs hôpitaux membres (comme c'est par exemple le cas dans le canton de Berne ; cf. « Der Bund » du 3 décembre 2011, p. 27).

temporel de la planification hospitalière est plus vaste que celui du droit « classique » des marchés publics (cf. supra ch. marg. 28). De telles perspectives n'autorisent aucune pression concurrentielle lors de la passation de marchés.

102 C'est pourquoi SwissDRG déploie les effets d'un régime du marché et des prix à caractère étatique (art. 3, al. 1, let. a, LCart). Ce dernier autorise toutefois, voire encourage, une concurrence sectorielle entre les fournisseurs de prestations hospitalières, sans pour autant exercer sur les hôpitaux répertoriés une véritable pression concurrentielle au sens de la législation sur les cartels et du droit des marchés publics

5.3.3.5. Conditions concurrentielles différentes pour les hôpitaux répertoriés et les autres établissements

103 D'autres éléments s'opposent à une concurrence efficace et partant, à une activité commerciale ou industrielle des hôpitaux répertoriés :

- dans un marché géographiquement déterminé, seuls les hôpitaux disposant d'un mandat de prestations sont autorisés à fournir des prestations à la charge de l'AOS et contre une participation du canton. Le droit à la part cantonale, qui s'élève à 55 % du forfait par cas (art. 49*a*, al. 2, LAMal) confère à l'hôpital répertorié, dans un domaine de prestations donné défini par l'Etat, un avantage concurrentiel particulier – un droit spécial – vis-à-vis de ses concurrents qui n'ont pas de mandat de prestations. De tels avantages particuliers constituent des entraves à l'entrée sur le marché, qui limitent l'ouverture du marché (concurrence pour l'inscription sur les listes ou droit de facturer les prestations à l'AOS et au canton). Lorsque le marché n'est pas ouvert, on peut douter de la possibilité pour les établissements non inscrits sur la liste d'exercer une pression concurrentielle sur les hôpitaux qui y figurent, pression qui devrait se traduire par une baisse des prix et une meilleure qualité ;

- les hôpitaux conventionnés (art. 49 LAMal) peuvent certes fournir leurs prestations à la charge de l'AOS mais n'ont pas droit à la part cantonale et subissent de ce fait un désavantage concurrentiel (au sens de la loi).

Dans l'environnement concurrentiel, il est donc essentiel de figurer sur la liste des hôpitaux pour un éventail de prestations donné[140] ;

– cette situation n'est en rien influencée par le fait que les prix de base DRG des divers fournisseurs de prestations pris en compte dans l'évaluation de l'économicité des prestations lors de la procédure d'inscription sur la liste sont calculés indépendamment de la présence ou non de ces fournisseurs sur la liste. Figurer sur la liste peut mener à ce que les patients accordent la préférence à un fournisseur répertorié -- au moins pour ce qui est des prestations à la charge de l'AOS (art. 25 ss LAMal). A cause de la participation cantonale à la part AOS des prestations décomptées, même les assureurs complémentaires pourraient trouver un intérêt à diriger leurs assurés vers les hôpitaux répertoriés[141]. Les hôpitaux non répertoriés sont désavantagés en ce qui concerne leurs coûts et leurs gains potentiels, et dans leur capacité concurrentielle de figurer sur les listes. La situation économique des fournisseurs de prestations (nombre de cas, recettes, synergies, etc.) dépend de façon significative de leur présence sur une liste.

104 Dès lors, les hôpitaux répertoriés et les hôpitaux conventionnés ne participent pas à la concurrence aux mêmes conditions. On ne saurait parler d'activité commerciale ou industrielle et de concurrence efficace pour la seule raison qu'aux côtés des hôpitaux répertoriés, d'autres hôpitaux privés ne figurant pas sur une liste assument des tâches matériellement interchangeables[142]. Le statut particulier des hôpitaux répertoriés s'oppose à ce que l'on admette que les activités exercées dans le cadre des prestations attribuées par contrat et tombant à la charge de l'AOS soient de nature commerciale ou industrielle[143].

105 On ne peut non plus opposer l'argument selon lequel la planification hospitalière sur la base de l'art. 39 LAMal provoque et encourage justement la concurrence entre les fournisseurs de prestations et les incite à respecter leur caractère économique dans le but de garantir une couverture de base

---

140 Cf. à ce propos RICHLI, p. 411, p. 414 (sous l'ancien droit), et l'avis de la COMCO, p. 430, ch. marg. 41.

141 Cf. l'avis de la COMCO, p. 430, ch. marg. 41. Chaque souscripteur d'une assurance complémentaire est également au bénéfice de l'assurance de base, et l'AOS doit prendre en charge les coûts imputables à l'assurance de base (cf. l'arrêt du TAF C-7967/2008 du 13 décembre 2010, cons. 4.12.1).

142 En général, cf. EGGER, § 1, ch. marg. 478.

143 Sur ce point particulier, cf. par ex. AICHER, p. 86, ch. marg. 23.

« efficiente » en soins hospitaliers (c'est-à-dire de haute qualité et à un coût avantageux). En tant que garant de l'acquisition économique de moyens destinés à l'accomplissement de tâches étatiques, la législation sur les marchés publics serait alors inutile.

106 Cet argumentaire est lapidaire et de plus étranger aux dispositions de l'art. 39 LAMal régissant la planification hospitalière. Il ne tient pas compte non plus des réalités économiques : la concurrence que la LAMal veut instaurer est un instrument de régulation du marché et de planification parmi d'autres dans le but d'atteindre les objectifs complexes de la planification hospitalière. La concurrence (limitée) n'est pas une conséquence de la régulation, mais des mesures accessoires codifiées. Elle ne peut déployer d'effets positifs que si, sur le segment de marché subordonné à la planification, les hôpitaux répertoriés restent contraints d'agir concrètement et durablement avec l'efficacité attendue. Les marchés publics en sont garants. Le fait que le législateur de l'assurance-maladie n'ait pas réglé les rapports avec le droit des marchés publics en raison de l'orientation de la planification hospitalière vers la concurrence ne signifie pas que la législation sur les marchés publics soit caduque et souffre de dérogations à cause des buts d'économicité assignés à la planification hospitalière.

107 Pendant la durée de validité des mandats de prestations, la pression concurrentielle ne s'exerce pas lorsque des hôpitaux répertoriés attribuent des marchés dans le but de répondre à leurs engagements. Lorsque pour un hôpital répertorié, le coût moyen d'un cas est évalué *a posteriori* dans le cadre de la planification hospitalière et comparé avec celui affiché par des hôpitaux concurrents, le manque éventuel de rentabilité résultant de marchés peu avantageux s'est déjà répercuté négativement sur les coûts de l'AOS et du financement cantonal des soins hospitaliers de base. Les coûts enregistrés à ce titre ont une incidence négative sur le financement hospitalier : ils sont indésirables et ne peuvent être réduits que si l'hôpital répertorié est assujetti au droit des marchés publics pour des acquisitions dans les limites de son mandat de prestations.

108 Une approche globale de cette nature exclut que l'on renonce à soumettre subjectivement au droit des marchés publics des hôpitaux répertoriés au seul motif de la « concurrence consubstantielle à la planification hospitalière ».

109 De plus, il serait pour le moins contradictoire, au nom des nouvelles dispositions régissant la planification hospitalière, d'inciter dans un premier temps les hôpitaux répertoriés à adopter un comportement respectant les

principes de l'économicité et de la concurrence avant de les dispenser de l'assujettissement subjectif à l'obligation d'appel d'offres dans la limite de leur mandat de prestations, au prétexte que la planification hospitalière est justement orientée vers la concurrence. Ce serait prendre ses désirs pour des réalités. C'est bien le droit des marchés publics qui doit garantir que les hôpitaux répertoriés acquièrent les constructions, les fournitures et les services nécessaires à l'accomplissement de leur mandat de prestations en fonction de critères économiques. Cela vaut aussi bien pour les hôpitaux publics que pour les hôpitaux privés.

110 Il n'y a guère d'autre domaine de réglementation où les pouvoirs publics sont autant tributaires de tiers pour l'accomplissement des tâches que celui de la fourniture de prestations hospitalières de base à la charge de l'AOS, et il n'existe guère non plus de domaine réglementé dans lequel les conséquences d'une fourniture non rentable des prestations (avec participation financière de l'Etat) a des conséquences aussi graves. L'obligation de concurrence pour les acquisitions des hôpitaux répertoriés au nom de la concurrence que la planification hospitalière veut instaurer entre les hôpitaux figurant déjà ou aspirant à figurer sur les listes est dangereuse pour le système et contraire aux objectifs de la réglementation de l'art. 39 LAMal. La concurrence sectorielle spécifique que la LAMal veut créer ne peut s'établir que si le droit des marchés publics incite les hôpitaux répertoriés à une pratique d'adjudication respectueuse du principe d'économicité par rapport à leur mandat de prestations.

111 D'une façon générale, il manque dans le domaine des mandats de prestations au sens de l'art. 39, al. 1, let. e, LAMal une « concurrence efficace » entre les hôpitaux répertoriés. Dans la limite de leur mandat de prestations, ces hôpitaux n'exercent pas d'activités commerciales et industrielles.

5.3.3.6. Le critère du risque de « pertes » est secondaire

112 Dans le cadre de cette approche globale, savoir si les hôpitaux répertoriés encourent un risque de pertes ou de faillite est une question secondaire dans le contexte de la planification hospitalière, raison pour laquelle elle n'est pas traitée ici plus en détail.

5.4. Lien avec l'Etat

113 Un organisme de droit public est sous contrôle de l'Etat lorsque les pouvoirs publics, de façon non cumulative :

– financent pour une part prépondérante (« majoritairement ») l'organisme en question, c'est-à-dire subviennent à ses besoins de financement à hauteur de plus de 50 % ou encore couvrent plus de la moitié de la totalité des recettes de l'entité[144],
ou

– sont en mesure d'exercer une influence décisive sur la formation de la volonté et la direction de l'organisme concerné. Ce cas de figure se présente par exemple lorsque l'Etat nomme plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entité[145].

114 Dans le droit européen, la seule surveillance que l'Etat exerce sur l'entité en question équivaut à un contrôle de l'Etat[146]. En outre, le contrôle de l'Etat selon la définition de l'art. 8, al. 1, let. a, AIMP est de même nature que l'influence dominante au sens de l'art. 2*a*, al. 1, let a de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP)[147].

115 Un *contrôle financier* peut s'exercer de diverses manières, la forme du financement revêtant une importance secondaire. Un canton exerce une influence dominante sur l'entité financée lorsqu'il décide de l'intégralité de son capital de dotation, lorsqu'il détient plus de la moitié des parts, lorsqu'il lui accorde des subventions en vertu de la législation cantonale sur les

---

144 Les recettes totales incluent celles tirées des activités commerciales et industrielles sans rapport avec les tâches publiques assumées (cf. Clerc, Commentaire de l'art. 5 LMI, ch. marg. 77).

145 Cf. l'appendice I, annexe 3, AMP, note de pied de page 1, 3e tiret.

146 Cf. FRENZ, § 1, ch. marg. 2612.

147 RS 172.056.11. La teneur de cette disposition est la suivante :
« Sont assujettis à la loi fédérale sur les marchés publics, selon l'art. 2, al. 2, de ladite loi, pour certaines activités et au-delà de certains seuils, les adjudicateurs suivants : a. les organisations de droit public ou de droit privé sous l'influence dominante de la Confédération, notamment les organisations dont la Confédération détient la majorité du capital ou des actions ou dont plus de la moitié des membres de la direction ou de l'organe de surveillance sont des représentants de la Confédération ; [...] ».

subventions (aides financières pour des activés servant l'intérêt général[148]) ou des prêts représentant plus de la moitié du financement de l'hôpital répertorié concerné. Dans tous ces cas de figure, le droit des marchés publics doit garantir que les fonds publics soient utilisés de façon rationnelle pour l'accomplissement des tâches servant l'intérêt général[149].

116 L'*influence sur les organes et la direction* de l'entité découle de l'appendice I, annexe 3, AMP, note de pied de page 1 (3e tiret) : sont réputés organismes de droit public sous contrôle de l'Etat ceux « dont soit la gestion est assujettie à un contrôle par ces derniers [*c'est-à-dire l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public*], soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public »[150].

117 Par *surveillance*, on entend aussi bien la surveillance officielle et celle exercée par des associations que la surveillance financière. La surveillance se traduit par une influence sur les organes et la direction de l'entité. Dès qu'un législatif ou un exécutif cantonal ou communal peut influer sur les décisions importantes, les affaires financières et la politique du personnel de l'entité surveillée, le seuil de l'influence dominante est franchi[151]. L'influence dominante est déterminée par le droit spécial qui régit l'hôpital concerné, éventuellement par la législation cantonale sur les finances lorsque cette dernière permet de placer des hôpitaux sous la surveillance des pouvoirs publics.

118 En raison de la diversité et de l'hétérogénéité des hôpitaux répertoriés quant à leur organisation, et du fait de l'influence variable des collectivités publiques

---

148 A l'exclusion de l'indemnisation de prestations commandées, car l'Etat reçoit alors une contre-prestation adéquate ; cf. à ce propos FRENZ, § 1, ch. marg. 2622, AICHER, p. 89, ch. marg. 33, et CLERC, Commentaire de l'art. 5 LMI, n. 77.

149 Cf. par ex. BEYELER, Beschaffung, ch. marg. 35 et 212 (principe du « *best value for money* »), et pour plus de détails FRENZ, § 1, ch. marg. 2615 ss.

150 Citation complète de l'original en langue française :
« [Tout organisme] dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est assujettie à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ».

151 Dans ce sens, voir également CLERC, Commentaire de l'art. 5 LMI, n. 78, avec renvois.

sur le financement et la formation de la volonté de ces organismes, toute généralisation est impossible. Tout au plus peut-on constater que :

– le *financement* des hôpitaux répertoriés publics et privés est hétérogène. Pour ce qui est de certains hôpitaux cantonaux (par exemple ceux d'Aarau et de Baden) ou des Centres hospitaliers régionaux (CHR) du canton de Berne, la part cantonale au capital-actions est prescrite par la loi. Le canton de Zurich dote l'Hôpital universitaire de Zurich en capital et décide périodiquement du budget global. En raison de sa dépendance vis-à-vis du financement étatique, l'Hôpital de l'Ile à Berne appartient pratiquement au canton de Berne aux termes de la convention qui le lie à ce dernier, bien qu'il soit géré par une fondation de droit privé. Dans tous ces cas, la domination financière de l'Etat ne fait aucun doute ;

– à l'avenir, dans le domaine de l'AOS, il ne devra plus y avoir de subventions étatiques aux hôpitaux répertoriés, de manière à garantir l'égalité de traitement entre hôpitaux répertoriés publics et privés et la comparabilité de la structure des prix et de l'économicité de la fourniture des prestations. Au sein de la liste, la distinction entre les hôpitaux financés ou contrôlés par les « pouvoirs publics » et le « secteur privé » devient caduque[152] : le seul élément qui reste pertinent est de savoir si un hôpital figure sur une liste et s'il accomplit un mandat de prestations. Si un canton décidait de subventionner un hôpital répertorié au titre d'autres prestations (c'est-à-dire au-delà des prestations que les hôpitaux répertoriés peuvent fournir à la charge de l'AOS ; art. 49 et 49*a* LAMal), ces subventions doivent être accordées en toute équité, à l'intérieur des limites fixées à l'art. 94 Cst. et dans le respect de la neutralité de l'Etat en matière de concurrence (art. 94, al. 4, Cst.)[153]. Lorsque dans un cas précis, des hôpitaux répertoriés

---

152 Cf. à cet égard RÜTSCHE, p. 23, avec renvois, notamment à l'ATF 132 V 6, cons. 2.5.4, p. 16, qui regagne en actualité à la lumière de la nouvelle législation sur le financement hospitalier : dans le passé, la neutralité de l'Etat en matière de concurrence vis-à-vis des hôpitaux répertoriés publics et privés n'était pas une priorité du législateur. Mais le nouveau droit de la planification hospitalière selon la révision de la LAMal du 21 décembre 2007 exige justement une telle égalité de traitement. A propos de la situation juridique qui prévalait jusqu'au 31 décembre 2011, dans laquelle le subventionnement déterminait le statut d'un hôpital « public » et qui menait, dans le cadre de la liste des hôpitaux, à une inégalité de traitement entre hôpitaux publics et privés, cf. POLEDNA TOMAS, Die Stellung der Privatspitäler als Leistungserbringer in der sozialen Krankenversicherung und im Bereich der Zusatzversicherungen, Jusletter, 16 mai 2005, ch. marg. 4 ss, et OGGIER WILLY, Spitalfinanzierung de lege ferenda : Welche Finanzierungsform wird den Zielen des KVG am ehesten gerecht ?, Jusletter, 16 mai 2005, ch. marg. 12 ss.

153 Ces principes se retrouvent notamment au § 11 du projet de loi zurichoise sur le financement hospitalier (Spitalfinanzierungsgesetz [SPFG] ; proposition du 21 avril 2011 de la Commission de rédaction), aux termes duquel le canton

Fortsetzung auf nächster Seite

publics et privés bénéficient de ressources étatiques, il ne s'agit pas en premier lieu d'un problème juridique, mais bien de politique sanitaire et structurelle ;

– la surveillance de l'Etat et son influence sur la direction des hôpitaux répertoriés sont également hétérogènes : si, en ce qui concerne les hôpitaux répertoriés publics, on peut régulièrement admettre que le canton ou les communes exercent une influence décisive sur la formation de la volonté de ces établissements – cette ingérence est même prévue dans la majorité des cas -, une telle influence ne s'exerce habituellement pas sur les hôpitaux privés. A titre d'exemples de ces différences de statut entre hôpitaux répertoriés, il suffit de citer les établissements des groupes Hirslanden ou Genolier : ces cliniques ne sont ni financées, ni contrôlées, ni surveillées par les pouvoirs publics. Il s'agit d'entreprises privées indépendantes de l'Etat. Dès lors, on ne saurait les soumettre subjectivement au droit des marchés publics dans le domaine des traités internationaux, en qualité d'« organismes de droit public » au sens de l'art. 8, al. 1, let. a, AIMP.

119 Si le lien des hôpitaux publics avec l'Etat est toujours avéré, il fait défaut en ce qui concerne la plupart des hôpitaux privés. La situation juridique peut se résumer comme suit :

– des hôpitaux répertoriés financés et contrôlés par les pouvoirs publics dans le domaine des traités internationaux sont subjectivement réputés « organismes de droit public » au sens de l'art. 8, al. 1, let. a, AIMP et sont subjectivement assujettis au droit des marchés publics ;

– en revanche, des hôpitaux répertoriés privés, non subventionnés ou contrôlés par les pouvoirs publics, ne sont pas des organismes de droit public au sens de cette disposition car un lien avec l'Etat fait régulièrement défaut.

---

peut subventionner certaines prestations pour lesquelles existe un intérêt public particulier lorsque les tarifs approuvés ne couvrent pas les coûts d'une prestation fournie dans le respect du principe d'économicité. De telles subventions sont destinées à des hôpitaux répertoriés dans le canton même, indépendamment de la forme juridique ou des gestionnaires de ces établissements : seule importe la qualité d'hôpital répertorié au sens de l'art. 39 LAMal et du § 7 du projet de SPFG. Cf. à cet égard la proposition du Conseil d'Etat zurichois du 19 janvier 2011 relative à la loi sur la planification et le financement hospitaliers, pp. 43 s.

5.5. Réponses aux questions 1, 2, 3 (pour partie) et 4 (pour partie)

120 On peut ainsi apporter les réponses suivantes aux questions 1, 2, 3 et 4 :

– *questions 1 et 2 :* en vertu de l'appendice I, annexes 2 et 3, AMP, les organismes de droit public [cantonal] (« organismes de droit cantonal ») sont subjectivement assujettis au droit des marchés publics dès lors qu'ils sont dotés de la personnalité juridique, que leurs activités servent l'intérêt général sans présenter de caractère industriel ou commercial et qu'ils sont liés à l'Etat ;

– *question 3 :* les mêmes critères déterminent l'assujettissement subjectif au droit des marchés publics, dans le domaine des traités internationaux de l'AIMP, des hôpitaux répertoriés en qualité d'« organismes de droit public » (art. 8, al. 1, let. a, AIMP) ;

– *question 4 :* des hôpitaux répertoriés dont l'organisation est régie par le droit public sont liés à l'Etat. Typiquement, ils sont pour la plupart financés par les pouvoirs publics, l'Etat détient la majorité des parts au capital et il influence de manière décisive la formation de la volonté de ces établissements. Pour ce qui est des hôpitaux d'économie mixte, il convient de distinguer en fonction de l'intensité de l'influence étatique sur la formation de leur volonté. Il manque aux hôpitaux répertoriés privés un lien avec l'Etat au sens de l'art. 8, al. 1, let. a, AIMP, même si depuis le 1er janvier 2012, il ne devrait plus exister de subventionnement des hôpitaux répertoriés publics ou privés dans le domaine de l'AOS, pour des raisons de neutralité en matière de concurrence. Dans le domaine des traités internationaux, les hôpitaux répertoriés publics et privés ne sont dès lors pas assujettis de la même façon au droit des marchés publics.

6. Domaine interne

6.1. « Autres collectivités assumant des tâches cantonales ou communales »

121 Le champ d'application de l'art. 8, al. 2, let. a, AIMP déborde du domaine des traités internationaux et soumet au droit des marchés publics tous les sujets

de droit (non liés à l'Etat) assumant des charges cantonales ou communales. Les exigences de l'art. 5 LMI sont ainsi respectées[154]. Comme dans le domaine des traités internationaux, le domaine interne exclut les activités *commerciales et industrielles*. Dans le domaine interne non plus, la forme juridique et les responsables de l'entité ne jouent aucun rôle quant à l'assujettissement subjectif[155].

6.2. Pas de lien avec l'Etat

122 Les entités dont la forme juridique ou les responsables relèvent du droit public ou du droit privé, qui assument des tâches cantonales ou communales et dont les activités n'ont aucun caractère commercial ou industriel sont tenus aux appels d'offres hors du domaine des traités internationaux même lorsqu'ils ne sont *pas* liés à l'Etat.

123 Le Message type AIMP prévoit certes que les entités chargées de tâches cantonales ou communales doivent être « contrôlées par l'Etat », à l'instar des « organismes de droit public »[156]. Cette façon de voir s'oppose néanmoins à l'art. 5, al. 2, LMI et la doctrine – à juste titre – la rejette sans équivoque : l'élément du « contrôle étatique » est étranger à l'art. 5, al. 2, LMI[157]. De plus, si l'on exigeait un contrôle de l'Etat, on ne verrait plus en quoi l'art. 8, al. 2, let. a, AIMP établirait une distinction avec les « organismes de droit public » du domaine des traités internationaux (art. 8, al. 1, let. a, AIMP). Par l'art. 8, al. 2, let. a, l'AIMP veut, dans le domaine interne, garantir justement, au-delà du domaine des traités internationaux, que les entités opérant des dépenses pour l'accomplissement de tâches étatiques soient soumises aux exigences minimales de transparence et de publicité du droit des marchés publics.

6.3. Les hôpitaux répertoriés assument des tâches étatiques

124 L'art. 8, al. 2, let. a, AIMP ne recourt pas à la notion d'« intérêt général », mais à celle de « tâches cantonales et communales », c'est-à-dire de tâches de l'Etat.

---

154 Cf. STÖCKLI, p. 58.

155 Cf. ZIMMERLI, p. 167.

156 DTAP, Message type AIMP, p. 21.

157 Cf. STÖCKLI, pp. 58 s., et CLERC, Commentaire de l'art. 5 LMI, n. 82.

Il convient par conséquent de déterminer si l'on se trouve en présence d'une délimitation des champs d'activités qui déroge à celle du domaine des traités internationaux.

125 Une analyse grammaticale et systématique de la disposition concernée ne permet pas d'affirmer que l'on veut donner une définition restrictive en évoquant les « tâches de l'Etat ». Bien au contraire, la formulation « autres collectivités assumant des tâches cantonales et communales » établit un lien direct entre les al. 2 et 1 de l'art. 8 AIMP : on trouve d'un côté les chargés de tâches publiques (liés à l'Etat) et de l'autre les « autres collectivités » assumant ces tâches. Si les tâches ne correspondaient pas, on parlerait d'autres *tâches*, et non d'autres collectivités.

126 Aucun motif téléologique ne pourrait non plus justifier une restriction de la portée de la notion. Par l'AIMP, les cantons voulaient imposer une discipline en matière de marchés publics au-delà du domaine des traités internationaux, ces marchés échappant au droit international public. Pour cette raison également, il faut admettre une congruence de ces notions ou une extension de leur portée.

127 Enfin, la question de savoir si l'art. 8, al. 2, let. a, AIMP ne se réfère pas, lui aussi, à des tâches d'intérêt général (ce que nous pensons) peut rester posée. En effet, nous avons exposé plus haut que la garantie de la fourniture de soins médicaux hospitaliers constituait une tâche étatique (cf. supra ch. marg. 67 ss). Les hôpitaux répertoriés assument par conséquent des tâches cantonales ou communales.

6.4. Prestations sans caractère commercial ou industriel

128 Dans les limites de leurs mandats de prestations, les prestations des hôpitaux répertoriés ne sont pas de nature commerciale ou industrielle. On se reportera à cet égard aux commentaires de l'art. 8, al. 1, AIMP (cf. supra ch. marg. 77 ss).

6.5. Assujettissement uniforme

129 Dans le domaine interne, les hôpitaux répertoriés sont soumis au droit cantonal des marchés publics, quels que soient leur forme juridique, leurs responsables (relevant du droit public ou du droit privé), leur financement ou

leur contrôle (art. 8, al. 2, let. a, AIMP) : ils constituent d'« autres collectivités assumant des tâches cantonales [ou communales] » et n'exercent aucune activité commerciale ou industrielle dans les limites de leurs mandats de prestations. Contrairement à la situation dans le domaine des traités internationaux, le lien avec l'Etat (art. 8, al. 1, AIMP) n'est pas un critère pertinent dans le domaine interne.

6.6. Réponses aux questions 3 (pour partie), 4 (pour partie) et 5

130 *Questions 3 et 5 :* hors du domaine des traités internationaux, les hôpitaux répertoriés sont subjectivement assujettis au droit cantonal des marchés publics en qualité des « collectivités assumant des tâches cantonales » (art. 8, al. 2, let. a, AIMP), même lorsqu'ils ne sont pas des « organismes de droit public » au sens de l'appendice I, annexes 2 et 3, AMP.

131 *Question 4 :* hors du domaine des traités internationaux, les hôpitaux répertoriés bénéficient de l'égalité de traitement sous l'angle de leur assujettissement subjectif au droit cantonal des marchés publics.

7. Projets et prestations subventionnés à plus de 50 % du coût total par des fonds publics (art. 8, al. 2, let. b, AIMP)

132 Etant donné que les hôpitaux répertoriés assument dans le domaine interne des tâches cantonales et sont soumis à ce titre au droit cantonal des marchés publics, une analyse de cette variante est superflue.

8. Assujettissement objectif des activités des hôpitaux répertoriés

133 Dans le domaine interne, et en leur qualité de chargés de tâches cantonales, les hôpitaux répertoriés doivent lancer un appel d'offres non seulement pour les marchés de construction, de fournitures et de services au sens de la liste positive de l'AMP et de l'Accord bilatéral (cf. l'art. 6, al. 1, AIMP), mais encore sans distinction pour *tous* les marchés publics (art. 6, al. 2, AIMP). A cet égard, il convient de déterminer s'ils doivent d'un point de vue objectif soumettre à appel d'offres tous les marchés publics ou seulement ceux qui se rapportent à l'accomplissement du mandat de prestations et qui ne concernent pas, à ce titre, des activités commerciales et industrielles.

134 Une autre question se pose également : comment les marchés mixtes doivent-ils être traités sous l'angle du droit des marchés publics ? En présence d'un marché destiné pour partie à l'accomplissement du mandat de prestations et pour le solde à l'atteinte d'autres objectifs de l'hôpital répertorié (par exemple des prestations économiques collectives au service de l'enseignement et de la recherche), il faut s'interroger sur leur assujettissement (intégral ou partiel) ou leur non-assujettissement au droit des marchés publics.

8.1. Primauté de l'activité et non des caractéristiques subjectives de l'organisme

135 En vertu de l'art. 8, al. 1 et 2, AIMP, les collectivités chargées de tâches cantonales ne sont contraintes à un appel d'offres que pour leurs activités sans caractère commercial ou industriel (« dans la mesure où elles n'ont pas un caractère commercial ou industriel »). Les marchés destinés à l'accomplissement de tâches que l'entité subjectivement assujettie mène dans le cadre d'une concurrence efficace avec des tiers sont dès lors objectivement dispensées d'appel d'offres aux termes de l'art. 8, al. 1, let. a, et al. 2, let. a, AIMP[158].

136 Dans le domaine des traités internationaux, la teneur de l'appendice I, annexe 2, ch. 2, AMP (« organismes de droit public [...] n'ayant pas un caractère commercial ou industriel »[159]) s'écarte de celle de l'art. 8 AIMP. Elle se réfère non à l'activité, mais à l'organisme. On pourrait en déduire que dans le domaine des traités internationaux, un « organisme de droit public » serait soumis au droit des marchés publics pour toutes ses activités ou pour aucune d'entre elles lorsqu'il est subjectivement assujetti (ou pas assujetti du tout)[160]. L'assujettissement subjectif témoignerait de la sorte d'un assujettissement objectif.

137 La version allemande de l'appendice I, annexe 2, est traduite de la langue originale d'une manière imprécise. L'assujettissement subjectif d'une entité au droit des marchés publics ne dit pas si une activité donnée est de nature commerciale ou industrielle et ne nécessite à ce titre aucun correctif du droit des marchés publics. C'est pourquoi il faut examiner chaque marché

---

158 Cf. STÖCKLI, p. 55.

159 Cf. http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/che2.doc.

160 Cf. STÖCKLI, pp. 55 s., avec renvois.

séparément. Cette approche est conforme aux conditions d'exemption (art. 2*b* OMP en relation avec l'art. 3, al. 5, de l'Accord bilatéral) : sous l'angle de l'assujettissement objectif d'un marché, ce n'est pas l'entité agissante qu'il convient d'apprécier, mais bien le marché sur lequel l'activité s'exerce et pour laquelle un marché est passé[161]. Lorsqu'un marché sert une activité exposée à la concurrence efficace, l'assujettissement objectif (et non subjectif) disparaît.

138 Les versions originales française et anglaise de l'appendice I, annexe 3, AMP, note de pied de page 1, rétablissent le sens de la disposition :

– la version française de la note de pied de page 1 a la teneur suivante : « [...] Est considéré comme un organisme de droit public tout organisme : - créé pour satisfaire spécifiquement *des besoins* d'intérêt général *ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* ; [...] »[162]. Du point de vue grammatical, le « caractère autre qu'industriel ou commercial » se réfère non pas à l' « organisme » mais aux « besoins d'intérêt général ». Les adjectifs « industriel » et « commercial » figurent après les deux points et caractérisent (« ayant ») l'objet de la phrase « besoins » ;

– on obtient un résultat semblable en analysant le texte original anglais. La note de pied de page en question a la teneur suivante : « [...] A body is considered to be governed by public law where it : - is established for the specific purpose of meeting *needs* in the general interest*, not being of an industrial or commercial nature ;* [...] »[163]. La proximité grammaticale du segment déterminant de la phrase « not being of an industrial or commercial nature » se réfère à l'objet « needs » et non au sujet « body », placé avant les deux points.

139 Dès lors, dans le domaine des traités internationaux, le seul élément pertinent est de savoir si les « activités » - et non les organismes de droit public – sont « de nature commerciale ou industrielle ». A cet égard, la version italienne de l'art. 8, al. 1, let. a, AIMP[164] est imprécise, contrairement aux versions française

---

161 Cf. à ce propos TRÜEB, art. 2, n. 13 à 18 ss, avec renvois.

162 Passages soulignés par les auteurs.

163 Passages soulignés par les auteurs.

164 « [...] i Cantoni, i Comuni nonché le istituzioni di diritto pubblico a livello cantonale o comunale, sempre che non abbiano carattere commerciale o industriale; [...] » (selon la teneur qu'en donne le recueil des lois tessinois, RL 7.1.4.1.3).

et allemande, et demande une interprétation plus fouillée à la lumière de l'appendice I, annexe 3, AMP, note de pied de page 1, cette dernière servant également à l'interprétation de l'appendice I, annexe 2, ch. 2, AMP. La même chose vaut pour le domaine interne, conformément aux dispositions explicites de l'art. 8, al. 2, let. a, AIMP.

8.2. Assujettissement en fonction de l'activité prépondérante

140 Les marchés mixtes sont soumis au droit des marchés publics en fonction du poids principal ou prépondérant de leurs composants, ce qui correspond à un principe général de la législation en question, la théorie dite du poids prépondérant[165] :

- *marchés mixtes du point de vue matériel :* lorsqu'un marché porte aussi bien sur des constructions que sur des fournitures, il est apprécié dans sa globalité en fonction de la nature de la prestation principale. Lorsque la valeur de la composante « fournitures » dépasse celle de l'élément « constructions », la totalité du marché est réputée marché de fournitures. Lorsqu'un marché porte à la fois sur des fournitures et des services, la totalité du marché est réputée marché de services si la valeur de la composante « services » est prépondérante (ou vice versa)[166] ;

- *marchés se rapportant à plusieurs activités (par exemple « secteurs ») :* des marchés mixtes dans des domaines sectoriels (par exemple les chemins de fers) qui relèvent à la fois d'un secteur soumis au droit des marchés et d'un secteur « exempté » (art. 2*b* OMP) sont également appréciés en fonction de la composante prépondérante, dont la valeur détermine l'assujettissement intégral ou l'exemption totale[167] ;

- le Tribunal administratif fédéral a confirmé cette méthode d'appréciation par la part prépondérante dans son arrêt B-1773/2006 : l'Institut Paul Scherrer (IPS) a adjugé un marché dont le volume portait

165 Cf. l'analyse détaillée in TRÜEB, Art. 5, n. 35 ss.

166 Cf. TRÜEB, art. 5, n. 35 à 37, et GALLI/MOSER/LANG/CLERC, ch. marg. 145 (avec renvois). Cette approche correspond au droit européen : cf. FRENZ, § 1, ch. marg. 2119 ss (pour ce qui est de la délimitation entre les activités de fourniture, de construction et de services dans le cadre de l'adjudication de marchés mixtes).

167 Cf. TRÜEB, Art. 5, n. 39 (2e tiret, avec renvois) ; GALLI/MOSER/LANG/CLERC, ch. marg. 146 et CRM 2003-025.

à hauteur de deux tiers environ sur des prestations de sécurité. Les prestations de sécurité ne sont pas soumises à la LMP[168]. Un tiers du marché concernait des prestations de conciergerie, soumises à la LMP[169]. Selon le TAF, un marché n'est pas automatiquement et entièrement soumis au droit des marchés publics au seul prétexte qu'une partie des services concernés relève du champ d'application de la LMP. Lorsque la prestation non soumise à la LMP représente une part prépondérante du marché considéré dans sa totalité et que les composantes ont été combinées de façon judicieuse (c'est-à-dire sans intention de soustraire abusivement l'intégralité du marché à la LMP), le marché dans son ensemble ne relève pas objectivement de la LMP[170]. Selon le TAF, le marché dans sa globalité n'est soumis à la LMP que si les services soumis à la LMP en constituent la part prépondérante ;

– la méthode d'appréciation par la part prépondérante vaut également lorsque plusieurs collectivités publiques participent à un marché (par exemple la Confédération et un canton). Dans ce cas, le marché est soumis aux dispositions du droit des marchés publics de la collectivité apportant la plus forte contribution financière[171]. Cette collectivité est alors réputée adjudicateur principal au sens de l'art. 2*c* OMP et de l'art. 8, al. 3, AIMP.

141 L'appréciation en fonction de l'objet principal du marché est le pendant logique de l'interdiction de subdivision (cf. l'art. 7 LMP), aux termes de laquelle on doit réunir dans le même appel d'offres les éléments économiquement liés[172]. Il est interdit de subdiviser un marché en mandats de peu d'importance, dans le but par exemple de ne pas dépasser les valeurs de seuil.

142 L'attribution d'un marché au secteur d'activités concerné par la part prépondérante de l'acquisition correspond en fin de compte à l'approche économique suivie dans le droit suisse, que reflète par exemple la théorie dite

---

168 Arrêt du TAF B-1773/2006 du 25 septembre 2008, cons. 4.7 à 4.9.

169 Arrêt du TAF B-1773/2006 du 25 septembre 2008, cons. 4.4.

170 Arrêt du TAF B-1773/2006 du 25 septembre 2008, cons. 4.3 et 4.9.

171 JAAC 67.66, cons. 3c.

172 Cf. TRÜEB, Art. 5, n. 39 (2e tiret), et l'arrêt du TAF B-1773/2006 du 25 septembre 2008, cons. 4.3. Pour éviter tout malentendu, il convient de préciser que le lien économique ne saurait justifier à lui seul l'adjudication de gré à gré.

de la prépondérance (art. 18 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct[173]) : un objet utilisé à des fins tant privées que commerciales est attribué, sous l'angle du droit fiscal, à la fortune commerciale dès lors que son utilisation commerciale prime[174]. Certains pans de la doctrine relative aux marchés publics recourent à la notion de prépondérance pour souligner que la part principale de la valeur d'un marché public doit déterminer le statut de l'intégralité du marché par rapport à la législation sur les marchés publics, et partant son assujettissement (ou non) à ladite législation[175].

8.3. Rejet de la théorie dite de l'« infection »

143 Pour sa part, la CJCE a développé dans sa jurisprudence la théorie dite « de l'infection » : dès lors qu'une entité est réputée « organisme de droit public », les tâches sans caractère commercial ou industriel qu'elle exerce dans l'intérêt général, et partant son assujettissement au droit des marchés publics, « infecteraient » aussi ses tâches de nature commerciale ou industrielle. Selon cette jurisprudence, un organisme de droit public devrait organiser des appels d'offres pour toutes ses acquisitions[176], et la distinction entre assujettissement subjectif et assujettissement objectif disparaîtrait.

144 La « théorie de l'infection » est aujourd'hui obsolète. On ne saurait en effet dissocier ce que le droit des marchés publics commande de réunir (et vice versa)[177]. Dans son arrêt B-1773/ 2006[178], le Tribunal administratif fédéral a implicitement rejeté la théorie de l'infection, et s'est opposé à ce que l'on soumette objectivement les marchés d'un adjudicateur public à l'obligation d'appel d'offres au seul motif que l'adjudicateur est subjectivement assujetti au droit régissant la passation des marchés. Comme exposé précédemment, cette attitude est justifiée : lorsqu'un adjudicateur public acquiert des

---

173 LIFD ; RS 642.11.

174 Ce point de vue est implicitement défendu par la CRM dans ses décisions CRM 2003-025 (cons. 1e) et 2001/007 (cons. 2a et 2b). Le TAF suit également ce principe (arrêt B-1773/2006 du 25 septembre 2008, cons. 4.3 et 4.9).

175 Cf. BEYELER MARTIN, Fokus Nr. 3 – Gemischte Geschäfte ; Es gibt verschiedene Arten gemischter Geschäfte, und nicht für alle gilt die populäre Präponderanztheorie, DC 2009, pp. 99 s.

176 CJCE du 15 janvier 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau*, ch. marg. 25 ; CJCE du 10 novembre 1998, C-360/96, *Gemeente Arnhem*, ch. marg. 55 s. ; FRENZ, § 1, ch. marg. 2597 ; STÖCKLI, p. 55.

177 TRÜEB, Art. 5, n. 29 (1er tiret).

178 Du 25 septembre 2008, cons. 4.3. et 4.9.

constructions, des fournitures, des services ou (dans le domaine interne) d'autres prestations pour des activités qu'il exerce dans un environnement de concurrence efficace, il n'y a aucune raison de lui imposer une obligation d'appel d'offres. De plus, le droit des marchés publics constitue une intervention dans la liberté de contracter de l'adjudicateur et, partant, une entrave à la liberté économique (art. 27 et 94 Cst.). Une telle intervention ne se justifie que lorsqu'il convient, *dans un cas particulier*, de soumettre objectivement un marché à la législation sur les marchés publics dans le respect des conditions imposées par le droit en question, et que l'on dispose de la sorte d'une base légale (art. 36 Cst.).

8.4. Signification pour les hôpitaux répertoriés

145 C'est à la lumière de ces éléments qu'il faut également juger les marchés des hôpitaux répertoriés : lorsqu'un marché sert simultanément à l'accomplissement du mandat de prestations (donc à des activités sans caractère commercial ou industriel) et à d'autres activités (de nature commerciale ou industrielle), il doit faire l'objet d'un appel d'offres si l'appréciation des valeurs de chacune des part montre que le marché vise principalement l'accomplissement du mandat de prestations. A cet égard, le critère déterminant est l'éventail de prestations que couvre le mandat de prestations.

146 Dans le cadre d'un marché, une subdivision ou un regroupement ne sont pas exclus d'office, mais on ne saurait contourner les buts de la législation sur les marchés publics. Le principe veut que l'on réunisse en un seul appel d'offres les éléments corrélés. La valeur d'un marché ne peut être subdivisée sous l'influence des valeurs de seuil ou par rapport à l'attribution à une activité donnée (par exemple l'éventail des prestations consignées dans le mandat de prestations ou échappant à ce mandat), dans le but de soustraire le marché aux dispositions régissant les adjudications (cf. l'art. 7, LMP[179] et le § 2, al. 2, des directives d'exécution de l'AIMP [DEMP][180]).

147 La mise en œuvre de ce principe n'est pas simple. Ni la jurisprudence suisse, ni celle de l'Europe ne fournissent d'indices dépassant le cadre des

179 Cf. à ce propos TRÜEB, Art. 7, n. 2 ss.

180 Consultables à l'adresse http://www.bbl.admin.ch/index.html?lang=fr - Commission des achats de la Confédération – Bases juridiques – Législations cantonales (état au 30 novembre 2011).

considérations d'ordre général[181]. En fin de compte, l'élément déterminant sera de savoir si, du point de vue de sa valeur, un marché donné sert principalement les prestations dues par l'hôpital répertorié au titre de son mandat de prestations. Si c'est le cas, et si le marché est judicieusement structuré (pas de subdivision ou de regroupement objectifs abusifs), le marché doit faire l'objet d'un appel d'offres. Une appréciation motivée n'est possible que dans le cas particulier. En cas de doute, on procédera à un appel d'offres.

148 Dans la pratique des adjudications, on suivra la procédure suivante :

- on déterminera dans un premier temps si la part d'un marché public destinée à l'accomplissement du mandat de prestations peut être isolée du reste du marché sur la base de critères objectifs. En d'autres termes, on se demandera si un tiers sérieux et sensé lancerait un appel d'offres sur le marché pour tout ou partie d'une prestation semblable. A cette occasion, on opposera notamment les économies d'échelle d'un appel d'offres global (cote de transaction, rabais de quantité) à la limitation du cercle des fournisseurs ;

- s'il est possible d'isoler, sur la base de critères objectifs, la part du marché public destinée à l'accomplissement du mandat de prestations, on examinera si cette part atteint à elle seule la valeur de seuil. Si c'est le cas, elle doit faire l'objet d'un appel d'offres ;

- s'il n'est pas possible d'isoler la part en question, on se demandera si le marché dans son ensemble sert principalement à l'accomplissement du mandat de prestations. On appliquera pour ce faire une méthode adéquate de calcul des coûts. Les hôpitaux répertoriés doivent attribuer et délimiter clairement les prestations en fonction des secteurs d'assurance et des autres prestations, de sorte que les comparaisons de coûts et de prix exigées par la LAMal puissent se faire dans les règles de l'art[182]. Dans une première phase qui suivra l'introduction du droit de la planification hospitalière, et selon les hôpitaux, les données ne seront pas nécessairement assez détaillées ou référencées pour que

181 Cf. GALLI/MOSER/LANG/CLERC, ch. marg. 180 ss, avec renvois.

182 « Dies sollte zu bewerkstelligen sein, zumal die Listenspitäler hinsichtlich der Kostenrechnung eine klare Zuordnung und Abgrenzung von Leistungen nach Versicherungszweigen und weiteren Dienstleistungen vornehmen [müssen], damit die vom KVG vorgeschriebenen Kosten- und Preisvergleiche fachgerecht durchgeführt werden können » (proposition du Conseil d'Etat zurichois du 19 janvier 2011 relative à la loi sur la planification et le financement hospitaliers, p. 40).

l'on puisse procéder à cette attribution. Il peut y avoir aussi des marchés qui, en raison de leur objet, ne pourront d'emblée être clairement attribués ;

- pour l'attribution en fonction de la valeur, le fardeau de la preuve incombe au pouvoir adjudicateur. Lorsqu'une attribution claire se révèle impossible, un appel d'offres s'impose dans tous les cas. On ne saurait y renoncer que si le pouvoir adjudicateur peut prouver globalement que le marché ne présente aucun lien fonctionnel avec le mandat de prestations. En revanche, s'il s'avère que sans les constructions, les fournitures ou les services dont l'acquisition est projetée, le mandat de prestations ne pourrait être rempli ou ne pourrait lêtre qu'imparfaitement, le marché doit faire l'objet d'un appel d'offres.

149 Cette règle du fardeau de la preuve est également défendue pour l'assujettissement des marchés des entreprises sectorielles (par exemple La Poste suisse)[183]. La Poste n'est pas intégralement soumise à l'AMP, mais uniquement en ce qui concerne les activités pour lesquelles elle ne se trouve pas en concurrence avec des tiers[184]. Les activités que La Poste exerce dans un cadre concurrentiel ne sont pas soumises à la législation sur les marchés publics. Les entreprises sectorielles font par conséquent face au même problème que les hôpitaux répertoriés : comment les marchés publics peuvent-ils être attribués de manière prépondérante à une activité soumise ou non à la concurrence ? Des critères absolus font défaut, raison pour laquelle on ne peut se passer d'une règle sur l'attribution du fardeau de la preuve. Lorsqu'un marché sert *également* à l'accomplissement du mandat de prestations sans qu'il soit possible de l'attribuer sans équivoque sous l'angle de sa valeur, cette fonctionnalité partielle mène déjà à un assujettissement de l'intégralité du marché. On peut alors, avec STÖCKLI, qualifier cela d'« infection »[185]. On associe à juste titre le fardeau de la preuve et le principe selon lequel les deniers publics consacrés à une tâche publique – en l'occurrence des activités visant l'accomplissement du mandat de prestations au sens de l'art. 39, al. 1, let. e, LAMal – doivent être attribués dans le cadre

183 Cf. STÖCKLI, p. 60.

184 AMP, appendice I, annexe 1, ch. 8 et note de bas de page 2.

185 STÖCKLI, p. 60.

d'une procédure transparente au fournisseur présentant l'offre la plus avantageuse.

9. Procédure d'inscription sur les listes et assujettissement des hôpitaux répertoriés au droit des marchés publics

9.1. Mandat de prestations

150 Les recommandations de la CDS sur la planification hospitalière[186] définissent le mandat de prestations de la manière suivante : « *Un mandat de prestations est fondé sur la planification de la prise en charge selon l'art. 58b OAMal et constitue une garantie de l'offre d'un établissement figurant sur la liste hospitalière au sens de l'art. 58b, al. 3, OAMal. Il contient l'éventail des prestations attribué sous certaines obligations et conditions* ».

151 Le mandat de prestations combine des éléments d'une décision nécessitant approbation et d'un contrat de droit administratif. D'une part, il est de nature unilatéralement souveraine[187], et d'autre part, il lie mutuellement les deux parties. Pour le surplus, le statut juridique du mandat de prestations reste incertain. Il comporte des éléments d'une *concession de monopole* (les hôpitaux répertoriés bénéficient d'avantages financiers spéciaux, parce que le canton prend à sa charge 55 % des forfaits par cas pour les prestations fournies pour le compte de l'AOS [art. 49a, al. 2, LAMal] bien que les prestations hospitalières ne constituent pas un monopole[188]), d'une *concession de service public*[189] (les hôpitaux répertoriés fournissent un service public sous la responsabilité du canton en matière de planification) et d'une *délégation*[190] (les hôpitaux répertoriés sont chargés d'accomplir de façon souveraine et contraignante la tâche étatique « fourniture de prestations hospitalières de

186 P. 2.

187 CDS, Recommandations, p. 2. Cf. également la description contenue dans la proposition du Conseil-exécutif bernois au Grand Conseil du 15 octobre 2003 relative à la loi sur les soins hospitaliers (LSH), p. 17 (ad art. 17).

188 Cf. par ex. POLEDNA/DO CANTO, ch. marg. 9.

189 Cf. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45, ch. marg. 20, et WALDMANN, pp. 9 ss.

190 Pour le cas de figure de la délégation, cf. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10, ch. marg. 12 ss, et WALDMANN, pp. 14 s.

base » à la charge de l'AOS sans pour autant disposer de compétences administratives et sans pouvoir agir eux-mêmes souverainement).

152 Lorsque l'Etat confie des tâches publiques à des fournisseurs privés, la frontière entre le transfert d'une tâche publique à des particuliers et l'adjudication officielle de marchés au sens de l'acquisition d'une simple prestation auxiliaire est jugée « mouvante » par le Tribunal fédéral[191]. Dans le cas d'espèce, les éléments déterminants sont d'une part le cadre réglementaire spécifique et d'autre part les caractéristiques concrètes de la tâche publique confiée[192]. Sous l'angle du droit des marchés publics, il n'est dès lors pas nécessaire que le mandat de prestations des hôpitaux répertoriés soit rédigé de façon dogmatique et exhaustive : il importe bien plus de savoir quelles sont les conséquences du mandat de prestations, d'une part pour l'hôpital répertorié, et d'autre part pour la garantie de la fourniture de soins hospitaliers de base :

- dans le cadre des prestations qu'ils sont tenus de fournir, les hôpitaux répertoriés sont non seulement habilités à décompter les prestations avec l'AOS et le canton (art. 49a LAMal) : ils sont également *tenus* de fournir ces prestations[193] ;

- les hôpitaux répertoriés ont interdiction de confier leurs mandats de prestations à d'autres hôpitaux[194] ;

- dans les limites de l'éventail des prestations, les hôpitaux répertoriés sont soumis à une obligation d'admission (art. 41*a* LAMal) ;

---

191 ATF 134 II 297 cons. 3.3, pp. 302 s. Il s'agissait dans ce cas précis de l'élimination de déchets produits par les installations d'une entreprise privée.

192 A cet égard, le Tribunal administratif du canton de Zurich a jugé que dans le cadre de la planification énergétique cantonale zurichoise, Erdgas Zurich SA assumait une tâche publique et était assujettie à ce titre à l'art. 8, al. 1, let. c, AIMP, de même qu'à l'art. 5, al. 2, LMI (VGer ZH, VB. 2000.00403 cons. 1c, le Tribunal administratif ayant tenu compte à cette occasion du fait que l'entreprise en question se trouvait sous la domination prépondérante de l'Etat).

193 Cf. également la proposition du Conseil-exécutif bernois au Grand Conseil du 15 octobre 2003 relative à la loi sur les soins hospitaliers (LSH), p. 17 (ad art. 17).

194 Cf. CDS, Recommandations, p. 5, de même que, par ex., le § 7, al. 2, du projet de loi zurichoise sur le financement hospitalier (Spitalfinanzierungsgesetz [SPFG] ; proposition de la Commission de rédaction du 21 avril 2011).

– lorsqu'un hôpital répertorié ne peut plus remplir son mandat de prestations, le canton doit veiller à combler les lacunes dans la fourniture de soins ;

– en raison de leur devoir d'indemnisation (au moins 55 % du forfait par cas ; art. 49*a*, al. 2, LAMal), les cantons ont un intérêt à ce que les prestations exigées ne se bornent pas à répondre à des besoins réels, mais encore qu'elles soient fournies de manière économiquement « efficiente ». Dans ce but, les cantons peuvent prévoir un nombre minimal de cas, afin que l'on attribue un mandat de prestations pour l'éventail des prestations en question. Le pilotage quantitatif permet notamment de garantir la qualité de la fourniture de prestations par le biais des routines nécessaires, de réaliser des économies d'échelle et d'utiliser des synergies. L'objectif quantitatif est lié à la condition que les fournisseurs désignés soient en mesure de fournir effectivement leurs prestations : on risquerait dans le cas contraire des lacunes dans la fourniture de soins et des dysfonctionnements de planification et d'exploitation ;

– les cantons coordonnent et surveillent la fourniture des prestations, et ils interviennent lorsque leur qualité et leur économicité ne sont plus garanties.

153 Il résulte indubitablement des considérations ci-devant que le sens et le but du mandat de prestations selon l'art. 39, al. 1, let. e, LAMal est l'accomplissement ou la délégation d'une tâche étatique cantonale[195]. Les hôpitaux répertoriés sont directement co-garants de la sécurité de la prise en charge et, dans la limite des prestations qu'ils fournissent au titre de leur mandat de prestations pour le compte de l'AOS, ils sont indemnisés à hauteur d'au moins 55 % par l'Etat[196]. Dès lors, un hôpital répertorié n'agit pas uniquement « dans l'intérêt général », mais il accomplit des tâches étatiques d'une portée sociale, sanitaire et économique. De plus, il est une composante de la fourniture, dans le canton, de soins hospitaliers de base.

---

195 POLEDNA/DO CANTO, ch. marg. 51, et FF 2004 5207, p. 5223.

196 Cf. CDS, Recommandations, pp. 4 s.

9.2. Appels d'offres pour les concessions de services

154 Le droit des marchés publics s'applique également lorsque, pour l'accomplissement d'une tâche étatique, des prestations sont externalisées et confiées à un tiers qui les fournit à son compte et à ses risques et périls sous la surveillance de l'Etat[197]. Un exemple fréquemment cité de ce type de situation est l'élimination de batteries et d'autres déchets contre paiement d'une taxe[198]. A cet égard, on parle de « concession de services ».

155 Cette notion trouve son origine dans le droit européen des adjudications[199], et elle est étrangère au droit suisse. Sous l'angle du droit des adjudications, les « concessions de services » désignent des marchés publics lorsque des prestations au profit de la collectivité sont externalisées et confiées à des tiers dès lors chargés d'une tâche étatique, et lorsque le mandataire ne fournit pas ces prestations à la collectivité mais à des tiers, son indemnité consistant en une autorisation d'exercer le droit transféré (à savoir fournir la prestation contre indemnité) ou de percevoir l'indemnité auprès de tiers[200]. Le fait que la prestation soit fournie non à la collectivité, mais à des tiers, et que l'on ne peut dès lors, sous l'angle du droit des marchés publics, parler d'une situation typiquement synallagmatique, n'empêche pas de considérer qu'il s'agit malgré tout d'un marché[201].

156 Lorsque des concessions de services sont octroyées en rapport avec des externalisations ou des transferts de tâches publiques, elles sont considérées comme des marchés publics au sens du droit des marchés publics. Lorsqu'elles sont accordées dans le seul but de régler l'activité économique

---

197 Cf. FETZ, K., ch. marg. 74.

198 Cf. par ex. l'ATF 134 II 297 à propos de l'élimination des déchets ménagers.

199 L'art. 1, al. 4, de la directive 2004/18/CE décrit la concession de services comme « un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix ».

200 Cf. pour l'ensemble de la problématique BEYELER, Geltungsbereich, p. 89, ch. marg. 29, p. 94, p. 129, ch. marg. 108, p. 130, ch. marg. 110 ; CRM 1999-006 du 2 septembre 1999, cons. 1 ; TRÜEB, Art. 5, n. 18 s.

201 Dans son arrêt B-6177/2008 du 25 novembre 2008, cons. 2.3, le TAF jugeait que l'élément déterminant était que l'adjudicateur, en qualité de premier destinataire de la prestation vis-à-vis des fournisseurs d'appareils auditifs, était redevable du prix d'achat, raison pour laquelle il convient de retenir l'existence d'un marché […] » (« Entscheidend ist indessen, dass die Auftraggeberin als primäre Empfängerin der Leistung gegenüber den Hörgeräteanbietern den Kaufpreis schuldet, weshalb von einer Beschaffung auszugehen ist »). Le Tribunal administratif de Zurich exprime un avis contraire dans son arrêt « Spitex » (ZH VB. 2000.00126, cons. 2.b.bb).

dans un domaine monopolistique ou une utilisation particulière de la voie publique, on ne se trouve pas en présence d'un marché public[202].

157 Par leurs mandats de prestations, les hôpitaux répertoriés s'engagent à garantir la tâche publique « fourniture de soins hospitaliers de base » sous la surveillance et la responsabilité de l'Etat en matière de planification. Les arguments s'opposant à une qualification à titre de concession de services, et donc à un assujettissement objectif, sont les suivants :

– dans le domaine hospitalier, l'Etat joue en premier lieu le rôle d'une instance de planification. La fourniture de soins hospitaliers de base est, de par la loi, assurée par des fournisseurs décentralisés, publics et privés. La planification hospitalière cantonale garantit certes que les hôpitaux répertoriés fournissent les soins de base dans le cadre de l'éventail des prestations attendues d'eux et se chargent ainsi d'une tâche étatique. Néanmoins, il n'y a pas transfert. Les hôpitaux sans mandat de prestations ont le droit de fournir des prestations comparables, mais ils ne peuvent décompter dans l'AOS que s'ils sont conventionnés au sens de l'art. 49 LAMal ; ils n'ont aucun droit à la part cantonale de 55 % aux forfaits par cas (art. 49*a*, al. 2, LAMal). Ainsi, le canton planificateur n'est pas demandeur de prestations hospitalières : il en garantit simplement le financement ;

– les hôpitaux répertoriés ne sont pas indemnisés de leurs prestations par les bénéficiaires de ces dernières (c'est-à-dire les tiers), mais par le canton et l'AOS qui tous deux ne sont pas les bénéficiaires de la prestation qualifiée ; cette situation est atypique pour une concession de services qui se caractérise justement par le fait que l'acquéreur de la prestation n'est pas le payeur ;

– les prestations des hôpitaux répertoriés à la charge de l'AOS sont fournies par groupes de cas à un tarif uniforme pour l'ensemble de la Suisse (SwissDRG). Les fournisseurs de prestations n'encourent aucun risque d'encaissement ou d'exploitation par rapport à leurs prestations,

---

202 Cf. BEYELER, Geltungsbereich, pp. 130 s., ch. marg. 111 ; à propos du dernier aspect, cf. l'« affaire des affiches » à Genève dans laquelle le Tribunal fédéral a jugé que l'octroi d'une concession spéciale d'utilisation pour le placement d'affiches sur la voie publique n'était pas un marché public (ATF 125 I 209, cons. 6 [= Pra 89 (2000), n° 149] et ATF 135 II 49 [= Pra 98 (2009), n° 75], cons. 4.2 ss).

qu'ils sont habilités à décompter avec l'AOS et le canton (art. 49*a*, al. 2, LAMal)[203].

158 Nous parvenons ainsi à la conclusion que les mandats de prestations au sens de l'art. 39, al. 1, let. e, LAMal ne sont *pas* des concessions de services assujetties à l'obligation d'appel d'offres. Il convient de préciser que de toute manière, cette qualification n'influe aucunement sur le statut juridique des hôpitaux répertoriés vis-à-vis de la législation sur les marchés publics.

9.3. Principe de spécialité

159 Le droit des marchés publics ne s'applique pas lorsqu'une loi spéciale codifie une procédure particulière[204]. Le choix des hôpitaux répertoriés selon la qualité et le caractère économique des prestations ne peut intervenir que dans le cadre d'une procédure publique, transparente, équitable et dans le respect du principe de l'égalité devant la loi[205]. Il est évident que les critères de la « qualité » et de l'« économicité » correspondent à ceux du droit des marchés publics[206], mais cela ne signifie pas pour autant que la procédure de sélection relève automatiquement des procédures classiques applicables aux soumissions : en effet, la planification hospitalière elle-même ne tombe pas dans le domaine des traités internationaux de l'AIMP et de l'AMP[207], et elle échappe ainsi aux obligations résultant de ces traités.

160 Le droit fédéral laisse aux cantons le choix de la procédure adéquate[208] et ne formule à l'art. 39 LAMal que les conditions matérielles minimales auxquelles ils doivent satisfaire dans leur planification hospitalière à la charge de l'AOS. Du point de vue des compétences en matière de planification hospitalière cantonale, cela se justifie pleinement : la composition de la liste des hôpitaux,

---

203 La situation des hôpitaux répertoriés dans le domaine du mandat de prestations ressemble à celle des dentistes scolaires dans le canton du Tessin, qui de l'avis du Tribunal fédéral ne sont pas soumis au droit des marchés publics (TF 2P. 19/2001 du 16 mai 2001, cons. 1a.cc). A ce propos, cf. BEYELER, Geltungsbereich, p. 133 s., ch. marg. 116).

204 Cf. TRÜEB/ZIMMERLI, pp. 120 ss.

205 Cf. POLEDNA/DO CANTO, ch. marg. 80 s. ; avis de la COMCO, p. 429, ch. marg. 37 à 40.

206 Cf. POLEDNA/DO CANTO, ch. marg. 81 s.

207 A propos de ce dernier aspect, cf. POLEDNA/DO CANTO, ch. marg. 76.

208 Cf. dans ce sens l'avis de la COMCO, p. 429, ch. marg. 38, de même que POLEDNA/DO CANTO, ch. marg. 83.

axée sur les prestations, est une affaire de planification et de garantie de prestations[209] en ce que les hôpitaux répertoriés agissent comme d'« autres collectivités assumant des tâches cantonales » en assurant la couverture des soins hospitaliers de base sous la responsabilité du canton. Lors de la planification des besoins et de la procédure de sélection, les cantons doivent pouvoir tenir compte de leurs spécificités dans les domaines de la santé, de la fourniture de soins et des ressources financières. Sous l'angle de l'économie de la santé et de la prise en charge, l'attribution des places sur la liste des hôpitaux et la formulation des mandats de prestations sont des opérations délicates. Les autorités cantonales de planification doivent certes s'assurer que la sélection respecte les critères de l'économicité et de la qualité[210], mais il faut qu'elles disposent d'une marge d'action juridique et politique, de même que d'une certaine souplesse dans l'aménagement de cette procédure politiquement complexe pour pouvoir juger du « caractère économique » des prestations d'un candidat et de son importance dans la planification hospitalière du canton[211]. L'étroit corset de la législation sur les marchés publics n'offre guère cette souplesse[212], qui est toutefois indispensable en situations de planification dans lesquelles l'Etat recourt à des fournisseurs de prestations décentralisés qu'il charge d'accomplir des tâches étatiques sous sa responsabilité.

161 Dans le cadre de la planification hospitalière, il n'existe aucune raison de restreindre les pouvoirs des cantons et de confiner ces derniers dans les limites du droit général des marchés publics. C'est donc à dessein que l'on a renoncé à fixer aux cantons des règles de procédure[213]. La procédure de constitution de la liste des hôpitaux relève dès lors du régime sectoriel spécifique instauré par la législation cantonale en matière de fourniture de

---

209 La dimension politique de la décision d'admission sur la liste n'est en rien modifiée par la nouvelle LAMal ; cf. à cet égard l'avis de la COMCO, p. 427, ch. marg. 23, EUGSTER, cons./ch. marg. 763 (avec renvois) et JACOBS, ch. marg. 6.

210 Cf. par ex. CDS, Recommandations, pp. 3 ss. Dans son avis, la COMCO insiste également sur ce point (p. 428, ch. marg. 35).

211 Ainsi RICHLI (p. 419), qui reconnaît que le « caractère économique » est un critère important mais non absolu. Cf. également CDS, Recommandations, pp. 6 et 10.

212 La CDS semble exprimer la même perplexité (Recommandations, p. 5), et dans son avis (p. 429, ch. marg. 38), la COMCO relève qu'il existe des doutes sur l'adéquation du droit des marchés publics à la procédure de constitution de la liste des hôpitaux.

213 Cf. l'avis de la COMCO, p. 429, ch. marg. 38. Pour plus de détails, cf. MATTIG, pp. 130 ss.

soins hospitaliers[214]. Ce régime particulier prime le droit général des marchés publics. Un canton reste toutefois libre de soumettre explicitement cette procédure au droit des marchés publics ou d'appliquer par analogie des éléments de la procédure générale de soumission pour se doter d'une procédure semblable[215] à celle qui s'applique aux marchés publics.

162 Si un canton devait soumettre la procédure de constitution de la liste à son droit des marchés publics, cela n'aurait aucune incidence sur l'assujettissement subjectif et objectif des hôpitaux répertoriés au droit des marchés publics. Le canton n'est (et ne deviendra) pas « demandeur » de prestations médicales, mais se borne, en qualité de planificateur, à garantir que les prestations hospitalières de base soient fournies par des tiers dans le respect des dispositions de la LAMal[216]. A l'inverse, les hôpitaux ne sont pas des « fournisseurs » au sens du droit des marchés publics, mais, en vertu du droit fédéral (art. 39, al. 1, let. d et e, LAMal), des chargés de tâches publiques au sens de l'art. 8, al. 2, let. a, AIMP : ils sont à ce titre des adjudicateurs relevant du droit cantonal des marchés publics. Les marchés servant à l'accomplissement du mandat de prestations doivent faire l'objet d'un appel d'offres.

9.4. « Appel d'offres unique »

163 Le principe de l'« appel d'offres unique » ne vaut pas pour les hôpitaux répertoriés. En vertu de ce principe, un adjudicateur n'est pas tenu de lancer un appel d'offres pour des sous-marchés selon les prescriptions du droit des marchés publics. Par conséquent, un marché subséquent confié par un adjudicataire à un tiers n'est pas un marché public (même dans le cas d'un assujettissement incontesté de l'adjudicataire)[217].

164 Si un canton voulait, sur une base volontaire, soumettre sa procédure de constitution de la liste des hôpitaux à son droit général des marchés publics, il devrait énoncer dans sa procédure qu'un hôpital répertorié accomplit une

---

214 Cf. par ex. la proposition du Conseil d'Etat zurichois du 19 janvier 2011 relative à la loi sur la planification et le financement hospitaliers, pp. 30 s.

215 Cf. l'avis de la COMCO, p. 429, ch. marg. 38, et p. 430, ch. marg. 40.

216 Cf. parmi d'autres JACOBS, ch. marg. 6.

217 Cf. par ex. BEYELER, Geltungsbereich, p. 100, ch. marg. 50 (avec renvois).

tâche étatique, préciser dans quelle mesure il le fait et stipuler comment la tâche est rémunérée dans le système de financement des assurances sociales (fourniture de prestations hospitalières à la charge de l'AOS et contre une participation cantonale de 55 % aux forfaits par cas). Les art. 39 LAMal et 58*a* ss OAMal disposent que la fourniture de soins hospitaliers de base incombe à un réseau d'hôpitaux publics et privés sous la responsabilité de l'Etat pour ce qui est de la planification. Sans ces fournisseurs de prestations décentralisés, publics et privés, les cantons ne seraient pas en mesure de répondre au mandat de planification de la législation fédérale ni de donner suite au mandat de fourniture de prestations selon le droit cantonal.

165 C'est pourquoi, comme évoqué plus haut, les hôpitaux répertoriés ne sont pas des fournisseurs au sens du droit des marchés publics, mais, en tant que « chargés de tâches cantonales », des adjudicateurs publics offrant un spectre de prestations clairement définies par le droit fédéral sur les plans matériel, géographique et tarifaire. De la même manière que les « pouvoirs publics », qui assument des tâches publiques dans le champ d'action que leur assigne la loi, les hôpitaux répertoriés doivent agir avec économie lorsqu'ils concluent des marchés dans la perspective de la fourniture de prestations au titre de leur mandat de prestations[218]. Ce n'est qu'ainsi que l'on peut s'assurer que les hôpitaux répertoriés fournissent de manière « efficiente » les prestations prévues par leur mandat de prestations, au profit de l'économie dans son ensemble, et qu'ils peuvent contribuer à une réduction des coûts de la santé et à un allégement des charges de l'assurance-maladie sociale, conformément à la finalité de l'art. 39 LAMal.

166 La planification hospitalière (cantonale) et les prestations médicales hospitalières (fournies par les hôpitaux répertoriés) sont deux marchés fondamentalement différents. On ne peut même pas affirmer que les deux marchés sont liés, en amont ou en aval. Bien plus, les niveaux concernés par la fourniture de soins hospitaliers de base sont hétérogènes (planification des besoins, garantie de la couverture en soins, fourniture des prestations). Dès lors, on ne saurait tirer d'un appel d'offres pour l'un des marchés aucune conclusion quant une l'obligation d'appel d'offres pour l'autre marché.

---

218 Cf. par ex. TRÜEB, Art. 5, n. 14 (avec renvois).

9.5. Réponse à la question 6

167 Le type de procédure cantonale de constitution de la liste des hôpitaux n'a aucune incidence sur l'assujettissement des hôpitaux répertoriés et leurs marchés.

10. Assujettissement dans le domaine interne et dans le domaine des traités internationaux : différences

168 Il est important de savoir encore si dans la pratique, des différences existent quant à l'assujettissement pour des hôpitaux répertoriés lorsqu'ils « assument des tâches cantonales » dans le domaine interne (art. 8, al. 2, let. a, AIMP) et sont parallèlement des « organismes de droit public » dans le domaine des traités internationaux (art. 8, al. 1, let. a, AIMP) : sont-ils assujettis uniquement dans le domaine interne ou le sont-ils dans les deux domaines ?

169 Un hôpital répertorié assujetti dans le domaine des traités internationaux au titre d'organisme de droit public est également assujetti aux règles du droit cantonal sur les appels d'offres (cf. l'art. 8, al. 2, AIMP : « Sont *en outre* soumis aux dispositions relatives aux marchés non soumis aux traités internationaux : […][219] »). Lors de la passation de ses marchés, il doit respecter le droit des traités internationaux *et* le droit cantonal des marchés publics.

170 Les différences entre l'assujettissement dans le domaine des traités internationaux et hors de ce domaine concernent pour l'essentiel des questions d'accès au marché (et de réciprocité) et des aspects procéduraux.

10.1. Accès au marché et réciprocité

171 L'AIMP s'applique aux offres de fournisseurs qui ont leur siège ou leur domicile soit dans l'un des cantons parties à l'AIMP (art. 9, let. a, AIMP), soit dans un Etat qui a souscrit aux engagements prévus dans un traité sur les marchés publics (art. 9, al. b, AIMP).

219 Souligné par les auteurs.

172 Dès lors, les *fournisseurs suisses* disposent dans toute la Suisse d'un accès non discriminatoire à tous les marchés publics de la Confédération, des cantons et des communes.

173 En revanche, les *fournisseurs étrangers* issus d'Etats qui ont adhéré à l'AMP ou à l'Accord bilatéral ne sont habilités à soumissionner que dans le domaine des traités internationaux et ne peuvent se réclamer de leur droit d'accès que dans la mesure où l'Etat dans lequel ils sont domiciliés garantit la réciprocité aux fournisseurs suisses dans le domaine d'achats visé (clause de réciprocité)[220]. Dans le domaine des traités internationaux de l'AMP et de l'Accord bilatéral, l'accès des fournisseurs étrangers au marché dépend donc de l'ouverture ménagée à la Suisse par l'Etat contractant et de l'existence d'éventuelles réserves à la réciprocité ; les informations à ce sujet figurent dans les annexes de chaque pays à l'AMP et à l'Accord bilatéral[221]. Lorsqu'il y a réciprocité, les fournisseurs des Etats contractants ne peuvent être discriminés par rapport aux fournisseurs nationaux quant à la procédure ou à l'appréciation des offres (cf. les art. III et VII ss AMP)[222]. En revanche, il n'existe dans le domaine interne aucune réciprocité entre la Suisse et l'étranger en raison de l'absence d'engagements de droit international. Les fournisseurs étrangers ne peuvent donc se prévaloir, dans le domaine interne, des garanties de l'AMP et de l'Accord bilatéral, et partant de l'AIMP.

174 Dans la mesure où un hôpital répertorié assumant des tâches cantonales est assujetti à l'obligation d'appel d'offres dans le seul domaine interne (art. 8, al. 2, let. a, AIMP) et non dans celui des traités internationaux (art. 8, al. 1, let. a, AIMP), il n'est pas tenu de traiter de façon non discriminatoire les fournisseurs étrangers par rapport aux fournisseurs suisses. Dans le domaine interne, les fournisseurs étrangers ne disposent d'aucune voie de recours contre les appels d'offres concernant les marchés publics, contre le choix des fournisseurs et contre l'adjudication.

---

220 Cf. FETZ, K., ch. marg. 11 ; ZIMMERLI, pp. 159 et 169 ; PÜNDER, pp. 62 s. ch. marg. 10. Ce principe correspond à l'art. 4, let. a, LMP.

221 Les réserves à la réciprocité peuvent concerner des secteurs économiques, des pouvoirs adjudicateurs ou certains marchés. Cf. par ex. les réserves de la Suisse dans l'appendice I, annexe 3, AMP, « Notes relatives à l'Annexe 3, dans l'appendice I AMP « Notes générales et dérogations aux dispositions de l'article III » et dans l'annexe VI à l'Accord bilatéral, ch. 3 à 5.

222 Cf. par ex. FETZ, K., ch. marg. 43 s.

10.2. Différences procédurales

175 Sous l'angle de la procédure (contrairement à la réglementation de la LMP et du chap. 3 OMP), il n'existe pour un hôpital répertorié aucune différence significative lorsqu'il n'est assujetti à l'obligation d'appel d'offres que dans le seul domaine interne. Les règles procédurales de l'AIMP valent pour les marchés publics dans le domaine des traités internationaux et hors de celui-ci, et elles sont harmonisées au niveau des cantons (art. 11 ss AIMP). Les points qui suivent méritent d'être mentionnés.

176 *Valeurs de seuil* : dans le domaine des traités internationaux, les valeurs de seuil de l'AMP et de l'Accord bilatéral s'appliquent (cf. AIMP, annexe I), et dans le domaine interne, les valeurs systématiquement inférieures de l'AIMP. Le droit cantonal et le droit communal déterminent les valeurs de seuil au niveau communal. Un hôpital répertorié doit respecter les valeurs de seuil cantonales et communales, indépendamment du fait qu'il soit assujetti dans le domaine des traités internationaux ou dans le domaine interne seulement. Lorsqu'un marché public n'atteint pas la valeur de seuil du domaine des traités internationaux, cela ne signifie pas pour autant qu'il n'est pas soumis à appel d'offres : s'il atteint les valeurs de seuil cantonales ou communales, il doit faire l'objet d'un appel d'offres conformément au droit cantonal ou communal des appels d'offres, et ce hors du domaine des traités internationaux.

177 *Marchés soumis à appel d'offres* : dans le domaine des traités internationaux, seuls sont soumis à appel d'offres les marchés de construction, de fournitures et de services figurant sur les listes positives correspondantes de l'AMP et de l'Accord bilatéral. Dans le domaine interne en revanche, *tous les types* de marchés (art. 6, al. 2, AIMP) sont soumis à appel d'offres dès lors qu'ils dépassent les valeurs de seuil.

178 *Types de procédures* : dans le domaine des traités internationaux, on peut recourir à la procédure ouverte, à la procédure sélective ou à la procédure de gré à gré (art. 12bis, al. 1, AIMP ; art. VII AMP), alors que dans le domaine interne, on dispose encore de la procédure sur invitation, en fonction de la valeur de seuil du marché concerné (art. 12bis, al. 2, AIMP).

179 *Voies de droit* : en principe, les objets de recours et les voies de droit (art. 15 ss AIMP) sont harmonisées pour toute la Suisse. Les voies de droit sont toutefois régies par le droit cantonal, qui ne peut déroger aux conditions imposées par le concordat et les traités internationaux. Que les hôpitaux répertoriés soient assujettis dans le domaine des traités internationaux ou

dans le domaine interne n'a aucune incidence sous l'angle des prescriptions relatives aux voies de droit.

Zurich, le 7 décembre 2011

Hans Rudolf Trüeb

Daniel Zimmerli

* * *

D. Bibliographie

(On trouvera dans le rapport d'autres sources absentes de la présente bibliographie, dans leur contexte).

AICHER JOSEF, Anwendungsbereich (section 2), in : Müller-Wrede Malte (éd.), Kompendium des Vergaberechts, Berlin 2008

BEYELER MARTIN, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in : Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (éd.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zurich/Bâle/Genève 2008 *(*cité en tant que *Geltungsbereich)*

BEYELER MARTIN, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zurich/Bâle/Genève 2007 *(*cité en tant que *Beschaffung)*

BORER JÜRG, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), 3e éd., Zurich 2011

CDS (Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé), Recommandations sur la planification hospitalière d'après la révision de la LAMal sur le financement hospitalier du 21.12.2007, adoptées le 14 mai 2009 *(*citées en tant que *Recommandations)*

CLERC EVELYNE, Commentaire de l'art. 5 LMI, in : Tercier Pierre/Bovet Christian (éd.), Droit de la concurrence, Commentaire Romand, Genève/Bâle/Munich 2002

COMCO (Commission dela concurrence), Avis de la Commission de la concurrence (COMCO) du 19 avril 2010, « Gutachtensauftrag der Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich gemäss Art. 47 KG betreffend Spitalplanung 2012 » (DPC 2010, p. 424, cité en tant qu'*avis)*

DTAP (Conférence suisse des directeurs cantonaux des travaux publics, de l'aménagement du territoire et de l'environnement), Message type pour la révision de l'AIMP, juin 2001 *(*cité en tant que *Message type AIMP)*

EGGER ALEXANDER, Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden 2008

EUGSTER GEBHARD, Krankenversicherung (chap. K), in : Meyer Ulrich (éd.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, vol. XIV, Soziale Sicherheit, 2e éd., Bâle/Genève/Munich 2007

FETZ MARCO, Öffentliches Beschaffungsrecht des Bundes (chap. K), in : Cottier Thomas/Oesch Matthias (éd.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, vol. XI : Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktsrecht, 2e éd., Bâle 2007

FRENZ WALTER, Handbuch Europarecht, vol. 3 : Beihilfe und Vergaberecht, Berlin/Heidelberg 2007

GÄCHTER THOMAS/VOLLENWEIDER IRENE, Gesundheitsrecht, 2e éd., Bâle 2010

GALLI PETER/MOSER ANDRÉ/LANG ELISABETH/CLERC EVELYNE, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2e éd., Zurich/Bâle/Genève 2007

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6e éd., Zurich/Saint-Gall 2010

HÄSLER PHILIPP, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Berne 2005

JACOBS RETO, Gesundheitswesen und Kartellgesetz, in : Poledna Tomas/Jacobs Reto (éd.), Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Zurich/Bâle/Genève 2010, 1

KIESER ULRICH, Spitalliste und Spitalfinanzierung, PJA 1/2010, p. 61

MATTIG THOMAS, Grenzen der Spitalplanung aus verfassungsrechtlicher Sicht, Zurich 2002

MOSER MARKUS, Analyse der rechtlichen Grundlagen der Spitalplanung gemäss revidiertem KVG (BG vom 21.12.2007), 3 mai 2010

OESCH MATTHIAS, Evolution du droit des marchés en Suisse, La vie économique 3/2010, p. 5

OESCH MATTHIAS/ZWALD THOMAS, Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in : Oesch Matthias/Weber Rolf H./Zäch Roger (éd.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zurich 2011

POLEDNA TOMAS/DO CANTO PHILIPP, Gesundheitswesen und Vergaberecht – von der öffentlichen Aufgabe zum öffentlichen Auftrag, in : Poledna/Jacobs (éd.), Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Zurich 2010, pp. 71 ss

PRIESS HANS-JOACHIM, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2e éd., Cologne/Berlin/Bonn/Munich 2001

PÜNDER HERMANN, Grundlagen (section 1), in : Müller-Wrede Malte (éd.), Kompendium des Vergaberechts, Berlin 2008

RECHSTEINER PETER, Die Ausschreibungspflicht : Grundsatz mit vielen Ausnahmen, BR Sonderheft - DC cahier spécial 2004, p. 36

RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2e éd., Bâle 2011

RICHLI PAUL, Die Spitalliste – Ein Planungsinstrument mit Staats- und verwaltungsrechtlichen Geburtsgebrechen? in : Ruch Alexander/Hertig Gérard/Nef Urs Ch. (éd.), Das Recht in Raum und Zeit, Festschrift für Martin Lendi, Zurich 1998, p. 409

RÜTSCHE BERNHARD, Avis de droit à l'intention du canton de Berne : Steuerung der Leistungsmenge im Spitalbereich, 20 juin 2011

SAP (Direction de la santé publique et de la prévoyance sociale du canton de Berne), Liste des hôpitaux (« Listenspitäler und Pflegeheime als Auftraggeber im Sinne des öffentlichen Beschaffungsrechts »), 15 mars 2011 *(*cité en tant que *Liste des hôpitaux)*

SAP (Direction de la santé publique et de la prévoyance sociale du canton de Berne), Planification des soins 2011 - 2014 selon la Loi sur les soins hospitaliers (24 août 2011) *(*cité en tant que *Planification des soins)*

SCHALLER OLIVIER/TAGMANN CHRISTOPH, Kartellrecht und öffentliches Recht – neuere Praxis im Bereich des Gesundheitswesens, PJA 6/2004, p. 704

STÖCKLI HUBERT, Der subjektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in : Zufferey Jean-Baptiste/Stöckli Hubert (éd.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zurich/Bâle/Genève 2008

TRÜEB HANS RUDOLF, Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB), in : Oesch Matthias/Weber Rolf H./Zäch Roger (éd.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zurich 2011

TRÜEB HANS RUDOLF/ZIMMERLI DANIEL, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, ZBl 112 (2011) n° 3, p. 113

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3e éd., Berne 2011

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3e éd., Berne 2009

UHLMANN FELIX, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997

WALDMANN BERNHARD, Die Konzession – Eine Einführung, in : Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (éd.), Die Konzession, Zurich/Bâle/Genève 2011, p. 1

ZENGER CHRISTOPH A., Privatisierung im Gesundheitswesen ?, in : Wiegand Wolfgang (éd.), Rechtliche Probleme der Privatisierung, Berner Tage für die Juristische Praxis (BTJP) 1997, Berne 1998, p. 257

ZIMMERLI ULRICH, Auswirkungen des Abkommens über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens auf das Vergaberecht insbesondere der Gemeinden,

in : Cottier Thomas/Oesch Matthias (éd.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Berner Tage für die juristische Praxis (BTJP) 2002, Berne 2002, p. 153

ZWALD THOMAS, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (chap. J), in : Cottier Thomas/Oesch Matthias (éd.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht vol. XI, 2e éd., Bâle 2007

* * *