

L'HOPITAL MULTISITES EN VALAIS : EXISTE-T-IL UNE FORME JURIDIQUE IDEALE ?

Emmanuelle Ferrari

Mes remerciements vont tout particulièrement à M. Victor Gillioz pour tout le temps et les documents qu'il a bien voulu mettre à ma disposition, à M. le Professeur Olivier Guillod et à M. Jean-Charles Délèze du Service de la santé publique du Valais, pour les conseils prodigués, ainsi qu'à M. Luraschi, du service de la santé publique du Tessin.

1. LA MISE EN RESEAU DES HOPITAUX : REGARD SUR LE CONTEXTE HISTORICO-ECONOMIQUE

1.1 L'AUGMENTATION DES DEPENSES ET LES DIFFERENTES SOLUTIONS ENVISAGEES EN SUISSE

Pendant des décennies, la croissance des dépenses en matière de santé a été considérée comme l'expression d'un progrès économique et social. Le développement des services sanitaires faisait l'objet d'un consensus indiscuté entre les différents partenaires. Or ce consensus se fissure peu à peu, notamment en période de récession économique, tout particulièrement celle du choc pétrolier des années 70 et, plus récemment, en raison de la mise en doute de l'efficacité du système : malgré des dépenses toujours croissantes, la qualité des soins stagne et la satisfaction des patients diminue.

Désormais, le rapport entre l'augmentation des dépenses sanitaires et le PIB est vu sous un autre angle. On ne parle plus de progrès, mais d'explosion des coûts, tout est entrepris pour que l'on arrive à une maîtrise de ceux-ci. Etant donné que les soins hospitaliers sont apparus, dans un premier temps, comme les plus gros consommateurs de ressources, les premières mesures de réduction des dépenses de santé les ont concernés tout particulièrement¹.

Les modifications dans le mode de financement des séjours hospitaliers, du paiement à l'acte au paiement au forfait, du paiement au forfait journalier au paiement par cas, puis par pathologie, puis par diagnostic (APDRG), l'introduction de la concurrence entre les assureurs pour les soins de l'assurance de base, celle instaurée par le managed care américain (HMO,...) sont autant de tentatives pour contenir le flot des dépenses.

Malgré une multiplication des recherches dans le but de maîtriser les coûts, l'on doit admettre que la solution miracle n'existe définitivement pas.

En Valais comme dans d'autres cantons, il est aujourd'hui question de réseaux de soins.

Cette nouvelle approche pour organiser et gérer le système de santé met l'accent sur les besoins de la personne par opposition aux besoins des intervenants et des institutions. L'objectif est d'orienter le patient de manière adéquate à travers les différentes composantes du système de santé et de lui garantir la continuité des soins en veillant à une coordination optimale des différents intervenants et institutions.

Cette nouvelle culture du réseau est à la base des projets d'hôpitaux multisites². Mais les efforts d'intégration administrative et clinique des hôpitaux, de restructuration, de concentration des plateaux techniques ne représentent bien évidemment pas le seul moyen de maîtriser les coûts, ni la seule possibilité d'offrir des prestations de qualité. A moyen terme, il s'agira de former des réseaux

¹ Actuellement, le domaine hospitalier représente environ un quart des dépenses à charge de l'assurance obligatoire des soins (in FF du 15 août 2000, p. 3944). Plus précisément pour le Valais, les dépenses hospitalières représentaient en 1999 le 36 % de l'ensemble des dépenses sanitaires du canton et le 37 % de celles des assureurs. Il y a cependant lieu de nuancer les chiffres, en tenant compte des différentes catégories actuellement incluses dans le terme "soins hospitaliers", à savoir les soins stationnaires et ambulatoires. La répartition de la charge financière est en effet très différente d'une catégorie à l'autre (notamment, les soins hospitaliers ambulatoires sont entièrement à la charge de l'assureur et du patient).

² Pour plus de commodité, j'utiliserai dorénavant plutôt le terme de multisite pour désigner l'hôpital multisites.

régionaux de santé, englobant l'ensemble des prestataires de soins; ces réseaux régionaux devraient en outre permettre aux communes qui, de longue date, gèrent les hôpitaux régionaux, de recréer en partie l'autonomie qu'elles ont peu à peu perdue depuis les années 80 de par l'ingérence croissante de l'Etat dans sa volonté de maîtrise du système sanitaire.

L'idée du réseau repose sur les fondements théoriques suivants : la crise du système sanitaire est une crise d'efficacité liée à une double carence, de la régulation et de la coordination; du fait de la faible régulation, les producteurs du secteur ne portent pas une attention très soutenue au niveau des ressources qu'ils utilisent, en conséquence, ils en utilisent beaucoup; en raison du manque de coordination, la mise en œuvre des ressources et des compétences se fait de manière un peu approximative; les deux phénomènes contribuent respectivement et conjointement à limiter l'efficacité du secteur; le recours aux réseaux constitue un changement de l'organisation de l'activité sanitaire que l'on suppose précisément capable d'améliorer la régulation et la coordination, et par là, l'efficacité³. Cela contraint l'Etat à intervenir, dans un premier temps, au-delà de ce que voudrait le principe de subsidiarité.

1.2 LE CADRE HISTORIQUE, ECONOMIQUE ET CONSTITUTIONNEL

Les projets de mise en réseau, de fusion des hôpitaux ainsi que de création de multisites font partie intégrante de la politique sanitaire du canton et tout particulièrement des efforts de planification qui ont débuté en Valais dans les années 80 et ont fortement été encouragés, par la suite, avec l'adoption de la nouvelle loi fédérale sur l'assurance-maladie.

Le concept du multisite n'est en fait que l'aboutissement d'une série de mesures dont sont issues, notamment, l'adoption de la liste des établissements hospitaliers admis à pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire des soins, l'adoption d'une norme maximale de lits de soins aigus sur la base de l'analyse des besoins et l'attribution aux établissements hospitaliers des mandats de prestations pour les disciplines médicales de base et spécialisées.

Les projets pour les hôpitaux de Brigue et de Viège ainsi que pour ceux de Sierre, Sion et Martigny, de même que la fusion déjà réalisée des hôpitaux de Monthey et d'Aigle ont suscité plus que tout autre projet de changement des réactions et des discussions passionnées.

En parcourant l'histoire des hôpitaux valaisans à travers les débats qu'ils ont suscités au Grand Conseil de 1905 à ce jour, on peut comprendre ces réactions⁴. Au cours des décennies, les débats connaissent une répétition d'arguments étonnamment identiques (crainte d'une centralisation excessive, voire d'une cantonalisation et défense farouche des établissements régionaux). Cela n'a par conséquent jamais permis, en un siècle, d'aboutir à une coordination réelle entre les 6 hôpitaux de soins aigus, implantés déjà durant la première moitié du siècle à une époque où les voies de communication et les moyens de télécommunication que nous connaissons aujourd'hui n'existaient pas.

La structure du réseau hospitalier en soins généraux que l'on retrouve actuellement dans le canton résulte des options prises entre 1907 et 1920, période marquée par la conjonction de trois facteurs :

- La conception du rôle de l'Etat en matière d'hospitalisation, qui le réduisait à être un

³ Pierre Huard, Les réseaux de soins, version provisoire destinée aux étudiants du diplôme en économie et administration de la santé, avril 2000, chap. 1, p. 10.

⁴ Ces discussions sont notamment résumées dans P. Gilliard, Evolution et perspectives du système de santé, rapport du dpt de la santé, des affaires sociales et de l'énergie du Canton du Valais, octobre 1998, p. 10-14; P. Gilliard et P.-L. Girard, Planification hospitalière, rapport préliminaire, Service de la santé publique, juillet-novembre 1966, Historique.

bailleur de fonds occasionnel et un surveillant général à compétences très restreintes;

- Le caractère régional et même communal de la politique défendue au sein du législatif, d'où le refus de la création d'un établissement cantonal pour certains soins spécialisés, puis le dédoublement de l'équipement hospitalier pour le centre du canton et plus tard pour le Haut-Valais;
- Le manque de moyens financiers de l'Etat à partir de 1919, d'où l'abandon définitif du projet d'un établissement central pour certaines spécialités.

Ainsi l'ouverture en 1907 de l'hôpital-infirmerie du district de Monthey, en 1909 de l'hôpital-infirmerie de la région de Martigny, de l'hôpital régional de Brigue la même année et surtout, plus tard, la construction de deux établissements dans le Centre à la suite des discussions relatives à la création d'un hôpital cantonal dans les années 1917-1920, ont fixé si étroitement la structure hospitalière décentralisée du canton que celle-ci n'a jamais été sérieusement discutée depuis lors malgré les arguments techniques et financiers qui auraient pu, bien avant aujourd'hui, être avancés.

D'un point de vue historique, le Valais a toujours favorisé la création d'établissements sanitaires régionaux par rapport à une solution cantonale centralisée. Ce sont principalement les communes qui ont œuvré à la création de ceux-ci.

Contrairement à ce que laissent supposer les dispositions actuelles, entrées en vigueur dans ces quarante dernières années⁵, l'administration des hôpitaux était considérée comme une attribution communale d'après l'art. 4 ch. 16 de la loi du 2 juin 1851 sur le régime communal. Ceci est confirmé par l'art. 8 de la loi du 27 novembre 1896 sur la police sanitaire qui octroie au Conseil d'Etat la compétence de surveiller les établissements destinés au traitement des malades et appartenant notamment aux communes et aux bourgeoisies. De même, l'article 6 de la loi du 27 novembre 1877 déterminant les avois bourgeoisiaux affectés au service public des communes prévoit que les hôpitaux d'origine bourgeoisiale sont tenus de recevoir les malades non bourgeois envoyés par la commune, contre une modique indemnité, lorsque la place et l'ameublement le permettent. A l'origine, en effet, les bourgeoisies des grandes communes prirent l'initiative de créer des dispensaires sur leur territoire; ceux-ci étaient en priorité destinés aux bourgeois de la ville, mais tout le monde y avait en principe accès. Sièges de ces établissements, ces communes prirent un rôle croissant dans leur gestion. Au début du siècle, cette tâche devint cependant trop lourde à assumer par elles seules. De plus, le nombre de malades venant de l'extérieur de la commune-siège de l'établissement augmentait constamment. Il fallut donc trouver un moyen de faire participer leurs communes d'origine aux frais qu'ils occasionnaient. On vit alors se multiplier les accords avec les communes avoisinantes. Comme la loi sur le régime communal de 1951 ne prévoyait pas de règles particulières pour les associations de communes, celles-ci choisirent la seule forme juridique à leur disposition, à savoir la forme de droit privé.

La Constitution du canton du Valais du 8 mars 1907, à son article 19, enjoint l'Etat de "favoriser et subventionner l'établissement d'hôpitaux, de cliniques, et d'infirmes de district ou d'arrondissement (al. 1). Il peut aussi créer un établissement sanitaire cantonal (al. 2)." Cette retenue dans l'investissement cantonal se comprend mieux au regard des dispositions précédentes. Il ressort clairement des travaux préparatoires de cette disposition que, déjà au début du siècle, le canton n'a pas tenu à empiéter sur une prérogative communale et régionale⁶. Il s'est uniquement engagé à soutenir les communes dans l'accomplissement de cette tâche. Si celles-ci devenaient incapables de poursuivre efficacement leur action dans ce domaine en raison de la forme inadaptée de leur association, le Conseil d'Etat pouvait alors se fonder sur l'art. 100 al. 2 de la loi sur le régime communal pour les obliger à créer une association de communes de droit public.

⁵ Première modification avec la loi sur la santé publique de 1961, puis modification de la loi sur le régime communal en 1980, qui ne parle plus de cette attribution comme d'une tâche communale.

⁶ A ce sujet, voir les discussions du Grand Conseil in Bulletin des séances du Grand Conseil, session prorogée de novembre 1905, le 19 février 1906. D'aucuns seraient sans doute surpris de constater à quel point les discussions d'aujourd'hui ne sont qu'une répétition de celles d'autrefois !

Conforté par le préavis de la société médicale qui estimait préférable que le canton favorisât en premier lieu l'établissement d'une première ligne de secours sous forme d'hôpitaux régionaux, le Grand Conseil opta donc pour la réserve de l'alinéa 2, c'est-à-dire la mise en veille du projet de l'établissement cantonal.

Pour des raisons financières, les coûts de construction d'un hôpital cantonal ayant augmenté et les possibilités financières du canton s'étant restreintes, la non-entrée en matière sur la construction d'un établissement cantonal est votée en 1920. Le projet d'un hôpital cantonal fut ainsi enterré pour les années à venir.

L'article 19 Cst n'a subi aucune modification depuis son élaboration au début de siècle. Par son contenu, il marque la volonté du législateur de tenir le canton à l'écart de la gestion des hôpitaux régionaux, hormis en ce qui concerne les subventionnements; l'Etat se fixe ainsi dans un rôle de bailleur de fonds.

Jusqu'au milieu des années 80, la politique sanitaire du canton du Valais est, comme dans d'autres cantons ou d'autres pays, principalement hospitalo-centriste. La raison de cet état de fait est connue : l'Etat se concentre avant tout sur le financement des hôpitaux. Au cours du temps, il s'était en effet peu à peu constitué en contrôleur des comptes et des budgets, ce qu'impliquait son rôle vis-à-vis du Parlement. Dans le but d'éviter les gaspillages des moyens et compte tenu de la nature même des investissements médicaux, l'Etat porte donc une attention croissante à la planification hospitalière.

Or une véritable politique sanitaire implique une vision générale sur l'ensemble du champ sanitaire et doit s'intéresser à la qualité et à la cohérence de la prise en charge des soins de santé fournis à la population; elle demande en particulier une coordination entre les différents acteurs pour aboutir à une orientation optimale des patients dans le réseau de soins. La notion de réseau de soins coordonnés se répand ainsi de plus en plus comme mode d'intégration des divers services des prestataires de soins.

Les motifs qui ont poussé le gouvernement à encourager la création des multisites se résument d'une part par la volonté d'améliorer la palette et la qualité des prestations offertes aux patients des régions concernées grâce aux synergies réalisées et sans reporter trop lourdement cette amélioration sur les primes d'assurance-maladie ou sur les collectivités publiques, d'autre part, par le constat d'une importante diminution du nombre de journées de malades, des durées moyennes de séjour et du nombre de cas avec pour conséquence des hôpitaux surdimensionnés et des coûts trop élevés par rapport aux prestations fournies ainsi qu'une baisse de la qualité liée à une activité trop faible. A cela s'ajoute que le nouveau mode de financement des hôpitaux basés sur les prestations et non plus sur un forfait journalier, qui incitait à prolonger inutilement les séjours hospitaliers, aura pour conséquence un manque important de recettes pour les hôpitaux dont l'activité est moindre ou en diminution, et, enfin, que les exigences de la LAMal en matière de lutte contre les surcapacités hospitalières, le caractère non économique des prestations et la promotion de la qualité poussent à un renforcement de la collaboration entre les établissements.

Actuellement, l'intention du département et du Conseil d'Etat, par la mise en réseau des hôpitaux, est d'éviter deux écueils : celui de créer une superstructure centralisée semblable au Centre hospitalier universitaire vaudois, et celui de ne pas céder à l'illusion trompeuse qu'il est possible de développer dans chacun des 6 hôpitaux des "mini-CHUV"⁷.

1.3 LA DEFINITION

L'idée des hôpitaux multisites n'est en fait qu'une expression particulière du concept plus général de

⁷ In rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil de février 1999, p. 9.

réseau.

Un réseau de soins est un dispositif de coopération volontaire et structuré, doté d'une instance commune de direction qui engage les membres; fondé sur la complémentarité des institutions et des professionnels de la santé, il facilite la distribution rationnelle des soins⁸.

Un hôpital multisites est, quant à lui, composé de deux ou plusieurs bâtiments hospitaliers, situés en des lieux différents et formant une entité juridique unique; cette structure dispose d'une seule organisation administrative, avec un budget global géré par une direction générale, d'un collège médical intersites. Les sites fonctionnent en réseau, en instituant des liens avec les médecins praticiens, les établissements et les centres médico-sociaux de la région. Le but est de définir puis d'appliquer des politiques communes (salaires, facturation, achats, transports, urgences, formation continue, informatique, etc.) permettant un fonctionnement efficace, de répartir des services médicaux complémentaires et dûment coordonnés, bénéficiant d'une "masse critique" de patients afin d'utiliser les équipements de façon adéquate, en vue de réaliser des économies d'échelle et d'assurer une maîtrise des coûts, ainsi qu'un développement harmonisé à long terme, et surtout de garantir la sécurité des malades et la qualité des prestations⁹.

L'objet central des projets de planification est la création de trois réseaux hospitaliers en Valais, sans démantèlement du réseau actuel. Constitués de trois hôpitaux multisites, ces réseaux auraient dû s'organiser selon le modèle qui fait la distinction entre les hôpitaux "traditionnels" ou de "longs séjours", c'est-à-dire des établissements dotés d'infrastructures onéreuses permettant d'accueillir les cas sévères, et les hôpitaux "de jour" ou de "courts séjours", chargés de la médecine ambulatoire et des hospitalisations de courte durée des prestations; en raison des oppositions rencontrées, ce modèle a été abandonné au profit d'une liberté de répartition interne des disciplines médicales au sein de chaque multisite¹⁰.

1.4 LES BASES LEGALES ACTUELLES POUR LA MISE EN RESEAU DES HOPITAUX

A teneur de l'article 42 al. 1 Cst, la Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution. Dans le domaine sanitaire, les compétences de l'Etat fédéral consistent essentiellement à légiférer en matière d'assurance-maladie. Si la planification hospitalière a été, dans un premier temps, le résultat d'initiatives cantonales, voire régionales, elle fait cependant partie désormais des solutions en vue de la maîtrise des coûts imposées par la nouvelle LAMal¹¹.

On retrouve donc des prescriptions portant sur la mise en réseau tant à l'échelon fédéral, dans la LAMal, que cantonal, dans la loi sur la santé¹² ainsi que dans l'ordonnance sur la planification sanitaire et le subventionnement des établissements et institutions sanitaires¹³, comme on le verra plus en détail au prochain chapitre.

⁸ Etat de Vaud, Service de la santé publique, Comment créer un réseau de soins NOPS, juin 1998, p. 2-3.

⁹ in Projet de lignes directrices de la planification hospitalière et sanitaire, message d'accompagnement, février 2000, p. 11.

¹⁰ Cf la décision XII du Conseil d'Etat du 12 avril 2000.

¹¹ Voir, à ce sujet, la note n°20.

¹² Qui fait désormais référence à la législation fédérale, cf. art. 95 al. 2 LS, alors que dans sa version de 1961, modifiée en 1988, il n'était question que de la planification arrêtée par le Conseil d'Etat.

¹³ Dernière version du 1^{er} décembre 1999, mis en vigueur le 1^{er} janvier 2000

1.5 DE LEGE FERENDA

L'étape suivante passe par une planification cantonale coordonnée. L'initiative socialiste déposée le 9 juin 1999 et intitulée "La santé à un prix abordable (initiative-santé)" va dans ce sens et propose une modification de la Constitution fédérale afin d'attribuer plus de pouvoir à la Confédération dans ce domaine. En effet, force est de constater qu'à ce jour, chaque canton transforme l'organisation hospitalière et des services de soins, sans trop se préoccuper du canton voisin¹⁴. Le Conseil fédéral admet l'existence de lacunes dans la coordination, mais prétend que toutes les bases légales nécessaires à cette évolution sont actuellement à disposition. Il suffit, selon lui, de mettre en œuvre ces dispositions¹⁵.

¹⁴ J'exclus de cette réflexion les premières réunions d'hôpitaux sis sur plusieurs cantons (Monthey-Aigle, Estavayer-Le-Lac et la Broye).

¹⁵ Message concernant l'initiative populaire "La santé à un prix abordable" du 31 mai 2000, in FF du 15 août 2000, p. 3969.

2. LES BASES LEGALES

2.1 DE LA MISE EN RESEAU

Au cours des vingt dernières années, on a assisté à de nombreuses modifications législatives dans ce domaine, c'est ce que j'évoque dans le présent chapitre.

2.1.1 les dispositions de la loi sur la santé publique de 1961 (LSP)

A l'époque de l'élaboration de la loi sur la santé publique, qui est venue remplacer une loi sur la police sanitaire de 1896, la maîtrise des coûts et, partant, la planification hospitalière, ne font pas partie des préoccupations majeures du législateur.

Tout au plus figure au titre cinquième de la loi sur la santé, sous "établissements sanitaires et institutions sanitaires", au chapitre II, une série de dispositions réglant la participation de l'Etat à l'activité des établissements sanitaires publics.

Ainsi l'article 61 al. 1 LSP dispose que :

La reconnaissance en tant qu'établissement public est accordée par le Conseil d'Etat après enquête du Département. Cette reconnaissance peut être accordée:

- *aux établissements fondés par des corporations de droit public;*
- *à titre exceptionnel, à des établissements qui ne sont pas fondés par des corporations de droit public, pour autant que la nécessité s'en fasse sentir et qu'ils exercent leur activité en dehors de tout but lucratif, que leur tarif d'hospitalisation soit agréé par le Département.*

Cette disposition, que l'on retrouvera par la suite, avec quelques modifications, fixe le régime d'autorisation; celui-ci vise à garantir que les prestations offertes par les différents établissements et institutions sanitaires dans le canton répondent aux exigences d'hygiène, de qualité et de sécurité.

Suivent des dispositions concernant le mode de subventionnement de ces établissements, auquel l'Etat participe dans une part importante, tant pour les frais d'investissement que d'exploitation. Il est important de noter que c'est le Grand Conseil qui fixe et détermine les conditions et modalités de ces subventions. C'est donc au Parlement que revient la tâche de gérer, sous une forme sommaire, la planification (selon l'adage, "qui paie, décide").

Quand bien même le Conseil d'Etat exerce déjà une tâche de surveillance, il s'agit là essentiellement de questions de salubrité publique; la gestion du développement du réseau hospitalier et une tentative de la réglementer n'apparaîtront sur le devant de la scène qu'une vingtaine d'années plus tard.

2.1.2 la nouvelle de 1988

En 1984, une initiative lancée par la Fédération valaisanne des caisses-maladie et la Fédération des sociétés de secours mutuels du Valais a attiré l'attention sur l'importance accrue à donner à la santé

publique. Intitulée "Pour plus de justice sociale", cette initiative recherchait avant tout à mieux répartir les différentes dépenses entre collectivités publiques et caisses-maladie. Le gouvernement lui a opposé un contre-projet qui a abouti à la modification de la loi de 1961.

Le 17 novembre 1988, le Grand Conseil a adopté la loi sur la participation financière des collectivités publiques aux frais d'investissements et d'exploitation des établissements sanitaires publics qui modifie partiellement la loi sur la santé publique.

Dans cette révision partielle de la loi du 18 novembre 1961 sur la santé publique sont ancrés quatre principes fondamentaux :

- une modification importante de la répartition des frais entre les collectivités publiques (canton et communes) et les assureurs-maladie;
- une approche nouvelle de la santé publique à travers une planification permanente, dynamique et évolutive;
- la volonté d'intégrer activement tous les partenaires de la santé publique (médecins, hôpitaux, assureurs-maladie, collectivités publiques,...) à l'élaboration concertée des grandes lignes directrices de la politique sanitaire valaisanne;
- le transfert de la compétence de planification hospitalière et sanitaire au gouvernement.

Les idées-force qui fondent ce projet peuvent être résumées comme suit : augmenter la participation des collectivités publiques à la couverture des frais d'exploitation et d'investissements des établissements sanitaires, responsabiliser les communes face à l'évolution des dépenses hospitalières, tenter de maîtriser les coûts et redéfinir la notion d'établissements sanitaires publics reconnus par le Conseil d'Etat.

Certains de ces principes ont en outre été concrétisés et précisés dans le décret du 15 novembre 1989 sur le subventionnement des hôpitaux et ses dispositions d'application. Celui-ci contient les prémisses de toutes les dispositions ultérieures de planification et réglementation, à son article 20 traitant de la mission des hôpitaux, la répartition des disciplines au sein des hôpitaux (ce qui est une notion centrale pour la fondation du multisite¹⁶); cette disposition n'a pas été reprise dans les versions ultérieures du décret¹⁷, mais est remplacée par la notion de mandat de prestations, concept, à mon avis, beaucoup plus flou et indéfini.

Parmi les nouvelles dispositions de la novelle de 1988, il convient d'accorder une attention particulière à l'article 63bis LSP en vertu duquel les communes se voient obligatoirement rattachées à un hôpital régional et doivent ainsi participer à ses frais d'investissements et d'exploitation; la répartition de ces derniers est en outre réglée par une disposition particulière (art. 63 bis al. 3 LSP), dans la mesure où les communes ne s'entendraient pas. Enfin, pour la première fois, le terme de planification apparaît dans la loi; une commission de planification est créée à cette occasion¹⁸.

Introduisant la notion de planification sanitaire et hospitalière, la novelle a anticipé l'entrée en vigueur de la LAMal s'agissant de la priorité à accorder à la maîtrise des coûts. En outre, de par le concept de planification cantonale élaborée sur la base d'une concertation permanente des fournisseurs de prestations et des payeurs, la novelle offre des perspectives intéressantes de projets issus de consensus; elle est en effet garante d'un fonctionnement meilleur, plus démocratique et avec moins de risques de conflits majeurs¹⁹.

¹⁶ Voir à ce sujet le chapitre V consacré à l'exemple tessinois.

¹⁷ Avec la nouvelle loi sur la santé, le décret devient l'ordonnance sur la planification sanitaire et le subventionnement des établissements et institutions sanitaires.

¹⁸ Art. 21 et 22 du Décret.

¹⁹ Mais dont la mise en pratique semble plus difficile que la conception...!

2.1.3 la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)

La planification hospitalière fait désormais partie des solutions pour la maîtrise des coûts imposées par la nouvelle LAMal. Elle constitue un outil indispensable à la gestion de la politique sanitaire si l'on entend continuer à offrir à chaque patient des soins et un encadrement adéquat, à des coûts supportables.

Les nouvelles dispositions de la LAMal introduisent d'importantes obligations et charges pour les cantons, en particulier l'établissement d'une planification hospitalière (art. 39 LAMal), une participation accrue aux frais d'exploitation de la division commune des hôpitaux (art. 49 LAMal), la participation financière pour les hospitalisations hors canton médicalement justifiées (art. 41 al. 3 LAMal)²⁰.

A teneur de l'article 35 al. 1 LAMal, sont admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins les fournisseurs de prestations qui remplissent les conditions fixées aux articles 36 à 40.

Aux termes de l'article 39 al. 1, les établissements et celles de leurs divisions qui servent au traitement hospitalier de maladies aiguës ou à l'exécution, en milieu hospitalier, de mesures médicales de réadaptation (hôpitaux) sont admis s'ils :

- garantissent une assistance médicale suffisante;
- disposent du personnel qualifié nécessaire;
- disposent d'équipements médicaux adéquats et garantissent la fourniture adéquate des médicaments
- **correspondent à la planification établie par un canton ou, conjointement, par plusieurs cantons afin de couvrir les besoins en soins hospitaliers, les organismes privés devant être pris en considération de manière adéquate;**
- **figurent sur la liste cantonale fixant les catégories d'hôpitaux en fonction de leurs mandats.**

L'article 49 LAMal dispose :

- al. 1. Pour rémunérer le traitement hospitalier, y compris le séjour à l'hôpital (art. 39, 1er al.), les parties à une convention conviennent de forfaits. Pour les habitants du canton, ces forfaits couvrent au maximum, par patient ou par groupe d'assurés, 50 pour cent des coûts imputables dans la division commune d'hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics. Les coûts imputables sont établis lors de la conclusion de la convention. **La part des frais d'exploitation résultant d'une surcapacité, les frais d'investissement et les frais de formation et de recherche ne sont pas pris en compte.**
- al. 6. Les hôpitaux calculent leurs coûts et classent leurs prestations selon une méthode uniforme; ils tiennent, à cet effet, une comptabilité analytique ainsi qu'une statistique de leurs prestations. Les gouvernements cantonaux et les partenaires tarifaires peuvent consulter les pièces. Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution à cet effet.
- al. 7. Les gouvernements cantonaux et, au besoin, le Conseil fédéral font procéder à la comparaison des frais d'exploitation entre hôpitaux. Les cantons et les hôpitaux doivent fournir les pièces nécessaires à cet effet. **Si la comparaison montre que les coûts d'un hôpital se situent nettement au-dessus des coûts d'hôpitaux comparables ou si les**

²⁰ Dans la mesure où la Confédération ne dispose, dans le domaine sanitaire, que de compétences restreintes, mise à part celle de légiférer sur l'assurance-maladie (cf art. 117 ss Cst féd.), on peut s'interroger sur l'existence d'une véritable base constitutionnelle pour édicter des prescriptions en matière de planification hospitalière... ne s'agit-il pas plutôt d'un tour de force permettant à l'Etat fédéral d'augmenter ses pouvoirs ?

pièces présentées par un hôpital sont insuffisantes, les assureurs peuvent dénoncer la convention prévue au 5^e alinéa de l'article 46 et demander à l'autorité qui approuve (art. 46, 4^e al.) de réduire les tarifs dans une juste mesure.

Si la LAMal n'attribue pas directement aux assureurs la tâche de planification hospitalière, compétence qui demeure aux mains des cantons, il convient néanmoins de relever à ce stade le rôle et les moyens de pression importants donnés par cette loi aux assureurs, par exemple pour refuser des conventions avec les hôpitaux ou d'autres fournisseurs de prestations ou pour recourir contre des décisions de planification cantonale jugées insuffisantes. Les assureurs se voient désormais placés comme les garants du respect des objectifs de la loi fédérale et, en tant que financeurs d'une grande partie des prestations, les moteurs de la réforme; ils doivent donc trouver les incitatifs qui entraîneront les changements salutaires notamment pour le système hospitalier²¹.

Ainsi, il leur est loisible de refuser de financer les surcapacités hospitalières (art. 49 la. 1 LAMal), de refuser des conventions tarifaires en raison d'une transparence insuffisante (art. 49 al. 7 LAMal) ou de recourir contre une planification hospitalière jugée insuffisante (art. 53 al. 1 LAMal).

2.1.4 La nouvelle loi valaisanne sur la santé

Afin de se conformer à ces nouvelles exigences de droit fédéral, mais aussi en raison des transformations survenues dans l'environnement socio-économique (apparition de nouvelles pathologies, relâchement des tissus sociaux, progrès technologiques, vieillissement de la population, déficits publics, etc.), le législateur valaisan a entrepris une importante révision de sa législation sanitaire.

La loi sur la santé du 9 février 1996 (LS) comporte ainsi plusieurs articles sur la planification hospitalière que ne contenait pas précédemment la législation cantonale. Ces dispositions sont impératives et leur non-respect peut entraîner des sanctions importantes de la part de l'Etat²² et, indirectement par le biais de la LAMal, de la part des assureurs.

Aux termes de l'article 4 al. 1 LS, le Conseil d'Etat définit, par la planification sanitaire, la politique cantonale en matière de santé et exerce la haute surveillance sur l'organisation sanitaire cantonale.

La planification sanitaire porte notamment sur l'évaluation des besoins, la définition des objectifs, la définition des régions sanitaires, la liste des établissements sanitaires et, nouveauté par rapport à la novelle de 1988, sur **la coordination de l'action des différents partenaires**, par exemple au moyen des réseaux de santé régionaux (art. 95 LS). Cette disposition donne compétence au Conseil d'Etat pour définir la planification, sa politique sanitaire (al. 1), son étendue (al. 2), les statistiques utiles (al. 3) et les moyens financiers nécessaires à leur réalisation (al. 4).

Le gouvernement s'est vu donc octroyer le rôle d'arbitre; il dispose de moyens de coercition en cas de difficultés dans la concertation entre les acteurs concernés, comme la possibilité de refuser à un hôpital le versement des subventions (art. 97 et 98 LS). Le législateur a édicté une ordonnance précisant les modalités d'octroi du subventionnement qui a récemment été mise à jour²³. La loi sur la santé et ses ordonnances d'application offrent, en créant une base pour de nouveaux modes d'allocation des ressources et de financement orientés vers la performance, les moyens de donner vie aux mesures de planification, de piloter le système de santé, de corriger les dysfonctionnements,

²¹ Je n'entre pas ici sur des considérations critiques de telles dispositions; il faut cependant relever que c'est sans doute avec raison que certains acteurs du système sanitaire s'insurgent contre la puissance sans cesse croissante des assureurs dont il n'est en rien garanti qu'ils oeuvrent et oeuvreront pour le bien commun.

²² Art. 129 et 130 LS.

²³ Ordonnance sur la planification sanitaire et le subventionnement des établissements et institutions sanitaires du 1^{er} décembre 1999.

d'inciter les acteurs à des comportements économiques, d'améliorer encore leurs performances et d'accroître leur autonomie.

Si la mise en réseau n'est pas une exigence de maîtrise des coûts énoncée dans le droit fédéral ou dans le droit cantonal, les injonctions répétées de planification, de coordination entre les prestataires de soins ne peuvent être véritablement interprétées autrement dans un canton où les surcapacités hospitalières sont manifestes. Il n'est en effet plus possible, de par les progrès de la médecine et l'évolution des traitements, de par l'amélioration des voies de communication (autoroutes, voies carrossables accédant à toutes les zones d'habitation,...), de justifier la rentabilité de 5 hôpitaux de soins aigus – sans compter le multisite chablaisien -dans un canton de quelques 300'000 habitants²⁴.

Le canton du Valais n'est bien sûr pas le seul à avoir entrepris de telles démarches, les cantons de Vaud, du Tessin sont deux autres exemples de la tendance actuelle de mise en réseau. Dans un prochain chapitre, je me propose d'examiner plus en détail le système tessinois.

2.1.5 Les treize décisions du Conseil d'Etat

Afin de concrétiser les objectifs de planification hospitalière contenus dans la nouvelle loi sur la santé et de pousser les hôpitaux à se réorganiser en conséquence, le Conseil d'Etat a élaboré un programme d'application sous forme de treize décisions, rendues publiques en avril 2000.

Leurs points forts peuvent être schématiquement résumés comme suit :

- création de trois réseaux hospitaliers en Valais, constitués de trois hôpitaux multisites,
- zones hospitalières calquées désormais sur ces trois réseaux et élaboration de directives approuvées par le Conseil d'Etat pour préciser les modalités de la participation financière des communes aux frais des établissements hospitaliers auxquels elles sont rattachées,
- définition plus précise des hôpitaux multisites qui forment une entité juridique unique,
- recommandation de la forme juridique de la "Fédération associative" ou d'une "société commune d'exploitation" (Haut-Valais) pour les hôpitaux multisites,
- répartition des activités médicales entre les sites selon des principes généraux figurant dans les décisions,
- octroi de garanties concernant la planification, les ressources, le personnel, la qualité, la protection des divers partenaires,
- fixation d'un calendrier d'application.

Le gouvernement, optant toujours pour une politique de concertation, a déterminé, par ces 13 décisions, des objectifs à atteindre en vue faire progresser au plus vite la planification hospitalière; il a néanmoins cherché à ne rien imposer²⁵.

Il faut noter qu'aujourd'hui ces tractations sont loin d'avoir abouti et que le calendrier préalablement établi n'a pas été respecté²⁶. Les hôpitaux régionaux, c'est-à-dire leur conseil

²⁴ Selon certains critères internationaux, un réseau de soins (c'est-à-dire un hôpital de soins aigus et des fournisseurs de prestations complémentaires) serait suffisant pour un bassin de population d'environ 150'000 habitants (cf Cahier des charges en vue de la négociation d'un contrat de prestation, NOPS, Service de la Santé publique de l'Etat de Vaud, novembre 1998, p. 6). On en est encore loin aujourd'hui en Valais avec ses 5 hôpitaux de soins aigus...

²⁵ Cette absence de prise de pouvoir peut être interprétée aussi comme une volonté de ne pas trop s'engager.

²⁶ Le délai au 30 juin 2000 pour déposer des statuts de multisite approuvés par les assemblées primaires, selon les décisions IV et V du Conseil d'Etat.

d'administration et les assemblées générales des associations, ont clairement marqué leur refus de suivre les injonctions étatiques, notamment au motif qu'il n'existait aucune garantie à la pérennité des installations actuelles²⁷. La saga suit donc son cours à l'automne.

Il n'en reste pas moins que la mise en réseau hospitalière aura certainement lieu et que la question de la forme juridique doit être examinée. C'est ce que je me propose de faire dans le prochain chapitre.

2.2 DE LA STRUCTURE ORGANISATIONNELLE DES HOPITAUX EN VALAIS

2.2.1 Exigences de la loi sur la santé (LS) et de la loi sur le régime communal (LRC)

Pour des raisons historiques et politiques, les hôpitaux régionaux valaisans se sont constitués, je l'ai évoqué, sous la forme d'association de communes de droit privé.

Si, à une certaine époque, les communes étaient libres de faire partie ou non des associations de communes hospitalières et ainsi de participer aux frais des établissements hospitaliers et à leur gestion – la loi de 1961 est muette sur une obligation de subventionnement –, dès 1988, avec la modification de la loi et l'élaboration du décret sur le subventionnement, les communes sont obligatoirement rattachées à une zone hospitalière et, par conséquent, tenues de participer aux frais d'investissements et d'exploitation (art. 63bis LSP). Avec l'entrée en vigueur de la loi sur la santé de 1996, les communes doivent en outre se regrouper en association de droit public ou de droit privé pour gérer l'hôpital régional, sous peine de se voir refuser les subventions cantonales²⁸.

L'organisation structurelle des établissements hospitaliers est régie par des principes dont les fondements se trouvent dans la loi sur le régime communal et dans la loi sur la santé.

Selon le titre cinquième de la loi valaisanne sur le régime communal de 1980, les groupements de commune peuvent prendre différentes formes juridiques. A teneur de l'article 96, pour des tâches qu'elles entreprennent de leur propre initiative dans l'intérêt public, les communes peuvent, sur la base du droit privé, collaborer entre elles ou avec des tiers. Cela forme la base légale pour la création d'une association de droit privé. En vertu de l'article 97, les communes peuvent conclure une convention pour l'exploitation d'un service public sans personnalité juridique ou de services administratifs; ce serait le cas d'une entente intercommunale. Enfin, selon l'article 100 de cette loi, les communes ont la faculté de s'associer en vue d'accomplir, en commun, des tâches communales ou régionales déterminées ou d'intérêt public, c'est-à-dire sous forme d'association de droit public. Ces trois formes sont dès lors théoriquement envisageables pour la gestion d'un hôpital au regard de la LRC.

Cependant, en vertu de l'article 98 lit. f LS, les hôpitaux subventionnés reconnus d'intérêt public doivent prendre la forme d'une association de droit public ou de droit privé et inclure toutes les communes de la zone hospitalière.

La loi sur la santé pose donc à cet égard des exigences plus strictes que la loi sur le régime communal. En tant que *lex specialis*, la loi sur la santé doit, à mon avis, primer celle-là.

La législation cantonale qui, dans un premier temps, laissait aux communes beaucoup d'autonomie dans leur façon de gérer "leurs" établissements hospitaliers, s'oriente, dès le début des

²⁷ Cf notamment article du 29 juin 2000 dans le journal de Martigny; il s'agit toujours surtout de la question de la garantie d'une médecine de proximité.

²⁸ Cf art. 98 lit f LS.

années 90, vers plus de restrictions. En effet, ayant disposé durant de nombreuses années d'une grande liberté de gestion voire de participation, ces dernières se voient chargées de plus en plus de responsabilités financières; le but explicite de ces prescriptions cantonales est de responsabiliser les communes en vue de contrôler l'explosion des coûts – les communes ont en effet tendance à se prétendre propriétaires des hôpitaux, mais à se décharger de toute forme de responsabilité -; ces transferts de charges financières vont néanmoins de pair avec un droit institutionnalisé dans la gestion des hôpitaux²⁹; le législateur cantonal essaie ainsi d'encourager les communes à prendre une part plus active dans la direction des établissements auxquels elles sont rattachées³⁰.

Cependant, face à l'explosion des coûts de la santé et à l'impossibilité des associations de communes à s'entendre sur une maîtrise de ceux-ci, le droit public fédéral et cantonal a fortement réduit leur liberté de gestion.

En plus des dispositions précitées de la loi sur la santé de 1996 concernant les compétences accrues du Conseil d'Etat et, indirectement, des assureurs, ainsi que celle imposant une forme juridique déterminée, quelques autres articles restreignent ou précisent les compétences et les responsabilités des communes. Ainsi, en ce qui concerne, par exemple, les dépenses non retenues des hôpitaux, c'est-à-dire non conformes à la planification et aux règles de subventionnement, les communes sont tenues d'en supporter la charge (art. 99 al. 3, 100 et 101 LS)³¹.

Le projet de loi de 1996, soumis au Grand Conseil en octobre 1995, prévoyait comme unique forme juridique celle de l'association de communes de droit public, beaucoup mieux adaptée, selon les rapports d'experts³², à la législation sanitaire et au rôle qu'elle confie aux communes. Cette forme présenterait notamment les avantages suivants : un renforcement de l'autonomie des associations qui gèrent les hôpitaux régionaux; la mise sur pied d'égalité de toutes les communes de la zone hospitalière, une répartition des frais entre elles plus équitable et la fin de l'insécurité juridique³³. Cette solution ne semble cependant pas avoir retenu les faveurs des députés et le texte finalement retenu contient deux formes à choix : l'association de droit privé et celle de droit public.

Actuellement donc, les 6 hôpitaux de soins aigus du Valais sont la propriété d'associations de droit privé des articles 60ss CC, dont les membres sont en majorité des communes. Pourvues de statuts relativement similaires, ces six associations de communes sont dotées d'organes, l'assemblée générale, constituée de représentants dont la procédure de nomination et le nombre varie d'une association à l'autre dans une volonté de rechercher un certain équilibre entre les différents

²⁹ Art. 16 lit. b) du Décret du 15 novembre 1989 sur le subventionnement des hôpitaux.

³⁰ L'idée est de "garantir l'effectivité du droit des communes de participer aux organes d'administration des associations qui possèdent et exploitent des hôpitaux. Il ne suffit pas d'offrir aux communes la possibilité de siéger à l'assemblée générale ou dans le conseil d'administration, si ces organes ne remplissent que des tâches secondaires. En effet, le but de la loi ne pourra être atteint que si les décisions importantes relatives à la gestion de l'hôpital sont prises directement par le conseil de direction ou un organe analogue. Afin d'éviter un affaiblissement de la position des communes dans les associations, il importe alors de fixer de manière précise quelles sont les compétences minimales qui reviennent à l'assemblée générale et au conseil d'administration, ce qui limitera d'autant le pouvoir du conseil de direction". Avis de droit de Sprumont, complément d'information, déc. 1992, p.2-3.

³¹ Contrairement à ce qui avait été interprété dans un premier temps à partir du décret de 1988, les propriétaires des hôpitaux et donc responsables de ses charges financières ne sont pas seulement les associations de droit privé, mais aussi les communes qui en sont membres.

³² Cf Rapport intermédiaire au Conseil d'Etat du groupe de travail chargé d'examiner les problèmes juridiques relatifs au statut des établissements hospitaliers subventionnés, avril 1993, p. 4 ss et Sprumont, Rapport sur les avantages et les inconvénients de la forme de l'association de communes de droit public dans le cadre de l'organisation hospitalière, février 1993.

³³ En effet, le maintien de la forme de droit privé est source d'insécurité juridique, notamment en ce qui concerne les voies de droit en cas de litiges, ce qui sera examiné plus en détail dans le chapitre consacré aux différentes forme juridiques envisageables.

membres, un conseil d'administration, un comité de direction, un directeur et un organe de contrôle. Ces associations poursuivent toutes le même but, à savoir l'exploitation d'un ou plusieurs établissements sanitaires, aux fins d'assurer, aux meilleures conditions, l'hospitalisation des habitants des communes associées³⁴.

2.2.2 Des problèmes de compatibilité de la structure actuelle avec la législation?

Il convient de noter que la forme de droit privé des établissements sanitaires publics est conforme au droit cantonal actuel, que ce soit par rapport à la loi sur la santé ou à celle sur le régime communal³⁵, et au droit fédéral qui s'abstient de toute réglementation relative à la structure juridique des hôpitaux.

En raison du principe de l'autonomie du sujet qui prévaut dans le droit privé, on pourrait prétendre que les dispositions cantonales et fédérales sur la planification hospitalière limitent illégalement le mode de fonctionnement de ces établissements; cependant, il convient de noter que ces limites existent uniquement dans la mesure où ces derniers désirent bénéficier de subventions cantonales et communales. Il n'y a dès lors pas d'atteinte à leur autonomie en tant que sujet de droit privé.

Reste la question de la base légale sur laquelle s'est fondé le législateur pour inclure toutes les communes dans les associations de droit privé. En effet, selon la doctrine, nul ne peut être contraint à devenir membre d'une association de droit privé. Cette règle comporte toutefois quelques exceptions. L'obligation de participer à une association peut se fonder soit sur un engagement contractuel, soit sur une règle impérative de droit public. Elle a pour corollaire le droit de participer à cette association³⁶. L'article 98 lit. f de la loi sur la santé, qui fixe la participation obligatoire des communes aux associations hospitalières, en tant que règle de droit public cantonal, offre ainsi une base légale suffisante et impérative à ce devoir de participation. Aucune commune n'a d'ailleurs recouru contre cette disposition, ni celle précédemment entrée en vigueur par la nouvelle de 1988.

³⁴ Cf les statuts des hôpitaux régionaux.

³⁵ art. 98 lit.f LS et art. 100 al. 1 LRC.

³⁶ Hans Michael Riemer, Das Personenrecht, die Vereine, Systematischer Teil und Art. 60-79 ZGB, 3^{ème} éd. Berner Kommentar, Berne 1990, ad. Art. 70, n° 74ss.

3. L'HOPITAL MULTISITES : QUELLE FORME JURIDIQUE ?

3.1 LES FORMES ENVISAGEABLES

Plusieurs formes juridiques sont théoriquement envisageables pour la création d'un multisite et chacune présente des avantages et des inconvénients. Il s'agit donc de dégager leurs caractéristiques afin de déterminer la forme la plus appropriée au cas d'espèce, compte tenu de la complexité du domaine de la santé et des multiples implications. Cette analyse vise à mettre en évidence, dans ses grandes lignes, la structure la mieux adaptée pour atteindre les objectifs d'efficacité, c'est-à-dire de maîtrise des coûts dans un contexte de soins de haute qualité, tout en respectant au mieux l'ordre politique établi.

Dans la mesure où le Conseil d'Etat valaisan s'est prononcé en faveur de la création d'un multisite, c'est-à-dire d'une seule entité juridique³⁷, je n'examinerai pas d'autres formes de collaboration plus souple, telles que les alliances ponctuelles ou les accords partiels. Ceux-ci auraient certes pu être envisagés, mais ils ne sont désormais plus d'actualité.

Au nombre des formes susceptibles d'atteindre ce but, l'on peut considérer les suivantes :

- La société simple
- La société anonyme
- L'association de droit privé
- L'association de droit public
- La fédération associative

La fusion d'associations est à considérer à part, dans la mesure où il s'agit non pas d'une forme juridique à proprement parler, mais du processus particulier de transformation de structures existantes en une nouvelle forme juridique.

D'emblée, j'ai écarté de mon analyse certaines formes juridiques, soit parce qu'elles n'ont jamais été envisagées comme solutions possibles dans les discussions qui ont eu lieu jusqu'ici, soit parce qu'elles ne me paraissent pas pouvoir correspondre aux exigences requises par une telle mise en réseau; je ne traiterai notamment pas de la société coopérative, dont le but, imposé par la loi, de favoriser ou garantir des intérêts économiques déterminés à ses membres, qui, en outre, doivent être, lors de sa fondation, au nombre de sept au moins³⁸, ne me paraît pas adapté au projet du multisite. Je n'examinerai pas non plus les caractéristiques de la société à responsabilité limitée, forme conçue essentiellement pour une petite entreprise, dans laquelle on recherche un lien entre une responsabilité limitée et une participation personnelle de ses membres³⁹, dont le capital social, déterminé à l'avance, ne peut dépasser deux millions, autant de caractéristiques guère compatibles avec le projet de réunion de trois hôpitaux, de leur plateau technique et des montants que cela représente. Enfin, je ne m'attarderai pas sur la fondation, constituée d'un ensemble de biens affectés à un but précis, conséquence non pas d'un accord de volontés, mais d'un acte unilatéral de celui ou

³⁷ Cf la définition au chapitre I.

³⁸ art. 828 al. 1 CO.

³⁹ A. Meyer-Hayoz/P. Forstmoser, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, Bern 1993, p. 344.

de ceux qui affectent certains biens à ce but⁴⁰, but qui est, en principe déterminé par son/ses fondateurs une fois pour toutes dans l'acte de création, liant les organes de décision, et, que, en l'absence de membres, seule une autorité judiciaire ou de surveillance peut modifier sous certaines conditions. Il s'agit donc d'une forme juridique rigide et statique⁴¹ peu applicable au projet de mise en réseau avec toute la complexité qu'une telle organisation entraîne .

Il y a lieu, tout d'abord, de distinguer entre les personnes morales de type associatif et celles de type social, en rappelant que seules les secondes peuvent poursuivre un but économique⁴².

3.1.1 Les sociétés

Par société, l'on entend toute organisation corporative poursuivant en principe un but économique. C'est la caractéristique qui la distingue de l'association, dont le but ne peut être que purement idéal.

Il s'agit bien entendu de distinguer le but des moyens utilisés pour l'atteindre, c'est pourquoi l'exploitation d'une entreprise commerciale n'est pas d'emblée exclue dans la poursuite d'un but idéal.

L'article 530 CO, qui concerne la société simple, constitue en fait une définition générale de toute société, soit "un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent d'unir leurs efforts ou leurs ressources en vue d'atteindre un but commun." Elle se base sur l'idée que la société est le cadre d'organisation d'un partenariat. Ce partenariat sera plus ou moins complet, plus ou moins exigeant et contraignant suivant la forme juridique choisie.

Toute société se caractérise donc par un contrat, un regroupement de personnes, physiques ou morales, un but commun et une collaboration.

Fondamentalement, la société est un contrat, c'est-à-dire un échange de manifestations de volontés concordantes visant à produire l'effet juridique correspondant à l'accord⁴³.

A la différence de l'association, au lieu de ne servir que les intérêts des associés, le contrat de société peut les dépasser en les subordonnant à un intérêt supérieur, celui de la société; en donnant naissance à une société, il crée une entité plus ou moins indépendante des associés.

L'intensité de la collaboration entre les associés varie selon la forme, le type, la taille de la société. Elle est en général plus forte dans les sociétés de personnes que dans les sociétés de capitaux, dans les petites sociétés que dans les grandes.

3.1.2 Société de personnes ou société de capitaux ?

Il s'agit d'une distinction classique. Tandis que la société anonyme est la société de capitaux par excellence, c'est-à-dire dans laquelle les moyens mis à disposition de la société sont prépondérants, la société simple est une société de personnes, pour laquelle compte l'engagement personnel des sociétaires.

Il est difficile de déterminer quel type de société conviendrait le mieux à une mise en réseau des

⁴⁰ R. Patry, Précis de droit suisse des sociétés, Vol. I, Berne 1976, p. 83.

⁴¹ Meyer-Hayoz/Forstmoser, op. cit., p. 35

⁴² Le but est économique lorsqu'il vise des avantages exprimables en argent en faveur de ses associés, autrement dit lorsqu'il vise l'amélioration de la situation patrimoniale de ses associés. Il peut être pécuniaire ou matériel. R. Ruedin, Droit des sociétés, Berne 1999, n° 441.

⁴³ art. 1 CO.

hôpitaux; si les apports sont, de prime abord, essentiellement matériels⁴⁴, il n'en demeure pas moins que, bien que les communes ne soient pas des personnes au sens de cette distinction, leur engagement dans la réalisation et le fonctionnement du projet est fondamental.

Quand bien même cette distinction ne permet pas, comme telle, d'effectuer un choix entre les formes juridiques possibles, les règles relatives à chacune de ces deux catégories, souvent très différentes, - le droit de vote par tête ou en fonction de la valeur des actions, la répartition des dettes sociales, etc. - peuvent néanmoins jouer un rôle important dans le choix et l'analyse qui va suivre.

3.1.3 la société simple

La société simple est régie par les articles 530 ss du Code des Obligations.

Cette forme juridique constitue sans aucun doute la forme sociale la moins évoluée, soit aussi la moins contraignante, celle où la loi laisse la plus grande liberté aux parties d'établir le contenu de leur contrat, de l'adapter à leurs besoins et à leurs buts⁴⁵. Il s'agit d'une société de personnes, ce qui a notamment pour conséquence que celle-ci ne peut survivre que difficilement à un changement de sociétaire.

Elle consiste en fait essentiellement en un contrat de partenariat, liant des associés, et ne possédant pas la personnalité juridique. Il suffit que, par contrat, chaque associé s'engage à unir ses efforts ou ses ressources avec ceux des autres.

L'absence de personnalité juridique implique que la société simple ne possède pas une existence juridique indépendante de celle de ses associés et n'existe que par la pluralité de ceux-ci. Cela implique aussi que les associés répondent personnellement, de façon illimitée et solidairement pour toutes les dettes de la société. Cela implique enfin que les décisions sont en principe prises à l'unanimité.

Contrairement aux sociétés commerciales, la société simple n'est pas destinée à exploiter une entreprise commerciale, selon la doctrine dominante⁴⁶, mais à coordonner certaines activités d'autres sociétés ou de personnes physiques. Elle est essentiellement conçue pour réaliser une œuvre limitée temporellement, ou pour une réunion d'un petit groupe de personnes, jouissant de peu de droits communautaires. En l'absence d'une disposition claire, l'interdiction d'exploitation d'une entreprise commerciale peut se déduire de l'article 934 CO qui impose une inscription au registre foncier pour toute société exploitant une entreprise commerciale et du fait que la société simple n'a ni l'obligation, ni le droit de se faire inscrire dans un tel registre⁴⁷.

De par l'interdiction d'exploiter une entreprise commerciale, mais aussi de par le fait qu'elle ne possède pas la personnalité juridique, l'on peut considérer que la société simple se prêtera très difficilement à la mise en réseau. En effet, l'hôpital a clairement été défini comme une exploitation commerciale par une jurisprudence non contestée du Tribunal fédéral⁴⁸. Il paraît dès lors difficile de considérer différemment le multisite. En outre, l'absence de personnalité juridique a de nombreuses conséquences peu conciliables avec les exigences de la gestion d'un hôpital multisites. La société simple n'a ni jouissance, ni exercice des droits civils, elle ne peut donc être propriétaire, ni acquérir quoi que ce soit, elle ne peut ni être actionnée en responsabilité civile, ni même être partie à un procès, en l'absence d'organe, seuls les associés peuvent la représenter, elle ne peut manifester

⁴⁴ Immeubles, appareillages techniques,...

⁴⁵ Patry, op. cit, Vol. I, p.197.

⁴⁶ Riemer, op. cit., n° 303, p. 130 et les auteurs cités.

⁴⁷ Meyer-Hayoz/Forstmoser, op. cit., p. 92.

⁴⁸ ATF 80 I 383.

aucune volonté propre et reste donc parfaitement liée à ses membres fondateurs. On imagine mal par quel détour un partenariat aussi libre pourrait être le destinataire des subventions étatiques, qui représentent le 50 % du budget des établissements hospitaliers par obligation légale, et répondre aux exigences des lois sanitaires.

Il faut relever enfin que, pour les associations de communes ou les communes elles-mêmes, si les associations étaient dissoutes, un tel contrat représenterait un risque important, puisqu'en vertu des principes énoncés ci-dessus, elles se verraient imputer, par effet de cascade, toutes les opérations coûteuses et déficitaires dont le multisite serait le producteur.

Cette forme aurait certes pu être envisagée à titre intermédiaire, dans un premier temps de collaboration plus flexible entre hôpitaux. Actuellement les volontés, particulièrement celles étatiques, vont plus loin si bien que cette étape est dépassée. En effet, la maîtrise des coûts nécessite un droit de regard plus conséquent sur la gestion et le fonctionnement d'une collaboration, de même que des organes compétents pour mener à bien un tel but social.

3.1.4 la société anonyme

La société anonyme se forme sous une raison sociale, possède un capital-actions déterminé à l'avance, divisé en actions, et contracte des dettes qui ne sont garanties que par son actif social (art. 620 al. 1 CO).

Envisager la société anonyme comme forme juridique possible dans le contexte de la création d'un hôpital multisites peut paraître surprenant. En effet, la société anonyme est fondamentalement conçue pour exploiter une entreprise commerciale d'une certaine importance, nécessitant des capitaux, impliquant également de grands risques. Ses objectifs essentiellement financiers, dégager des bénéfices pour les redistribuer à ses actionnaires, paraissent peu compatibles avec l'aspect social de la prise en charge hospitalière. Pourtant, l'évolution de la gestion sanitaire, la volonté de rentabilité, même dans les domaines sociaux, poussent l'Etat à se tourner vers des formules nettement plus compétitives et plus proches de la vision de l'entrepreneur. Dans ce sens, la société anonyme correspond mieux à un hôpital considéré d'abord comme une entreprise, à plus forte raison un hôpital multisites avec le budget, l'activité et les postes de travail qu'il représente. C'est pourquoi il n'est donc pas absurde d'envisager cette forme pour le multisite.

C'est ainsi que la forme juridique de la société anonyme a été envisagée par et pour le Haut-Valais en tant que société d'exploitation du multisite. Le projet prévoyait que les communes, dont les compétences dans ce domaine ont été fortement restreintes, resteraient propriétaires des immeubles et les gèreraient. Pour le reste, elles confieraient la gestion à une société hôtelière et de soins, administrée et dirigée par des professionnels. Les associations deviendraient actionnaires de la nouvelle société.

La société anonyme se distingue par son capital-actions, une fortune sociale minimale de 100'000 fr. à constituer lors de la fondation de la société. Il s'agit d'une garantie pour les créanciers, permettant d'absorber les pertes d'apports subies par la société. Ce capital se constitue, dans un premier temps, grâce à des apports des associés, apports en espèce (liquidité) ou en nature (biens matériels, immatériels, prestations, etc.). Ce capital doit être libéré à concurrence du 20 %, mais au minimum de 50'000 francs (art. 632 CO).

Le capital social de la société anonyme est divisé en actions, soit au porteur, soit nominatives. La différence essentielle entre ces deux types de papiers-valeurs est leur transmissibilité. L'action au porteur, comme son nom l'indique, est propriété de celui en main de qui elle se trouve et passe donc facilement, sans autre formalité, d'un titulaire à un autre. L'action nominative est titularité de celui dont le nom y figure, sa transmission nécessite dès lors une déclaration écrite, un endossement (art. 684 CO); en outre, son transfert peut être statutairement restreint, c'est-à-dire subordonné à l'approbation de la société (art. 685a al.1 CO). Le refus de transfert doit se fonder sur un juste motif; sont considérées comme justes motifs les dispositions concernant la composition du cercle

des actionnaires qui justifient un refus eu égard au but social ou à l'indépendance économique de l'entreprise (art. 685b al. 1 et 2 CO).

La société n'a donc aucune prise sur la trajectoire des actions au porteur, tandis qu'elle peut surveiller le transfert des actions nominatives.

Les organes de la société anonyme sont les suivants : une assemblée générale, un conseil d'administration et un organe de révision (chap. III , art. 698 ss CO). L'assemblée générale possède des pouvoirs inaliénables énumérés à l'article 698 CO; le conseil d'administration, doit être constitué d'un ou plusieurs membres qui doivent être des actionnaires, ou, lorsque les actionnaires sont des personnes morales, de délégués de celles-ci, il est l'organe exécutif de la SA (sous réserve de l'instauration d'une direction); enfin, l'organe de révision, doit être doté de qualifications professionnelles particulières (condition de l'art. 727 al. 1 ch. 3 réalisée pour l'hôpital multisites).

Les décisions de l'assemblée générale sont prises à la majorité absolue, - c'est-à-dire à 51 % -, à moins que les statuts n'en décident autrement (art. 703 CO). En outre, une majorité qualifiée est nécessaire pour la prise de décisions importantes (art. 704 CO). Aucun quorum n'est requis; une assemblée constituée de nombreux membres peut être ramenée à une taille "gérable", dans la mesure où la représentation entre actionnaires est largement admise⁴⁹.

A part ceux qui en assument la gestion, les actionnaires d'une société anonyme ne s'investissent pas personnellement dans ses activités. Ils ne sont pris en considération qu'en fonction de leur mise de fonds. Ainsi, le droit de vote exercé dans les assemblées générales est en principe proportionnel à la valeur nominale de toutes les actions qui appartiennent à l'actionnaire (art. 692 al. 1 CO). L'influence sera donc fonction de l'investissement fait par chacun. Les statuts peuvent néanmoins prévoir que le droit de vote s'exercera proportionnellement au nombre d'actions de chaque actionnaire sans égard à leur valeur nominale, de telle sorte que chaque action donne droit à une voix. Cette exception est cependant limitée à certaines attributions, précisément énumérées, de l'assemblée générale (art. 693 al. 1 et 3 CO). Elle est applicable pour autant que la société émette des actions de valeurs différentes. Enfin, la société peut limiter, dans les statuts, le nombre de voix attribué au porteur de plusieurs actions (art. 692 al. 2 CO).

La constitution d'un multisite avec l'apport des hôpitaux régionaux (immeubles, installations techniques et autres biens) permet de remplir sans autre la condition légale du capital minimal. Il se pose cependant différentes questions à ce stade quant à la mise en œuvre dans les statuts des dispositions énoncées.

Il faut tout d'abord accorder un regard particulier à la répartition du droit de vote, de par son rôle stratégique primordial. Deux variantes sont envisageables : soit l'assemblée générale du multisite, constitué en société anonyme, est composée des communes, celles-ci étant les actionnaires directes de la SA , soit l'assemblée générale est constituée des associations, qui sont les seuls actionnaires de la SA, les actions étant ensuite réparties entre celles-ci et distribuées au sein de chaque association aux différentes communes. Le nombre de délégués et de voix est fonction des actions détenues par l'un ou l'autre type d'actionnaires. Dans un cas comme dans l'autre, les communes appartenant aux associations dont les apports auront été les plus conséquents⁵⁰ bénéficieront ainsi de la possibilité d'obtenir une plus forte participation sociale et donc des pouvoirs plus étendus. Quelle que soit la variante choisie, le problème posé est strictement identique et se résume aux questions suivantes : faut-il tenir compte du poids respectif de chaque association ou commune en leur accordant un nombre d'actions différent selon la valeur des apports effectués ou faut-il éliminer toute différence entre elles et leur donner le même poids en limitant statutairement⁵¹ le nombre de voix pour un porteur de plusieurs actions ?

⁴⁹ Art. 689 al. 2 CO et art. 627 ch. 10 CO *a contrario*.

⁵⁰ Il faudra en outre déterminer la valeur des apports; il est cependant évident que l'hôpital dont les installations techniques sont neuves aura plus de valeur que celui qui n'a subi aucune transformation depuis 15 ans...

⁵¹ Art. 692 al. 2 CO.

Se pose aussi la question de savoir si la clef de répartition des actions selon l'une ou l'autre variante permet vraiment de tenir compte du rôle joué par chaque commune et particulièrement par la commune préciput ? L'avantage économique, évident⁵² pour la commune sur laquelle se situe l'hôpital, implique un fort lien entre l'hôpital et celle-ci : toute modification dans l'organisation hospitalière aura nécessairement beaucoup d'impact sur cette commune; cette dernière devrait donc bénéficier d'un statut à part dans l'assemblée générale.

Il apparaît assez naturellement que la solution de maintenir les associations de communes comme actionnaires permet un meilleur respect des droits acquis. En effet, rien n'empêche les associations actionnaires de prévoir des règles de répartition internes tenant compte des aspects évoqués ci-dessus, puisque c'est l'association en tant que telle qui détient les actions et non les communes. Par contre, il semble plus difficile de mettre sur pied d'égalité les différentes associations, tant leurs apports vont être différents. Le choix de cette seconde variante comporte néanmoins le risque de voir une association prendre la direction de la société de par l'impact financier qu'elle représente⁵³. Peu de règles permettent cependant d'éviter ce danger inhérent à une société de capitaux.

La participation éventuelle de l'Etat cantonal et des caisses d'assurance-maladie à la société anonyme est un autre problème important à résoudre. Faut-il leur ouvrir l'accès à l'actionariat, et selon quelles proportions, faut-il leur donner un statut d'observateur, ou faut-il les laisser en dehors de l'organisation ? On sait que l'Etat comme les assurances jouent un rôle prépondérant dans la planification hospitalière et jouissent d'une position particulière, étant donné qu'ils financent, pour la plus grande partie, le fonctionnement des hôpitaux. Doivent-ils être, pour ces raisons, des actionnaires? J'aurais tendance à exclure cette participation aussi bien pour l'Etat cantonal que pour les caisses d'assurance. Pour devenir actionnaire, l'Etat devrait acquérir des parts en échange d'apports; dans le projet de l'hôpital multisites, soit dans une union d'associations de communes et une fusion d'hôpitaux régionaux, un tel rôle ne s'impose pas, à mon avis; il en irait différemment s'il s'agissait de créer un hôpital cantonal. Pour ce qui est des caisses-maladie, leur but social ne devrait pas les amener à participer à de telles activités commerciales. En outre, ces deux acteurs possèdent *de lege et de facto* des pouvoirs et un droit de regard importants sur l'hôpital; il n'y a donc pas lieu de leur accorder une position privilégiée en les incluant dans l'assemblée générale.

Reste à examiner, à ce stade, une dernière question, celle du transfert d'actions. En effet, l'hôpital multisites sera en main des communes ou des associations en application d'une clé de répartition des actions subtile et précise; permettre dès lors un transfert facile, rapide et sans contrôle des actions pourrait mettre l'équilibre de la société en danger. C'est pourquoi l'émission d'actions au porteur ne paraît pas souhaitable. De même, la transmission d'actions nominatives devrait être soumise à l'approbation de la société, conformément à l'article 685 a al.1 CO; en effet, il s'agit de préserver le cercle d'actionnaires initial et donc le but social de la société en empêchant des investisseurs privés, des personnes physiques, etc. d'acquérir des parts du multisite.

D'autres dispositions régissant la société anonyme soulèvent également quelques questions dans leur application au cas d'espèce; je me contenterai cependant de les résumer ci-dessous.

La disposition concernant les dettes de la société pose problème dans le cas de l'hôpital multisites; en effet, celles-ci sont, d'après le texte légal, couvertes exclusivement par l'actif social; les actionnaires ne peuvent en aucun cas être recherchés pour ces dernières (art. 620 al.1 et 2 CO). Or la plupart des statuts des associations⁵⁴ prévoient actuellement que les communes garantissent solidairement et subsidiairement le service de la dette et le déficit éventuel d'exploitation non

⁵² Ainsi la loi sur la santé prévoit une prise en charge financière plus importante pour celle-ci : art. 99 al. 3 lit. c LS.

⁵³ La question de l'influence de chaque association en fonction de son impact financier se pose aussi dans le cas de la fédération associative ; lors des discussions qui sont rapportées plus loin une proposition minoritaire a fait état de la volonté d'attribuer les postes au Conseil d'administration en rapport avec le chiffre d'affaire de chaque établissement. Cf chapitre sur le CHR, paragraphe " pierres d'achoppement ".

⁵⁴ Hormis Sierre et Brigue; il s'agit en fait d'une obligation légale (art. 101 LS).

couvert par les subventions de l'Etat⁵⁵. Il est par conséquent difficile d'imaginer comment concilier cette règle avec l'absence de responsabilité des actionnaires⁵⁶; cela entraînerait par ailleurs une contradiction notable avec la législation cantonale, comme on le verra plus loin.

Selon l'article 660 al. 1 CO, tout actionnaire a droit à une part proportionnelle du bénéfice résultant du bilan, pour autant que la loi ou les statuts prévoient sa répartition entre les actionnaires. Il s'agit là d'une caractéristique de la société anonyme⁵⁷. Cependant les statuts peuvent prévoir que ce bénéfice ne sera pas distribué aux actionnaires. De toute manière, l'existence même d'un bénéfice pour le multisite est douteuse. Il est difficile d'imaginer comment un hôpital subventionné pourrait redistribuer des montants aux actionnaires, alors que ceux-ci proviennent en majorité des deniers publics. Néanmoins, la forme de la société anonyme présente l'avantage, dans la lutte pour la maîtrise des coûts, d'utiliser une forme juridique dont le but visé est de faire des bénéfices, ce qui pourrait faciliter la gestion efficace et efficiente du multisite. Il faut donc mettre en balance ces différents aspects.

Les statuts peuvent prévoir des dispositions particulières pour protéger les minorités ou certains groupes d'actionnaires (art. 709 al. 3 CO). Cette disposition a un intérêt tout particulier dans le cas du multisite et devrait permettre à toutes les communes ou, pour le moins, à toutes les associations de se voir correctement représentées, en tenant compte des plus petites d'entre elles.

Le Conseil d'administration, dont le choix des membres représente un défi politique, peut déléguer à des tiers la gestion de la société (art. 716 a al. 1 ch. 5 CO). Cela permet d'ajouter aux organes légaux notamment une direction médicale, une direction administrative, organes qui répondent des mêmes devoirs que le conseil d'administration (art. 717 al. 1 CO)

Contrairement à la forme de l'association qui sera examinée ci-dessous, la société anonyme est réglementée de façon quasi exhaustive dans le Code des obligations. Il est par conséquent laissé peu de liberté aux fondateurs d'une telle société et celle-ci constitue un type relativement contraignant.

Dans la vie économique, la forme de la société anonyme connaît toujours plus d'adeptes en raison de ses différentes caractéristiques : l'actionnaire n'est tenu que des prestations statutaires et ne répond pas personnellement des dettes sociales (art. 620 al. 2 CO) et la société anonyme repose sur la prestation financière de chacun et non sur la personnalité des actionnaires. Elle présente cependant de nombreux aspects qui sont difficilement compatibles avec la législation cantonale actuelle, aspects que j'examinerai plus loin sous chiffre 3.3.

3.1.5 L'association de droit privé

L'association de droit privé est une personne morale organisée corporativement, poursuivant un but non économique, mais pouvant exploiter une entreprise commerciale⁵⁸. Sous réserve de dispositions statutaires contraires, seule la fortune sociale répond des dettes. L'association peut se présenter sous différentes formes, que ce soit de droit public ou de droit privé, régie par le droit fédéral ou cantonal.

La doctrine admet que des communes ou des collectivités publiques se regroupent sous la forme

⁵⁵ Je reviendrai plus particulièrement sur l'application de ce principe dans un chapitre ultérieur.

⁵⁶ Une solution existe peut-être; elle consisterait à fixer cette obligation, relevant du droit public, dans un contrat indépendant du contrat de fondation de la société. Cela éviterait ainsi les différentes contradictions évoquées ci-dessus.

⁵⁷ gewinnstrebig

⁵⁸ Ainsi, l'exploitation d'un hôpital par une association de communes est admise de longue date par la jurisprudence; ATF 107 II 44 cons. 1a.

d'associations de droit privé pour remplir des tâches d'intérêt public⁵⁹.

Seule l'association de droit privé est régie par les articles 60 ss CC. On pourrait cependant imaginer une association de droit public cantonal qui appliquerait ces dispositions à titre de droit cantonal supplétif; étant donné, cependant, que la législation valaisanne a expressément prévu des règles concernant l'association de droit public de communes, je me référerai directement à celles-ci plus loin.

L'association possède la personnalité juridique et ce, dès que la volonté d'exister en tant que corporation se traduit dans des statuts écrits (art. 60 al. 1 CC). Il s'agit de l'unique exigence posée par la loi. Contrairement au droit des sociétés, celui des associations n'impose aucune règle en terme d'apports (en ressources ou en effort). Une association inscrite au registre du commerce est néanmoins soumise à des prescriptions plus strictes en application des articles 97 ss de l'Ordonnance sur le registre du commerce⁶⁰.

Parmi les différentes formes d'organisation corporative, l'association se distingue tout particulièrement de la société anonyme en raison du rôle joué par ses membres; en effet, il s'agit d'une corporation axée essentiellement sur la personnalité et les capacités de ceux-ci plutôt que sur leur participation financière⁶¹.

Elle se distingue également par la liberté que lui accorde le droit fédéral par comparaison avec d'autres formes de personne morale, ce qui en fait du droit avant tout dispositif. En effet, tant dans la constitution que dans la configuration interne d'une association, il est laissé à ses fondateurs beaucoup d'autonomie. Il existe cependant quelques dispositions impératives de la loi (art. 63 al. 2 CC). En outre, d'après la doctrine et la jurisprudence, les statuts doivent avoir un contenu minimum : ils doivent indiquer le but, les moyens et l'organisation de l'association⁶².

En vertu de la loi, l'association doit être dotée de deux organes : l'assemblée générale et la direction (art. 64 et 69 CC). Statutairement, il peut être prévu d'autres organes.

La première est le pouvoir suprême de l'association. Contrairement aux dispositions réglementant la société anonyme qui, en l'absence de disposition légale ou statutaire, présument la compétence du conseil d'administration, les règles de l'association accordent une clause générale de compétence à l'assemblée générale (art. 65 al. 1 CC). Il faut cependant y apporter la réserve que les pouvoirs de celle-ci peuvent être singulièrement limités dans les statuts (art. 63 al. 1 CC).

Dans le cas d'une association formée de personnes morales, l'assemblée générale peut statutairement être remplacée par une assemblée de délégués⁶³, ce qui correspond à une forme de démocratie représentative, - contrairement à l'assemblée générale qui est une forme de démocratie directe -. Cela permet de réduire le nombre de représentants, mais peut présenter l'inconvénient de moins bien garantir le respect des minorités existant au sein de la personne morale.

Aux termes de l'article 67 al. 2 CC, les décisions sont prises à la majorité des voix des membres présents; ceci n'est cependant pas une disposition impérative et une autre majorité, la majorité simple, peut être prévue dans les statuts. Quant à la double majorité⁶⁴, elle pourrait être envisagée pour des objets d'une importance particulière.

En vertu d'une règle de droit dispositif, tous les sociétaires ont un droit de vote égal dans l'assemblée générale (art. 67 al. 1 CC).

La direction est l'organe exécutif qui a le pouvoir de représentation de l'association à l'extérieur.

⁵⁹ Riemer, op. cit., ad art. 70 n° 7.

⁶⁰ Ce qui vaut pour l'hôpital multisites.

⁶¹ Meyer-Hayoz/Forstmoser, op. cit., p. 388.

⁶² Notamment ATF 88 II 209 cons. 2 et Riemer, op. cit., ad art. 60 n° 33.

⁶³ Riemer, op. cit., p. 416 n° 8.

⁶⁴ Par exemple une majorité de tous les votants et, en plus, une majorité des personnes morales.

La loi ne donne aucune précision quant à l'origine de ses membres.

Partant de l'idée que les associés effectueront eux-mêmes un contrôle sur leur association, la loi ne prévoit pas d'organe de révision.

A ce stade de la réflexion, il convient de faire quelques remarques quant à une application au cas du multisite.

Concernant l'assemblée générale, il sied de noter qu'en raison de la clause générale de compétence, il serait utile de délimiter très clairement les pouvoirs de l'assemblée de délégués. En effet, dans la mesure où cet organe pourrait être d'une taille importante (il faudra tenir compte de la représentation de chaque association ou de chaque commune, si les associations actuelles sont dissoutes, en fonction de leur poids respectif⁶⁵), on devrait par ce moyen éviter l'inertie inhérente à une telle structure. Par ailleurs, des majorités décisionnelles raisonnables et compatibles avec la gestion d'un pareil projet devraient être prévues dans les statuts. Ensuite, étant donné le principe de l'égalité du droit de vote dans l'assemblée générale (pour autant qu'il ne soit pas modifié statutairement), le nombre de représentants par communes ou associations devrait être fixé de façon précise dans les statuts; il ressortira d'un calcul complexe dont certains éléments reposent sur des considérations politiques, comme c'est le cas d'ailleurs pour toutes les autres formes juridiques traitées. J'en reparlerai dans le chapitre consacré au Centre hospitalier rhodanien.

Pour ce qui est de la direction, il semblerait judicieux de choisir ses membres, comme le permet la loi, en dehors des associations membres ou des communes⁶⁶, que ce soit pour l'entier ou une partie de cet organe. Cela pourrait permettre de désigner des personnes extérieures aux éventuels conflits intercommunaux. Ces dernières devraient bien sûr rendre compte de leur gestion devant l'assemblée générale, ce qui permettrait aux communes de conserver un droit de regard sur "leur hôpital".

Devant l'ampleur d'une association telle que celle qui gèrera le multisite, il paraît inconcevable de ne pas se munir d'un organe professionnellement qualifié pour la révision des comptes, comme l'exige d'ailleurs le droit de la société anonyme. Rien ne s'oppose à ce que cela soit prévu dans les statuts.

Trois autres aspects du droit associatif méritent d'être soulignés dans une perspective concrète. Le premier a trait à la responsabilité des associés en cas de dettes. Sauf disposition statutaire contraire, seule la fortune de l'association répond des engagements faits par elle (art. 99 ORC). Cependant, en l'absence de réglementation dans les statuts, les membres de l'association contribuent dans une mesure égale aux dépenses que rendent nécessaires le but social et l'acquittement des dettes (art. 71 al. 2 CC). Ce partage équitable entre associés, à moins qu'il soit librement choisi par les associations de communes et inscrit comme tel dans les statuts, serait contraire aux dispositions cantonales qui régissent la participation aux frais non retenus⁶⁷. Afin d'éviter toute difficulté d'interprétation, il semble donc nécessaire de reprendre dans les statuts soit le texte des dispositions de la loi sur la santé, soit de fixer une clé de répartition. Le mode de participation aux dépenses non couvertes par les subventions paraît d'emblée moins complexe à réglementer que dans le cas de la société anonyme.

Le second a trait à la détermination des ressources de l'association. A teneur de l'article 97 ORC, l'inscription au registre du commerce doit mentionner les ressources (lit. e). Il faut donc déterminer quels sont "les biens" qui demeurent en possession des anciennes associations, et ceux qui doivent être transférés à la nouvelle structure; il va en effet de soi que cette dernière ne peut vivre sans ressources. D'après les discussions menées jusqu'à aujourd'hui, l'idée serait de laisser le patrimoine immobilier en main des associations de communes et de transférer les autres biens (appareillages, etc.) à l'hôpital multisites.

⁶⁵ Cf le paragraphe consacré à la fusion.

⁶⁶ ATF 73 II 1 : pour autant que les statuts ne s'y opposent pas; dans le même sens, Riemer et les auteurs cités, op. cit., ad art. 69, p. 545 n° 16.

⁶⁷ Voir art. 101 LS.

Le dernier aspect concerne l'admission et la démission des sociétaires. Aux termes de l'article 70 al. 1 CC, l'association peut en tout temps recevoir de nouveaux membres. Ceci ne signifie cependant pas une obligation de respect du principe de porte ouverte, comme cela est exigé pour la société coopérative⁶⁸, et l'entrée de nouveaux membres devrait pouvoir être restreinte⁶⁹. Cela paraît essentiel dans une telle association de communes dont l'intérêt de voir s'ajouter de nouveaux sociétaires est relativement limité. Chaque sociétaire est autorisé à sortir de l'association, pourvu qu'il annonce sa sortie six mois avant la fin de l'année civile ou, lorsqu'un exercice administratif est prévu, six mois avant la fin de celui-ci (art. 70 al. 2 CC).

Ces deux dispositions posent problème au regard des dispositions cantonales, tout particulièrement la question de l'adéquation de celles-ci avec le principe d'adhésion obligatoire prévue dans la loi sur la santé. La constitution valaisanne envisage aussi une adhésion obligatoire possible⁷⁰, dont on peut se demander si elle n'est pas contraire au droit fédéral. La doctrine tend à admettre, cependant, que dans certains cas bien précis, notamment en vertu d'un devoir légal particulier, l'on peut contraindre une personne à adhérer à une association⁷¹.

L'association de droit privé est la forme adoptée par la totalité des établissements hospitaliers en Valais⁷². Elle permet aux communes de participer au contrôle de l'ensemble hospitalier auquel elles sont rattachées. C'est en outre la forme prévue par la loi cantonale sur la santé⁷³.

L'utilisation de la forme de l'association de droit privé pour le multisite me paraît envisageable dans deux hypothèses. Soit l'on fonde une nouvelle association; il convient dans ce cas de recourir à une fusion des anciennes associations qui disparaissent en tant que telles. Soit l'on constitue une fédération d'associations; cela permet de conserver la structure avec les organisations actuelles. La variante, proposée à un certain moment par le Haut-Valais, de créer une association d'exploitation en-dessous des associations actuelles ne correspond, à mon avis, à aucune forme juridique réalisable et poserait de nombreux problèmes de répartition de compétences entre celles-ci.

3.1.6 La fédération associative⁷⁴

Une association d'une certaine importance peut être subdivisée en sections dont le statut va de la simple unité organisationnelle et administrative à celui d'entité juridique à part entière, en tant qu'association dans l'association. *In casu*, il s'agira clairement de la deuxième variante puisque des associations avec personnalité juridique existent déjà. La subdivision en sections se justifie pour des raisons de lieu (fédération supra-régionale, section par régions), pour des raisons de matière (les sections ont chacune une spécialité) ou encore pour des raisons de personne (section junior, senior, etc.). Le droit de l'association, contrairement par exemple au droit de la coopérative, ne connaît pas de dispositions particulières pour les fédérations, c'est donc le droit général des associations qui trouve application.

La constitution d'une fédération n'exige pas nécessairement une suite chronologique : la section peut avoir existé comme association auparavant, elle peut être créée en même temps ou

⁶⁸ Cf art. 839 CO.

⁶⁹ Meyer-Hayoz/Forstmoser, op. cit., p. 397.

⁷⁰ art. 71 al. 2 Cst

⁷¹ H. M. Riemer, op. cit., ad art. 70 n° 81 ss.

⁷² Hormis l'hôpital du Chablais qui a réalisé aujourd'hui sa fusion; l'hôpital de Monthey était originairement organisé sous forme de société à responsabilité limitée.

⁷³ A ce propos, il y a lieu de noter que la liberté associative est fortement restreinte par les règles contenues dans la loi cantonale sur la santé, notamment à son article 98.

⁷⁴ Largement inspiré de Riemer, op. cit., p. 211 ss.

postérieurement.

Les statuts de la fédération sont prépondérants; c'est pourquoi les statuts des sections devront s'adapter aux premiers, hormis pour les questions de détail qui ne lient qu'une seule section, sans conséquence pour les autres.

Dans l'hypothèse de sections⁷⁵ avec personnalité juridique, deux variantes sont à leur tour possibles : soit les sections font partie de la fédération en tant que telles et elles seules, soit les membres des sections sont eux-mêmes membres de la fédération à titre individuel, à l'exclusion des sections. Je me propose d'en examiner quelques aspects ci-dessous.

Dans le cas où la section est seule membre, les droits et devoirs au sein de la fédération n'incombent alors qu'aux sections et en aucun cas aux membres de celles-ci. En particulier, seules les sections peuvent attaquer une décision de l'assemblée générale. L'organisation des droits et devoirs des sections est en principe réglée par les statuts de la fédération qui peuvent cependant laisser des plages d'autonomie aux sections. Les dispositions statutaires peuvent notamment réglementer le mode et la forme de la représentation des sections au sein de la fédération. Contrairement à la réglementation de la fédération coopérative (art. 922 CO), les statuts de la fédération associative ne doivent pas nécessairement prévoir le nombre de délégués à l'assemblée générale. En l'absence d'une telle disposition, c'est alors la règle topique de l'article 67 al. 1 CC qui s'applique : chaque section a droit au minimum à un délégué avec une voix. Si chaque section possède plusieurs délégués, c'est l'article 922 al. 3 CO qui est applicable par analogie. L'idée de donner à un seul délégué plusieurs voix et de lui confier des instructions n'a pas les faveurs de la doctrine⁷⁶ qui craint pour le respect de minorités au sein des sections.

En revanche, dans le cas où chaque membre de l'association est membre à titre individuel de la fédération, il y a une double appartenance, chacun des membres de la section étant membre de la fédération. Par contre, les sections ne sont elles-mêmes pas membres de la fédération. Le rapport entre les sections et la fédération est dès lors un rapport de nature contractuelle et non d'affiliation, dont le contenu ressort tant des statuts que d'accords particuliers. Dans ce cas comme dans le précédent, la fédération ne doit pas forcément être organisée strictement selon les articles 64 ss CC; elle peut par exemple prévoir statutairement que son organe principal soit une assemblée de délégués.

Dans les deux variantes se pose la question de la responsabilité. Dès le moment où la décision prise par une section implique des conséquences pour la fédération, elle agit comme organe de fait de la fédération; cette dernière en porte la responsabilité. On relèvera qu'elle peut donc s'y opposer, de même que chacun de ses membres. Par contre, lorsque les effets d'une décision prise par une section se reportent sur elle seule, il y a lieu de la considérer comme unique responsable et d'admettre qu'elle n'a pas agi en tant qu'organe de la fédération.

La doctrine, de même que la jurisprudence fédérale et cantonale, admettent une certaine intensité des liens entre sections et fédération⁷⁷. Ainsi, l'interdiction faite à une section de quitter la fédération est admissible, de même que la restriction de la liberté de modifier ses statuts. Ces limitations ne sont cependant admissibles que pour autant qu'elles aient une base légale, contractuelle ou statutaire et qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre juridique, notamment au droit de l'association.

Entre ces deux variantes, le choix, de nature politique, porte principalement sur une plus grande représentativité des communes dans la seconde, ou sur un professionnalisme et une efficacité accrue dans la première. L'efficacité tiendra alors à un nombre plus restreint de délégués, ainsi qu'à leur meilleure connaissance des problèmes traités. Par ailleurs, en restreignant la qualité de membre aux associations de communes, on évite les risques inhérents à une assemblée de délégués très – trop –

⁷⁵ Le terme de section dans ce cas est critiqué par une partie de la doctrine, cf Riemer, op. cit., p. 218 n° 508.

⁷⁶ Riemer, op. cit., p. 223 n° 517.

⁷⁷ Riemer, op. cit., p. 227 n° 530.

volumineuse. En effet, former une assemblée de délégués de chaque commune implique pour chacune d'elle la nécessité de se faire représenter par des personnes dûment informées et rend les prises de décision au sein de cet organe d'autant plus délicates et aléatoires que le nombre de délégués est élevé. Au contraire, limiter la représentation aux associations offre la possibilité que les délégués au sein des organes associatifs, par exemple de la direction, les représentent dans la fédération, ce qui faciliterait le passage de l'information d'une structure à l'autre.

Une réserve s'impose cependant : les organes exécutifs des associations membres sont appelés à œuvrer en symbiose avec l'organe exécutif de la fédération, et cela dans des matières où ce dernier occupe une position dominante (il suffit de penser aux budgets, comptes et gestion intégrés de la fédération et des associations membres). Dans le meilleur des cas – celui de la bonne entente entre le conseil d'administration de la fédération et les exécutifs des associations – la fonction de contrôle qui incombe à l'assemblée générale tendra singulièrement à s'affaiblir. En cas de tension ou de conflits entre ces deux organes, ceux-ci pourront s'aggraver à l'occasion des assemblées générales, les membres des exécutifs d'association étant tentés de s'opposer aux mesures imposées par le conseil d'administration dans le cadre de ses compétences propres. En résumé, le contrôle d'un exécutif supérieur par les membres d'exécutifs partiellement subordonnés paraît source de problèmes, d'autant plus qu'il s'agit de structures évolutives. Idéalement, il vaudrait donc mieux restreindre le nombre de délégués, désignés par les communes membres, et les choisir hors des exécutifs des associations⁷⁸.

La liberté laissée par l'article 69 CC a pour conséquence que le conseil d'administration de la fédération et sa direction peuvent être formés sans autre de personnes extérieures aux associations, comme déjà évoqué plus haut dans le cas de l'association. Cela permet en outre de créer des conseils mixtes, formés aussi bien de personnes membres que non-membres de l'association. Les statuts peuvent également prévoir l'inclusion de membres à voix consultative. Lorsque cet organe est constitué de plusieurs personnes, il y a lieu de nommer un président. Sa nomination et son rôle – a-t-il voix prépondérante ou pas -, de quel milieu est-il issu, etc., doivent faire l'objet d'une réglementation précise.

Dans le cas d'espèce, la proposition a été faite de nommer un président extérieur aux associations, choisi par le Conseil d'Etat⁷⁹, mais cette proposition ne semble pas avoir retenu l'attention des acteurs en présence.

La fédération peut-elle se contenter des cotisations des sections et de la fortune de chacune d'elle individuellement ou doit-elle disposer d'une fortune propre ? Dans la mesure où, comme pour l'association, les statuts de la fédération doivent prévoir les ressources à sa disposition, il y aura nécessairement lieu de lui transférer un certain nombre de biens matériels.

La fédération associative présente des avantages certains, notamment grâce au maintien possible des associations actuelles et, partant, de la simplification des démarches à effectuer par rapport à un changement radical de structure. Elle offre en outre, avec ses deux variantes, une certaine souplesse dans les modalités de représentation des membres. Sa plus grande faiblesse reste que, en tant que forme juridique de droit privé, elle ne prend pas en compte l'évolution actuelle du droit dans le domaine sanitaire.

Il convient de signaler que l'option de la fédération a été retenue par le Conseil d'Etat pour le Centre hospitalier rhodanien et inscrite dans l'une des treize décisions d'avril 2000. Je reviendrai sur des aspects concrets dans le chapitre consacré au CHR.

⁷⁸ On retrouve alors les difficultés évoquées dans les paragraphes précédents : mode d'attribution des délégués par commune, sans préteriter les minorités, difficulté de trouver et de former des personnes suffisamment compétentes dans le domaine.

⁷⁹ Il existe là une forte ressemblance avec le modèle tessinois dont je traiterai au chapitre V.

3.1.7 L'association de droit public

La santé publique est considérée comme un domaine d'intérêt public qui entre dans les tâches de l'Etat. Les principes généraux de droit public comme celui de légalité et celui de proportionnalité sont applicables à l'administration de prestations, mais aussi aux subventions; le principe de proportionnalité se transforme ici en principe d'efficacité (planification, allocations des ressources).

L'association de droit public est une corporation de droit cantonal, forme autorisée en vertu de la réserve de l'article 59 al. 1 CC⁸⁰ et de l'article 71 Cst al. 1 valaisanne. Le droit cantonal valaisan a prévu différentes dispositions concernant les associations de communes relevant du droit public dans sa loi sur le régime communal.

Selon l'article 100 al. 1 LRC, une association de droit public est constituée uniquement en vue d'accomplir, en commun, des tâches communales ou régionales déterminées et d'intérêt public.

Ainsi, alors que, sous l'empire de la loi sur la santé publique et de la loi sur le régime communal de 1980, il semblait manquer une base légale pour la réunion de communes sous cette forme – avec la disparition de la mention de l'administration des hôpitaux comme tâche communale –, la nouvelle loi sur la santé traite expressément de l'association de droit public. Cette disposition, examinée sous l'angle historique du chapitre précédent, à savoir que traditionnellement, il s'agit en effet d'une tâche communale, pallie l'absence dans la LRC d'une mention plus précise attribuant cette tâche aux communes.

En principe, l'assemblée primaire décide de l'adhésion de la commune à une association (art. 16 al. 1 lit. 1 LRC). L'alinéa 2 de l'article 100 prévoit cependant la possibilité pour le Conseil d'Etat de contraindre une commune à faire partie de l'association, lorsque celle-ci ne peut manifestement pas accomplir elle-même une tâche découlant d'une obligation légale. Il s'agit là d'une disposition importante puisqu'elle fonde un droit de l'Etat cantonal à l'égard des communes, droit précisément prévu dans la loi sur la santé. La "Zwangkörperschaft", selon l'expression alémanique, n'est pas contraire au droit fédéral⁸¹.

En vertu de l'alinéa 4 de l'article 100 LRC, sont applicables à ces associations les principes de l'administration fixés au titre IV de la loi. Celui-ci regroupe des dispositions concernant la gestion de la commune selon des principes d'économie et de transparence. Dans la mesure où certaines de ces dispositions sont reprises par la loi sur la santé, il n'y a pas lieu de s'y attarder. Il faut néanmoins souligner trois implications pour l'association de communes : la soumission au secret de fonction (et non plus uniquement au secret professionnel), l'institution d'une responsabilité de collectivité publique (art. 75, 76 et 77 LRC) et la création d'un statut des employés sous forme de fonctionnariat communal soumis au règlement interne communal ou aux dispositions du code des obligations sur le contrat de travail (art. 82, 83, 84 LRC).

L'article 101 LRC fixe le contenu minimal des statuts. Ceux-ci doivent être soumis au vote de l'assemblée primaire ou du conseil général et approuvés par le Conseil d'Etat, ce qui confère le statut de personnalité de droit public à l'association. Les articles 103 et suivants définissent les organes ainsi que leur fonction respective. L'article 104 fixe notamment la composition de l'assemblée des délégués; comme c'est le cas pour l'association de droit privé, il y aura lieu de prévoir des majorités particulières pour assurer une représentation "appropriée" de toutes les minorités (communes ou membres des associations).

Etant donné que toutes les associations hospitalières ne sont pas formées uniquement de communes, il faut déterminer le sort des autres membres, tout particulièrement "privés" (art. 101 lit. a). Si les articles 100 ss LRC ne prévoient pas une telle éventualité, ils ne l'excluent pas non plus. Dans la mesure où les associations de communes subsisteraient comme membres, la place d'un membre qui n'est pas une collectivité publique ressortirait uniquement aux statuts de celles-ci.

⁸⁰ unechter Vorbehalt d'après Meyer-Hayoz/Forstmoser, op. Cit. p. 406.

⁸¹ ATF 110 Ia 36 cons. 3a.

Aucune adaptation ne serait nécessaire pour l'association de droit public qui les chapeauterait⁸².

En ce qui concerne le contenu des statuts, quelques remarques s'imposent. La question du mode de participation des communes au capital, bénéfice et déficit (art. 101 lit. d LRC), a en partie déjà été examinée précédemment pour d'autres formes juridiques et ne présente pas de particularité dans le cas présent. Reste que, pour le déficit, la réglementation sera au moins celle prévue dans la loi sur la santé. La constitution du capital ne se fera pas de manière différente de celle mentionnée au paragraphe précédent pour l'association de droit privé; afin de permettre au multisite de fonctionner, il conviendra de lui céder tous les biens qui lui sont nécessaires.

La règle relative au nombre de membres à l'assemblée des délégués, contenue à l'article 101 lit f LRC, doit être interprétée de manière à garantir une participation appropriée des communes à l'assemblée générale (des association de communes). C'est une question délicate que j'examinerai plus loin.

Les dispositions des lettres i et k de l'article 101 LRC (retrait et admission des membres) sont superflues dans la mesure où toute commune doit obligatoirement faire partie d'une zone hospitalière en vertu de la loi sur la santé.

Une dernière remarque d'ordre plus général s'impose : si le multisite est organisé sous forme d'association de droit public, il faudra distinguer selon que les membres de celle-ci sont les associations ou les communes. Dans le premier cas, certaines dispositions de la loi ne seront pas directement applicables en tant que telles ou du moins nécessiteront interprétation⁸³.

La réglementation de l'association de droit public est nettement plus développée que celle de l'association de droit privé, même si plusieurs de ces dispositions devraient s'appliquer aussi à cette dernière.

Actuellement, jurisprudence et doctrine tendent à favoriser l'application du droit public dans le domaine sanitaire⁸⁴. D'ailleurs les législations récentes ont introduit un contrôle étatique de plus en plus strict. Il s'ensuit que l'autonomie des communes en matière de planification hospitalière a été restreinte par les dispositions précitées au point que l'on peut se demander s'il se justifie encore d'exiger que l'adhésion des communes concernées par un multisite soit soumise à l'approbation formelle des assemblées primaires.

L'adoption de la forme de l'association de droit public pour l'hôpital multisites offre différents avantages. En particulier, elle confère une meilleure garantie de l'autonomie de l'association. En effet, selon le Tribunal fédéral, une commune est autonome dans une matière déterminée lorsque le droit cantonal ne règle pas cette matière de façon exhaustive, mais en laisse entièrement ou partiellement le soin à la commune, en lui conférant une liberté de décision importante à cet effet⁸⁵. Une jurisprudence constante a élevé l'autonomie communale au rang de droit constitutionnel⁸⁶; elle est dorénavant garantie expressément par l'article 50 Cst. L'article 2 de la loi sur le régime

⁸² Le maintien des associations de droit privé me paraît une formule guère praticable; il faudra donc dissoudre celles-ci et fonder de nouvelles associations de droit public.

⁸³ Je pense notamment à l'obligation pour les communes de faire partie d'une association de droit public : il s'agira d'interpréter cette notion dans le sens que la commune doit faire partie de l'association de droit privé parce que cette dernière est membre de l'association de droit public. Il s'agit cependant d'une remarque purement théorique, étant donné qu'il n'est guère possible d'envisager la création d'une association de droit public sans avoir, au préalable, dissout les associations de droit privé actuelles.

⁸⁴ Ce qui s'explique par le rôle croissant joué par l'Etat en raison de l'explosion des coûts. Notamment ATF 118 II 212 cons. 3 et les références citées, ainsi que les avis exprimés dans les rapports sur le statut juridique des établissements hospitaliers et des instituts médico-techniques liés aux hôpitaux subventionnés de Dominique Sprumont, décembre 1992 et février 1993, tout particulièrement dans le rapport sur les avantages et les inconvénients déjà cité, p. 6 et les références.

⁸⁵ ATF 114 Ia 168 = JdT 1990 I 117

⁸⁶ A. Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, Vol. I, p. 260-261.

communal consacre l'autonomie des communes dans l'exercice des tâches qu'elles exercent de leur propre initiative ou qui leur sont déléguées. Comme l'art. 100 al. 2 LRC précise que l'association jouit dans l'accomplissement de ces tâches de la même autonomie que les communes membres, l'association de communes qui remplit une tâche d'intérêt public peut se prévaloir de l'article 2 de la loi sur le régime communal dans ses rapports avec les autorités cantonales. Tel n'est en revanche pas le cas pour les associations de droit privé. Enfin, l'article 100 al. 5 LRC prévoit que les associations de communes seront consultées lors de l'élaboration de toute loi les concernant, le droit d'être consulté ne va par contre pas de soi pour d'autres formes juridiques.

La fondation d'une association de droit public présente cependant aussi certains inconvénients. Elle nécessite un mode de création relativement complexe, notamment l'adoption des statuts par les assemblées primaires de toutes les communes. Cela accentue le risque de ne pas obtenir la majorité; la réalisation d'une telle forme juridique peut ainsi apparaître aléatoire. En outre, elle impose, à mon avis, la dissolution des associations de droit privé existantes et la création d'une ou de plusieurs associations de droit public⁸⁷ avec le transfert à titre singulier des passifs et actifs. Enfin, des oppositions ne manqueraient pas de se manifester contre la "publicisation" de l'hôpital et à ses conséquences, notamment la modification de la nature des rapports entre l'hôpital et ses employés⁸⁸, les dangers de la fonctionnarisation de la médecine hospitalière et l'accroissement de la mainmise étatique sur l'hôpital⁸⁹. En distinguant correctement structure soumise au droit public et étatisation⁹⁰, l'un n'impliquant pas forcément l'autre, la plupart de ces arguments pourraient toutefois être réfutés sans trop de difficultés.

3.1.8 La fusion⁹¹

Ce processus juridique envisagé, dans un premier temps, en Valais a été choisi par les hôpitaux d'Aigle et de Monthey.

La fusion n'est pas à proprement parler une forme juridique; elle signifie la réunion contractuelle, dans la continuité du sociétariat par transfert universel de patrimoine, de deux ou plusieurs sociétés dissoutes. Elle est donc plutôt une modalité de transformation. Plus radicale que la création d'une nouvelle société dont les membres seraient les associations de communes préexistantes, la fusion entraîne la dissolution sans liquidation de toutes les sociétés absorbées ou combinées⁹². Par conséquent, les sociétés dissoutes n'ont pas à nommer des liquidateurs, à recouvrer leurs créances et à désintéresser leurs créanciers. Elles n'ont pas non plus à réaliser leurs biens sociaux, ni à répartir le solde actif entre leurs associés. Du moment que la fusion a pour but la poursuite des activités des sociétés fusionnantes, les biens des sociétés dissoutes ne sont pas répartis entre leurs associés. La société absorbante ou nouvelle reprend tout le patrimoine des sociétés dissoutes.

⁸⁷ Le choix ici va dépendre de la volonté de créer une association unique ou d'utiliser le modèle de la fédération associative.

⁸⁸ Contrairement à ce que pensent les adversaires de la forme de droit public, les rapports avec les employés seraient fixés par voie de règlements internes et ne deviendraient pas des fonctionnaires cantonaux, mais des employés des communes ou des associations qui les emploient.

⁸⁹ Les risques liés au changement de forme juridique sont sans doute beaucoup moins grands que l'on imagine, l'Etat possède en effet déjà, de par les différentes lois existantes, des pouvoirs importants de contrôle qui ne seraient probablement pas augmentés avec la modification de la structure juridique.

⁹⁰ Pour un exemple de structure plus "étatisée", voir le chapitre V consacré au Tessin.

⁹¹ Ruedin, op. cit., p. 400 ss.

⁹² Il existe deux sortes de fusion, la fusion absorbante, c'est-à-dire la reprise d'une ou plusieurs sociétés par une société déjà existante, qui ne concerne pas le cas d'espèce, et la fusion combinée, consistant en la réunion de deux ou plusieurs sociétés en une société nouvelle à créer.

Bien que la loi ne le prévoit pas expressément, la jurisprudence et la doctrine admettent que le transfert se réalise à titre universel⁹³. Autrement dit, le transfert a lieu de plein droit du seul fait de l'inscription au registre du commerce de la fusion. Les formes propres au transfert à titre singulier des différents éléments du patrimoine n'ont en principe pas à être respectées. En résumé, il y a continuité de tous les rapports juridiques malgré le changement de sujet de droit⁹⁴.

Cette continuité du sociétariat implique que tous les associés membres des sociétés dissoutes deviennent membres de la société reprenante, peu importe qu'ils aient approuvé la fusion ou non.

La loi prévoit quelques types de fusion comme, par exemple, celle entre des sociétés anonymes. La jurisprudence et une partie de la doctrine ont également admis des possibilités de fusion entre associations et entre fondations⁹⁵.

Une fusion non prévue par la loi doit respecter alors les principes suivants : compatibilité fondamentale des formes de société en cause, continuité du patrimoine et du sociétariat, absence d'atteinte importante au statut juridique des associés et aux intérêts des créanciers, application analogique des dispositions existantes en matière de fusion .

La majorité des dispositions légales sur la fusion concerne la protection des créanciers, dès lors que ceux-ci se voient imposer un nouveau débiteur, en exception à l'article 176 CO selon lequel le créancier peut s'opposer à un changement de débiteur.

L'une des difficultés majeures de la fusion de sociétés anonymes consiste dans la rémunération des actionnaires des sociétés dissoutes; il s'agit en effet de déterminer le ou les taux d'échange des actions anciennes contre les actions nouvelles. En l'espèce, cette question est cependant théorique puisque il s'agirait d'une fusion d'associations et que les communes membres n'ont aucune véritable part dans les actuelles associations. En réalité, la seule contre-partie à la fusion pourrait simplement résider dans le maintien d'un droit de regard sur l'évolution des multisites.

La fusion ne permet pas, en raison des différents principes énoncés plus haut, la création d'une nouvelle société d'un type juridique différent. C'est notamment pour cela que le multisite chablaisien, incluant un hôpital sous forme de société à responsabilité limitée, a dû procéder par étapes : dans un premier temps, l'hôpital de Monthey s'est constitué en association de droit privé, puis les deux hôpitaux ont fusionné en une seule association de droit privé.

La fusion présente des avantages non négligeables par rapport aux autres solutions exposées jusque là. Comme elle entraîne la suppression des sociétés préexistantes, elle implique donc la disparition de nombreux échelons hiérarchiques qui sont autant d'obstacles à une gestion efficace et pragmatique d'un hôpital de demain. L'application du transfert à titre universel permet en outre l'économie de bon nombre de procédures longues et coûteuses⁹⁶. Enfin, elle offre sans doute la solution la plus favorable dans une recherche du changement aux moindres coûts –financiers, psychologiques, etc.

Elle suscite cependant des résistances, particulièrement en raison de la disparition des associations de communes, perçue comme "la mort" de l'hôpital régional. Par ailleurs, l'un des obstacles importants à la fusion réside dans l'inégalité des fortunes sociales des sites hospitaliers actuels. Certains ont des bilans positifs et excédentaires, d'autres sites sont loin de présenter une situation financière saine. Qu'advient-il des passifs et des dettes, doivent-ils être partagés entre tous les membres de la nouvelle société ?

La création d'une structure juridique unique, sous forme d'association ou autre, entraîne en outre

⁹³ ATF 115 II 415 cons. 5 et les références in Ruedin, op. cit., note n° 796 p. 403.

⁹⁴ Le transfert de la propriété d'immeubles nécessite cependant une réquisition au registre foncier et le changement de propriétaire devra bien sûr être inscrit au registre.

⁹⁵ Ruedin, op. cit., et les références, notamment ATF 53 II 1 et 115 II 415 cons. 2c et les auteurs cités comme Riemer, Berner Kommentar, Band I, 3. Abteilung, 3. Teilband, ad art. 88/89 n° 76.

⁹⁶ Même si l'Etat pourrait prévoir, comme dans l'exemple tessinois, l'exemption de tout émolument.

des difficultés quant à la désignation des organes dirigeants. Du moment que chaque commune a un droit à être représentée, des calculs délicats et savants sont nécessaires. La fusion n'évite donc pas cet aspect de la problématique.

Pour que la fusion puisse avoir lieu, il faudrait idéalement arriver à réduire les oppositions qui se focalisent autour du maintien de l'hôpital régional comme centre principal. Il s'agit d'une étape supplémentaire, mais, à mon avis, indispensable, dans le processus des multisites⁹⁷.

3.2 LES IMPLICATIONS

3.2.1 Le transfert des actifs et des passifs, le sort du patrimoine

Le transfert des actifs et des passifs à la nouvelle entité juridique soulève des problèmes particuliers d'ordre juridique, financier, comptable voire psychologique⁹⁸.

Suivant la forme juridique pour laquelle on opte, les conséquences sur le patrimoine, les actifs et les passifs des associations préexistantes seront fondamentalement différentes. Cela découle du maintien de ces associations ou de leur dissolution.

En cas de fusion, c'est-à-dire en cas de création d'une nouvelle association de droit privé, le transfert des actifs et des passifs se fait de plein droit, sous forme universelle ; la nouvelle société créée devient *de jure* titulaire de l'ensemble de ceux-ci, remplace les structures antérieures dans chacun de leurs rapports de droit. Cela implique de la part des hôpitaux régionaux et des communes concernées non seulement une volonté de renonciation à leur particularisme et à leur régionalisme, mais aussi l'acceptation de certains rapports de droit, notamment en qualité de débiteur. Pourtant, il y a lieu de souligner ici qu'avant les modifications de 1998 qui ont entraîné la suppression du fonds de réserve commun, celui-ci permettait à des établissements hospitaliers d'éponger leurs dettes au détriment de ceux qui réalisaient des bénéfices. Cette formule, qui n'a jamais dérangé quiconque, revient, sous un angle purement financier, strictement au même qu'une fusion des patrimoines. Le sort du patrimoine immobilier va dépendre de la situation initiale. Si les immeubles sont propriété de l'association hospitalière, ils seront transférés dans l'actif de la société créée par fusion, comme le reste des actifs; si, par contre, les immeubles sont propriété d'une commune ou de privés, il conviendra de trouver un accord; on peut imaginer un rachat ou un contrat de bail avec loyer, même symbolique⁹⁹.

Dans le cas d'un maintien des associations préexistantes, il sied de distinguer suivant la forme juridique choisie pour le multisite. C'est sans conteste la fédération qui nécessite le moins de transfert de patrimoine. En tant que structure associative, elle peut en effet exister avec un minimum de moyens, par exemple en se contentant de cotisations des associations comme ressources. Le multisite pourra cependant bénéficier de l'usage des bâtiments, des appareillages, sans

⁹⁷ Les Tessinois ont fait preuve de beaucoup de subtilité dans ce domaine, comme on le verra dans le chapitre qui leur est consacré, et évité ainsi que les oppositions puissent se focaliser sur le maintien de l'hôpital régional.

⁹⁸ Les communes ont peur de perdre leur hôpital et les adversaires du projet usent de moyens émotionnels pour alerter la population. Le papillon déposé au printemps dernier dans les boîtes aux lettres de Martigny et qui s'intitulait "Avis de mort pour l'hôpital de Martigny" en est un exemple !

⁹⁹ D'après leurs statuts, les associations de Martigny-Entremont et de Sion-Hérens-Conthey sont propriétaires des immeubles hospitaliers, tandis que celles de Sierre-Loèche, Brigue-Glis et Sta-Maria ne le sont pas. Les recherches effectuées en 1992, dans le cadre du groupe de travail sur le statut juridique des hôpitaux, ont montré qu'en réalité, toutes ces associations sont bel et bien propriétaires; la question que je soulève est donc purement théorique.

que ceux-ci doivent changer de propriétaire. De même, chaque association restera partie aux rapports de droit qu'elle aura établis¹⁰⁰.

Par contre, si le choix se porte sur la forme de la société anonyme, il sera nécessaire de constituer un capital social et donc de transférer un ensemble de valeurs, immeubles, plateaux techniques ou autres biens. Ce genre d'opérations est non seulement complexe – plusieurs types de contrats, transfert de chaque bien, etc. -, mais aussi coûteux, contrairement à une fusion où tout est transféré *de jure*. Avec la création de la société anonyme, les associations restent partie aux rapports de droit établis auparavant; il n'existe aucune obligation pour la SA de reprendre les passifs des associations, qui demeurent à leur charge.

En cas de création d'une association de droit public se pose la question des modalités de transfert d'un patrimoine privé à une corporation de droit public. Dans l'exemple tessinois qui sera présenté dans un chapitre ultérieur, la fondation de *l'Ente* n'a, semble-t-il, pas posé de difficultés particulières pour le transfert des biens. Au contraire, faisant usage de sa puissance publique, l'Etat cantonal tessinois a allégé les exigences légales et ainsi supprimé tout émolument notarial de transfert. La fondation de cette corporation de droit public a cependant entraîné la disparition des entités juridiques privées qui géraient précédemment les établissements. La création d'une association de droit public dont les membres seraient des associations de droit privé ne me paraît pas concevable, la création de *l'Ente* est donc une sorte de fusion improprement dite. L'autre possibilité est de transformer chacune des associations actuelles en association de droit public, puis de les regrouper sous forme d'une fédération; le transfert se ferait ainsi au niveau individuel de chaque association et en conformité avec le droit public uniquement.

En cas de véritable transfert de biens (par fusion/création d'une nouvelle entité), un sort particulier devra être réservé au patrimoine provenant de donations ou acquis sans subventions. Il va de soi que l'ensemble des biens acquis par les moyens de l'Etat ne peut trouver une autre affectation; pour le patrimoine privé, par contre, ses propriétaires pourraient souhaiter les attribuer à d'autres buts.

3.2.2 L'acquisition/ la perte de la qualité de membre

Dans la société anonyme, l'actionnariat n'est pas lié à la personne, mais à une mise de fonds; la qualité d'actionnaire peut donc passer d'une personne à l'autre, pour autant qu'il y soit mis le prix convenu. L'acquisition du statut d'actionnaire peut être limitée statutairement par des restrictions de transfert d'actions, dont il a déjà été question au paragraphe consacré à la SA.

Dans l'association de droit privé et, partant, dans la fédération associative, l'associé est soit membre fondateur, soit il doit demander son adhésion. Le principe de la porte ouverte n'est pas absolu, comme on l'a vu, et la société peut refuser l'admission de certains membres. Par contre, selon une disposition impérative, chaque sociétaire est autorisé à sortir de l'association, pourvu qu'il annonce sa sortie six mois avant la fin de l'année civile (art. 70 al. 2 CC). L'exclusion d'un sociétaire est possible en tout temps, pour de justes motifs ou pour des raisons fixées statutairement.

L'acquisition de la qualité de membre de l'association de droit public va dépendre, comme pour une association de droit privé, d'une demande d'adhésion. Dans le cas de l'association de droit public, la situation est cependant différente dans la mesure où, non seulement, le Conseil d'Etat peut contraindre une commune à en faire partie, mais les statuts doivent obligatoirement contenir une disposition concernant les conditions d'adhésion à l'association (art. 101 al. 2 lit. k LRC). Dans le même sens, le Conseil d'Etat peut obliger une commune à poursuivre son sociétariat (art. 111 LRC) et les statuts doivent prévoir les conditions de retrait (art. 101 al. 2 lit. i LRC).

¹⁰⁰ C'est le choix pour lequel a opté très clairement le multisite haut-valaisan qui à l'article 3 de ses statuts prévoit un droit de jouissance sur les bâtiments hospitaliers; par contre, un transfert de propriété est prévu pour tout l'équipement et la logistique.

Ainsi, au regard du but poursuivi par le multisite, qui se veut une réunion des forces en présence tout en maintenant la structure de départ, et des différentes exigences de la loi sur la santé¹⁰¹, la forme de droit public est, à mon avis, la plus judicieuse pour résoudre cette question.

3.2.3 La délégation des compétences¹⁰²

Cette question revêt peut-être plus d'importance que la forme juridique elle-même. En effet, selon la répartition des compétences et des attributions entre les associations préexistantes et la nouvelle structure commune vont se jouer toutes les questions de pouvoir, de prise de décisions et de capacité d'adaptation. La difficulté réside dans l'équilibre qu'il est nécessaire de trouver; d'une part, maintenir les pouvoirs en main des associations actuelles et limiter la délégation à un minimum de compétences auraient pour conséquence d'accorder à une assemblée de délégués la capacité de bloquer systématiquement toute réforme et d'empêcher toute bonne gestion par une entité juridique supérieure; d'autre part, à l'inverse, déposséder complètement les associations de leurs prérogatives aurait pour conséquence de vouer toute la démarche à un refus intransigeant.

Le choix de la forme juridique n'est cependant pas totalement innocent, dans la mesure où les compétences et leur possible délégation seront plus ou moins fixées par la loi. Ainsi, pour la société anonyme, l'article 698 CO énonce la liste des compétences inaliénables et indéléguables de l'assemblée générale, tandis que l'article 716a CO fixe celle du conseil d'administration. L'article 716 CO présume la compétence de ce dernier pour tout ce qui n'est pas attribué à un autre organe.

Dans le cas de la fédération associative, la loi ne contient que quelques dispositions (art. 65 et 69 CC) et, contrairement à la société anonyme, c'est l'assemblée générale qui est, en principe, dotée de la clause générale de compétence.

L'association de droit public¹⁰³ présente plutôt une réglementation hybride, dans laquelle le comité de direction – l'organe exécutif – se voit doter de la clause générale de compétence ("notamment")¹⁰⁴; l'assemblée générale possède néanmoins des pouvoirs importants, puisque la loi lui attribue la compétence d'établir tous les règlements¹⁰⁵.

Pour cette question précise, deux solutions paraissent les mieux adaptées au cas du multisite: la société anonyme et la fédération associative. Cela s'explique particulièrement par la présence d'une clause générale de compétence en faveur du conseil d'administration de droit impératif, dans le premier cas, et de droit dispositif, dans le second. On a vu, en effet, les difficultés que pouvait présenter la nomination des représentants des communes et les dangers d'une assemblée de grande dimension; limiter les attributions de l'assemblée générale semble donc le choix le plus approprié et le droit de la société anonyme, contrairement à celui de l'association de droit privé, a été conçu pour de telles éventualités. Rien n'empêche en outre que les statuts de la fédération¹⁰⁶ prévoient de façon détaillée les attributions de chacun des organes pour éviter de voir l'assemblée générale chargée de problèmes que la direction serait mieux à même de résoudre. Il convient donc de bien réglementer la délégation des compétences et le partage des attributions entre les organes, ce qui implique de rédiger

¹⁰¹ Loi sur la santé qui, notamment, impose aux communes l'obligation d'être membres et qui fixe les clés de répartition des frais non retenus.

¹⁰² Ce paragraphe ne concerne évidemment que les situations où les associations de communes actuelles sont maintenues.

¹⁰³ Pour autant que l'on admette le maintien des associations de droit privé, ce qui, je l'ai déjà évoqué, ne me paraît pas concevable.

¹⁰⁴ Art. 108 LRC.

¹⁰⁵ Art. 106 LRC.

¹⁰⁶ Dans ce cas, le droit associatif privé présente l'avantage d'offrir plus de liberté que le droit de la SA.

soigneusement les statuts.

3.2.4 La dissolution et la liquidation

La dissolution peut être volontaire ou non. La dissolution volontaire est prévue par les statuts, éventuellement par la loi¹⁰⁷, et se déroule en conformité avec ceux-ci. Elle pose des problèmes particulièrement pour ce qui est de la liquidation des avoirs.

Les causes de dissolution forcée touchent, quant à elles, essentiellement à des problèmes d'insolvabilité¹⁰⁸ et concernent avant tout les formes de droit privé.

En cas de dissolution d'une fédération, les questions à résoudre sont relativement simples dans la mesure où les associations sont restées propriétaires de leurs biens. Suite à la dissolution, renaîtraient vraisemblablement des établissements hospitaliers régionaux.

Les conséquences de la dissolution d'une société anonyme sont plus complexes à envisager: le sort des apports, le droit, en vertu de l'article 116 LS, de l'Etat de récupérer les montants versés à titre de subventions d'investissement appellent une réglementation. Il y aurait dès lors lieu de prévoir que la société en liquidation passe avec les associations actionnaires, des conventions portant sur le sort des biens, tout en réservant la question de la créance de l'Etat.

Il convient de remarquer que certains statuts associatifs en vigueur prévoient une solution, à mon avis, tout à fait adéquate en ménageant expressément un rôle pour le canton, au cas où les communes ne chercheraient pas à poursuivre le but initialement fixé pour ces établissements¹⁰⁹.

3.2.5 La question du régime juridique applicable

Le choix entre une forme de droit privé ou une forme de droit public peut entraîner des conséquences pour la réglementation des rapports juridiques¹¹⁰. Ainsi, en ce qui concerne les problèmes de responsabilité des médecins, de responsabilité de l'établissement hospitalier vis-à-vis des patients, de même que les relations entre le médecin et son employeur¹¹¹, le droit applicable ne sera pas forcément le même. Se pose également la question de l'autonomie communale qui, je l'ai déjà évoqué, pourrait être invoquée dans le cas d'une association de droit public. Enfin, de nombreuses incertitudes règnent de ce fait quant aux voies de droit ouvertes en cas de litige¹¹². Les

¹⁰⁷ art. 112 LRC.

¹⁰⁸ Ainsi, insolvabilité pour l'association (art. 77 CC), surendettement pour la SA (art. 725 CO)

¹⁰⁹ Par exemple art. 26 al. 3 des statuts de l'hôpital de Brig.

¹¹⁰ Il faut nuancer cela dans la mesure où le choix de la forme du multisite ne dictera pas forcément la nature de tous les rapports de droit qui s'établiront; ainsi, en cas de création d'un multisite sous forme d'une association de droit public, il est expressément prévu dans la loi cantonale que les fonctionnaires pourront être engagés sur la base d'un contrat de droit privé (art. 84 LRC). D'autres variations sont possibles quelle que soit l'option prise.

¹¹¹ Cet aspect est extrêmement complexe en raison des différents statuts existant au sein de la profession: médecin-chef, médecin chef de clinique, assistant, stagiaire, mais aussi de la coexistence au sein d'un même établissement de patients "privés" et de patients soumis à l'assurance de base. A ce sujet, je renvoie, pour le système valaisan, au rapport de Me Pont Veuthey de 1994, encore d'une parfaite actualité dont les références exactes se trouvent dans la bibliographie.

¹¹² Par exemple en ce qui concerne la décision de l'Etat d'imposer à une association de communes des frais non retenus : celle-ci peut s'y opposer devant le Conseil d'Etat, puis recourir au Tribunal cantonal, par contre,

conséquences ne sont donc pas anodines, puisque, notamment dans le domaine de la responsabilité, il s'agit d'appliquer soit le droit fédéral, soit le droit cantonal, et que les règles sur le régime de la faute ou le fardeau de la preuve, par exemple, ne sont pas forcément identiques.

Le Tribunal cantonal valaisan a eu, à différentes reprises, l'occasion de se prononcer sur cette question ces dernières années. Il a ainsi considéré que la limite entre hôpitaux publics et hôpitaux privés n'est pas aisée à tracer et que le fait de qualifier un hôpital de public ou d'utilité publique n'implique pas nécessairement que cet hôpital soit soumis au droit public. L'indépendance financière n'est pas non plus un critère décisif : de nombreux hôpitaux percevant des subventions sont surveillés par l'Etat dans leur modalité de gestion, tout en conservant leur caractère privé. En définitive, il n'existe pas de règles absolues pour déterminer si un hôpital relève du droit privé ou du droit public. Pour trancher ce point, il convient d'examiner avant tout le statut juridique de l'établissement en cause ainsi que la législation cantonale sur la planification et l'organisation des établissements hospitaliers^{113 114}.

Pour sa part, le Tribunal fédéral a admis la constitution d'une hypothèque légale des artisans et entrepreneurs sur un bâtiment hospitalier de Viège, propriété d'une association de droit privé, reconnaissant ainsi le caractère privé prépondérant de celui-ci, et ce malgré le fait qu'il exerce des tâches à caractère public¹¹⁵. Seule la situation où l'hôpital serait propriété d'une corporation publique et ferait ainsi partie de son patrimoine administratif lui permettrait d'échapper à ces règles de droit privé¹¹⁶.

Par ailleurs, la Cour cantonale valaisanne a jugé que les relations juridiques entre les médecins hospitaliers et les hôpitaux subventionnés, régis par le droit privé, ressortissent à ce dernier¹¹⁷. Cependant, si, selon une jurisprudence fédérale déjà ancienne¹¹⁸, la collectivité a le choix, pour accomplir une tâche de droit public, de recourir à un engagement de droit privé ou de droit public, la Haute Cour, dans un arrêt de principe en la matière portant sur un cas tessinois, a déclaré que seul le droit public était applicable dans les rapports de travail entre un hôpital public (étatique) et les médecins-chefs. A la question de savoir si un canton pouvait néanmoins soumettre ces rapports au droit privé, le Tribunal fédéral a répondu que cela n'était guère possible. "Supposée admissible, une solution de ce genre devrait se fonder sur une norme cantonale claire, une norme dépourvue d'équivoque¹¹⁹".

L'application du droit privé, en toutes hypothèses, entraîne des complications dans un domaine où le droit public domine. A titre d'exemple, on peut citer le cas des frais non retenus : si l'on maintient une solution de droit privé et que les communes n'arrivent pas à s'entendre sur la répartition des frais, elles devront saisir le juge civil pour trancher la question. Or, il paraît pour le moins discutable que des collectivités publiques qui assument une dette relevant du droit public doivent s'en référer aux tribunaux civils pour résoudre leurs différends.

elle n'a pas la qualité pour agir devant le Tribunal fédéral en l'absence de la reconnaissance de son autonomie communale.

¹¹³ RVJ 1995 p. 63 cons. 3a et les auteurs cités; ATC non publié du 14 mai 1993 et les auteurs cités.

¹¹⁴ D'autres critères sont par exemple la question de savoir si l'hôpital accepte tous les patients, si l'on y effectue de la recherche médicale, si l'hôpital pratique un tarif unique, s'il poursuit un but lucratif.

¹¹⁵ ATF 107 II 44 cons. 1b.

¹¹⁶ P.-H. Steinauer, *Les droits réels*, 2^e éd., Berne 1996, Vol III, n° 2874b.

¹¹⁷ RVJ 1995 p. 63 et ce, malgré l'arrêté du 20 décembre 1989 concernant la rémunération et les honoraires des médecins-chefs des établissements hospitaliers; actuellement, l'Ordonnance sur le subventionnement des honoraires des médecins hospitaliers est encore plus claire; voir, à ce propos, le rapport de Marie-Claire Pont Veuthey, p. 14 ss.

¹¹⁸ JT 1928 I 392.

¹¹⁹ ATF 118 II 213 cons. 3 et cons. 5 (pour le cas tessinois); cet arrêt a entraîné la modification de la loi tessinoise.

Dans plusieurs cantons où les hôpitaux sont des établissements de droit public, il a été jugé que les soins donnés aux malades dans les hôpitaux publics par des médecins agissant en leur qualité officielle relèvent d'une activité étatique exercée en vertu du pouvoir de puissance publique et ne se rattachent pas à l'exercice d'une industrie au sens de l'article 61 al. 2 CO. Par conséquent, c'est la loi cantonale sur la responsabilité de l'Etat et de ses agents qui s'applique et non le droit fédéral¹²⁰. A deux reprises dans ces vingt dernières années, le Tribunal cantonal valaisan a dû se prononcer sur la nature de la responsabilité des médecins¹²¹. Si la Cour cantonale a reconnu une responsabilité de droit public, le droit privé a été appliqué à titre de droit cantonal supplétif, en l'absence d'une loi cantonale sur la responsabilité de l'Etat et de ses agents. L'entrée en vigueur de ces dispositions le 1^{er} janvier 1979 aurait dû entraîner une nette amélioration des droits des patients. En effet, les associations de communes, soumises à la loi du 10 mai 1978 sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents, pourraient être recherchées directement par les personnes lésées. Selon l'article 4 al. 1 de cette loi, l'association de communes répond des actes illicites, fautifs ou non, commis par ses agents, c'est-à-dire selon un principe de responsabilité objective. Cela implique qu'un patient lésé devrait en principe obtenir plus facilement un dédommagement en se fondant sur cette disposition qu'en devant invoquer une disposition de droit privé fondée sur le principe de la responsabilité pour faute. Malgré les nombreux avis acquis à l'idée d'une responsabilité de nature publique, il semble que la pratique reste attachée à une responsabilité civile de droit privé de l'hôpital^{122,123}.

Sous l'angle du régime juridique applicable, en considérant que l'évolution du droit sanitaire va se poursuivre dans le sens d'une "publicisation", l'association de droit public paraît la meilleure solution¹²⁴.

3.3 LEGALITE DES FORMES JURIDIQUES ETUDIEES

Les différentes formes juridiques envisagées jusqu'ici ne permettent pas toutes de répondre aux exigences des lois valaisannes, ce qu'il y a lieu d'examiner maintenant.

3.3.1 La société anonyme

On relèvera d'abord que, selon l'article 101 LS, les dépenses non retenues des établissements hospitaliers sont prises en charge par les communes de la zone hospitalière concernée. Sont des dépenses non retenues toutes les dépenses qui n'ont pas été faites en respect de la planification

¹²⁰ ATF 102 II 45 cons. 2, ATF 111 II 149 cons. 3b.

¹²¹ RVJ 1982 p. 92 et RVJ 1983 p. 154; il s'agissait en outre d'établissements cantonaux, quid des hôpitaux régionaux ? Je pencherais plutôt, en l'état actuel du droit, pour une application du droit privé en tant que tel, dans la mesure où ces établissements sont propriétés d'associations de droit privé. Comme l'a souligné le Tribunal fédéral dans son arrêt sur l'hôpital de Viège (ATF 107 II 44), le fait de servir des intérêts publics ne fait pas de l'hôpital, construit sur une structure associative, une corporation de droit public.

¹²² Je simplifie ici fortement la problématique qui est complexe, dans la mesure où je ne souhaite pas en faire le coeur de mon travail; pour plus de détails, je renvoie au rapport de Me Philippe Pont dont les références se trouvent dans la bibliographie.

¹²³ Il y a lieu de remarquer qu'un projet d'unification du système de responsabilité est actuellement en consultation devant les Chambres fédérales (Avant-projet de la loi sur la responsabilité civile de 1999).

¹²⁴ Tout en gardant à l'esprit les nuances possibles que j'ai exposées en début de paragraphe.

hospitalière ou dépassant le budget approuvé par le Département¹²⁵. Comme d'après le droit commercial, les dettes de la société d'exploitation du multisite peuvent être prises en charge uniquement par l'actif social, il y a incompatibilité majeure avec la loi sur la santé. Pour y remédier, on aurait pu envisager une procédure permettant de demander aux actionnaires un paiement complémentaire; cependant, un devoir de versement supplémentaire est interdit en vertu d'une disposition claire de la loi (art. 680 al. 1 CO), contrairement à ce qui est prévu pour la société à responsabilité limitée ou la coopérative. Il n'est pas possible d'imaginer que ce paiement se fasse spontanément, sans obligation. La question demeure ainsi de savoir comment faire figurer cette obligation de façon légale et, ensuite, selon quels principes l'organiser : imposer à toutes les associations un versement ou seulement à celle qui a causé le dépassement ?

Une obligation imposée à toutes les associations serait sans doute contraire au but de la disposition stipulant la prise en charge des frais non retenus par les communes, dès lors que celle-ci a précisément pour objectif de responsabiliser les "propriétaires" des hôpitaux en les obligeant à calculer au plus juste. On peut aussi se demander si la limitation des engagements des actionnaires à l'actif social n'entraîne pas une déresponsabilisation et aurait pour conséquence de réduire à néant l'effet préventif voulu par cet article de loi.

La société anonyme présente des avantages de par son "management", car elle est une forme juridique organisée pour gérer des entreprises, modèle vers lequel tend progressivement l'hôpital. Un constat d'inadéquation s'impose cependant ici. En effet, la société anonyme est une société conçue en premier lieu pour dégager du bénéfice. Si une telle forme semble tout à fait acceptable pour une clinique privée, offrant des soins de luxe, payés par des patients fortunés, l'hôpital de district est un dispensaire de soins social, dont la majorité des coûts sont couverts par des subventions étatiques ou par les versements de l'assurance-maladie de base, qui est une assurance sociale¹²⁶.

Il apparaît ainsi que la société anonyme est difficilement compatible avec les exigences actuelles tant légales qu'organisationnelles.

3.3.2 L'association de droit privé ou de droit public ?

Aux termes de l'article 98 lit. f de la loi sur la santé, les communes doivent s'organiser en association de droit privé ou de droit public au sens de la loi sur le régime communal.

La loi actuelle sur le régime communal définit différentes possibilités de regroupement des communes, notamment par l'usage du droit privé. Les conditions énumérées à l'article 96 al. 1 LRC permettent en effet la forme de l'association de droit privé au regard de l'ensemble du droit cantonal. C'est pourquoi, les associations hospitalières telles que constituées actuellement sont admissibles, de même que les solutions de fusion et de fédération associative. L'association de droit privé est en outre la forme qui entraînerait le moins de bouleversement dans le paysage sanitaire valaisan actuel; elle présente néanmoins l'inconvénient de maintenir un fief de droit privé au milieu d'un domaine de droit public.

Dans le cas de l'association de droit public, les communes ont la faculté de s'associer en vue d'accomplir, en commun, des tâches communales ou régionales déterminées et d'intérêt public¹²⁷. Cette forme représente sans doute la solution la plus adéquate au vu de l'évolution du système sanitaire. Sa structure interne et l'organisation de ses rapports avec l'extérieur sont en parfaite adéquation avec les lois cantonales et fédérales (LAMal), en raison, notamment, de l'obligation de planification qui s'inscrit typiquement dans une tâche publique alors qu'elle paraît plus contestable

¹²⁵ art. 2 de l'Ordonnance sur la planification hospitalière du 1^{er} décembre 1999.

¹²⁶ Cela représente le 80 % des montants totaux.

¹²⁷ Art. 100 LRC.

dans un cadre de droit privé.

La seule réserve à l'égard de cette forme consiste dans les transformations majeures qu'elle nécessiterait par rapport au maintien des choix hospitaliers actuels.

Association de droit privé ou de droit public sont donc deux formes parfaitement envisageables sous l'angle du respect du droit valaisan actuellement en vigueur.

3.3.3 la fédération associative

La compatibilité de la fédération associative avec le droit cantonal s'examine essentiellement au regard des remarques effectuées pour l'association de droit privé, étant donné que les mêmes dispositions lui sont applicables. Cette forme juridique ne présente donc pas de difficulté particulière et est parfaitement admissible à cet égard.

3.3.4 la fusion

La fusion, en tant que modalité de transformation, n'est pas susceptible de critique sous l'angle de la légalité, dans la mesure où elle n'est pas un aboutissement, mais un moyen pour aboutir à une forme juridique spécifique. C'est donc uniquement la structure juridique finale qui doit remplir les conditions de compatibilité avec le droit cantonal. Je renvoie donc aux paragraphes précédents.

En outre, j'ai examiné antérieurement les conditions que devait remplir une fusion pour être admissible au regard du droit fédéral.

Il convient de signaler, enfin, qu'une solution extrême, telle que la privatisation totale ou l'étatisation complète ne sont nullement envisageables aujourd'hui¹²⁸, tant sur un plan juridique¹²⁹ que surtout politique et historique¹³⁰; la solution préconisée devra donc résulter d'un compromis entre ces deux tendances, qui semble encore aujourd'hui difficile à trouver.

¹²⁸ Demain peut-être, étant donné les titres des journaux au début décembre 2000 (le Temps et le Nouvelliste du 6 décembre)...

¹²⁹ La législation cantonale actuelle ne permet, à mon avis, pas d'envisager la privatisation de par ses aspects de "droit social" et par le rôle joué par une puissance publique, qui ne sont pas compatibles avec un système purement privatiste; de même, un système régi par l'Etat, comme c'est le cas en Angleterre, n'est pas possible non plus, les lois actuelles laissant encore ouvertement la place à du droit privé; l'"étatisation" des hôpitaux devrait au moins passer par une procédure semblable à celle effectuée au Tessin (voir chapitre V), ce qui n'est pas envisageable d'un point de vue déjà purement politique.

¹³⁰ Politique : il n'y a pas de volonté dans ce sens; historique : je renvoie au chapitre évoquant l'origine des hôpitaux en Valais.

4. L'EXEMPLE DU CENTRE HOSPITALIER RHODANIEN

4.1 LA FEDERATION ASSOCIATIVE : RAISONS DE CE CHOIX ET QUELQUES PRINCIPES DE FONCTIONNEMENT

Le slogan "touche pas à mon hôpital" est au cœur de toutes les discussions sur le renforcement de la collaboration entre hôpitaux. Il paraît dès lors exclu que le Conseil d'Etat prenne le risque d'imposer des solutions qui ne relèvent pas d'un large consensus¹³¹. Toute décision trop abrupte comporte le risque de retombées négatives sur la bonne marche des hôpitaux valaisans qui, aujourd'hui, fonctionnent relativement bien à des coûts faibles¹³².

Les patients et la population d'une manière générale sont très sensibles au fait de pouvoir se faire soigner dans "leur hôpital". Toucher à ces habitudes peut placer l'opinion publique dans une attitude de résistance très marquée vis-à-vis de tout projet de fusion. Les chiffres concernant les flux actuels de patients des hôpitaux de Sierre et Martigny vers celui de Sion permettent cependant de relativiser l'image que les patients sont censés avoir de "leur hôpital"¹³³.

Pour mener à bien le projet d'hôpital multisites, trois solutions s'offraient aux établissements de soins : une dissolution des trois associations existantes (avec des opérations de liquidation) et la constitution d'une nouvelle association, la fusion des associations existantes avec un contrat accepté par les trois assemblées générales réglant notamment la question du transfert des patrimoines, ou, enfin, le maintien des trois associations existantes et la création d'une société d'exploitation commune, société anonyme d'exploitation ou association d'exploitation (sous forme de fédération). Si, dans un premier temps, la fusion semblait envisageable, elle a dû être écartée en raison de craintes telles que disparition à moyen terme des hôpitaux de Sierre et Martigny en tant que centre hospitalier, résistance de la population locale pour préserver les soins de proximité.

Lors des discussions sur la création du multisite pour la région Sion-Sierre-Martigny, le choix s'est porté sur la fédération associative, c'est-à-dire la prolongation de la forme de droit privé actuelle. Cela n'est au fond pas très difficile à comprendre puisque ce choix présente la solution qui implique peu de modifications de statuts et de fonctionnement et qui, surtout, préserve de "l'étatisation" tant crainte de tous et décrite dans les chapitres précédents.

La fédération d'associations s'est donc imposée comme la variante la plus adéquate et respectueuse des vœux de chacun¹³⁴.

Sur le plan du financement, la fédération serait la destinataire d'un budget global attribué par l'Etat; celui-ci correspond à un budget-cadre que la fédération gère et achemine vers les différents sites. Il existerait en outre une solidarité financière entre les trois sites, ce qui avait disparu avec les

¹³¹ Je ne me place pas là dans une perspective future; j'ignore en effet quelle formule va adopter le Conseil d'Etat dès l'automne 2000 face aux résistances opposées récemment.

¹³² Cette situation est cependant susceptible de modifications rapides.

¹³³ L'activité de l'hôpital Sion est en effet nettement supérieure aux cinq autres hôpitaux régionaux; pour 1999, le budget de l'hôpital de Sion représentait le 35 % du budget global des hôpitaux, soit plus de deux fois le budget de chacun des autres hôpitaux. Source : Le financement des hôpitaux valaisans de soins aigus, Service de la santé publique, Sion, le 4 février 2000, p. 16.

¹³⁴ Même si le Département était d'avis qu'une telle forme juridique était propre à faire s'enliser tout projet, de par l'addition des organes (PV de la séance du 15 juin 1998, p. 6).

modifications de 1998, qui ont supprimé le fonds de stabilisation des forfaits et instauré un système de comptabilité individuelle pour chaque établissement.

Pour comprendre les mécanismes juridiques envisagés dans cette fédération, il convient de se pencher sur les statuts élaborés en mai 2000.

4.2 EXAMEN DES STATUTS

4.2.1 une comparaison des statuts du CHR avec ceux de l'Oberwalliser Spitalzentrum et avec des statuts "idéaux"¹³⁵

La difficulté d'élaborer des statuts idéaux tient moins à la complexité de la forme juridique qu'aux enjeux politiques et stratégiques qui s'y trouvent mêlés. En effet, en plus de l'expression des volontés individuelles et régionales de chaque association, de ses membres, et de chaque site, l'élaboration des statuts donne lieu à la réglementation de délégations et à l'attribution de compétences qui auront une influence notable sur l'évolution de chacun des établissements. A cela s'ajoute que, suivant qu'une question est réglée dans les statuts ou dans un règlement annexe, cela entraîne en principe des compétences différentes; en effet, dans le premier cas, c'est l'assemblée générale, donc indirectement les associations actuelles, qui est compétente, alors que dans le second, c'est normalement le conseil d'administration du CHR, pour autant que cette tâche lui soit attribuée.

L'analyse ne consiste pas ici à reprendre chaque point des statuts pour en faire son historique, mais plutôt à porter un regard critique sur certaines dispositions, soit parce qu'elles constituent une bonne option dans le cas précis, soit parce qu'elles auraient pu faire l'objet d'un autre – meilleur ? – choix. Ce sera aussi l'occasion de signaler que le projet est parfois muet sur des dispositions nécessaires et importantes. Je me propose néanmoins de suivre l'ordre des articles du projet de statuts¹³⁶.

Tous les projets de statuts soumis à examen ont été dotés d'un préambule, sur lequel aucune discussion n'a eu lieu. L'existence même d'un préambule, hormis pour ce qui concerne le rappel des décisions du Conseil d'Etat, n'est pas, à mon avis, un signe positif; en effet, il tend essentiellement à justifier la démarche et cherche à convaincre tant les acteurs du changement que les destinataires des statuts; il permettra de se souvenir des bonnes intentions du départ.

Le choix du lieu du siège de l'association pouvait être réglé de diverses manières. Tandis que le Haut-Valais a opté pour un siège fixe pendant une durée de huit ans alternativement à Viège et à Brigue, le CHR a choisi son siège en fonction du domicile du Président du CA, le siège changera ainsi tous les 4 ans. Les deux solutions peuvent se justifier, même si, idéalement, il est sans doute plus aisé d'avoir un siège stable durant une plus longue période (pour des questions de procédure, notamment). Aucune des deux organisations projetées (CHR et OWS) n'a opté pour un siège principal avec des succursales, comme cela avait été envisagé en séance du 7 mai 1998 par la Commission juridique¹³⁷.

Le but de l'association a été fixé en conformité avec la législation cantonale et suivant la planification hospitalière. Il a en outre été spécifié qu'aux structures hospitalières actuelles pouvaient

¹³⁵ Il convient de remarquer à titre préliminaire que ces statuts ont fait l'objet de séances d'élaboration au terme desquelles un projet a été soumis aux assemblées générales des associations, selon le planning établi par le Conseil d'Etat; ce projet n'a cependant pas été accepté (pour des raisons indépendantes du contenu rédactionnel).

¹³⁶ Inséré en annexe au présent mémoire.

¹³⁷ Cf PV de la séance de la Commission juridique sur le statut des hôpitaux.

venir s'ajouter d'autres structures sanitaires complémentaires, laissant ainsi la porte ouverte à l'inclusion d'établissements médico-sociaux ou d'un autre type; cette précision est primordiale dans l'optique de la création de réseaux de santé régionaux.

La détermination des compétences à déléguer est une question délicate puisque un extrême ou un autre, le trop ou le trop peu, peut aboutir à vider, dans le premier cas, les associations de leur substance ou, dans le second, à rendre inutile et impraticable la structure du multisite. Deux variantes s'offraient à choix pour la délégation des compétences entre les associations et la fédération : une énumération de compétences, option prise en premier lieu par le CHR, ou une délégation générale purement fonctionnelle, choix de l'Oberwalliser Spitalzentrum¹³⁸. L'avantage de la première solution était la distinction nette des compétences entre les associations et la fédération; ainsi, en cas de litige ou d'incertitude, une liste énumérative est plus facile à interpréter qu'une délégation toute générale. En dernière discussion, l'option a été un compromis, à savoir une délégation relativement générale avec un renvoi à un règlement. Il s'agit là plutôt d'un choix politique que juridique, effectué dans l'idée de laisser au futur CHR une grande marge de manœuvre.

Un terme peut peut-être porter à confusion à l'article 5 des statuts: la planification générale et financière (art. 5 al. 1). A la lecture de cette disposition on pourrait effectivement croire que le CHR s'arroge le droit d'effectuer sa propre planification hospitalière, alors que celle-ci est clairement du ressort de l'Etat cantonal¹³⁹. L'usage de ce terme relativement vague est en fait à nouveau l'expression d'une volonté de laisser à la direction du CHR¹⁴⁰ la compétence de régler elle-même certains aspects, comme le sort des disciplines médicales¹⁴¹ au sein du multisite, la gestion du budget global, mais reflète aussi sans doute les difficultés à prendre des décisions claires et précises sur le sort de chaque établissement¹⁴².

Aucun article en revanche ne règle la hiérarchie entre règlement de la fédération et statuts des associations. Doit-on retenir la primauté du premier, solution qui devrait, à mon avis, s'imposer si l'on veut assurer une certaine cohérence du tout? Cette interrogation reste ouverte.

On a évoqué plus haut les questions d'admission et de démission des membres; l'association n'étant pas tenue, selon la doctrine citée, de pratiquer le principe de porte ouverte, il paraît donc judicieux d'avoir clairement stipulé l'intransmissibilité de la qualité de membre, comme c'est le cas à l'article 7 des statuts du CHR; il en va de la survie même du CHR.

Conformément aux dispositions du Code civil, la responsabilité de l'association pouvait être limitée au patrimoine du CHR, sous réserve des dispositions concernant les frais encourus par les communes. C'est donc à juste titre que les statuts reprennent cette réglementation à l'article 8.

L'inscription du transfert de propriété de certains éléments patrimoniaux (toutes les installations, les plateaux techniques,...) ou de leur cession pour jouissance, de même que le transfert des rapports de droit permet une situation juridique sans équivoque; c'est donc un choix judicieux qui a été fait par l'Oberwalliser Spitalzentrum¹⁴³. En l'absence d'une telle disposition dans les statuts du

¹³⁸ Art. 4 ab. 1 : der Gründerverein delegiert sämtliche strategischen und operativen Entscheidungskompetenzen an den Verein Oberwalliser Spitalzentrum.

¹³⁹ Art. 95 al. 1 LS.

¹⁴⁰ Cf art. 24 des statuts.

¹⁴¹ Ce qui pourrait être considéré comme contraire à l'art. 95 al. 2 lit e. Celui attribue en effet à l'Etat cantonal la compétence de déterminer la mission des différents établissements et institutions sanitaires. Afin d'éviter ce problème, on pourrait considérer que le multisite est un établissement et un seul au sens de la loi sur la santé, la distribution interne des missions ne ressortirait ainsi plus au Conseil d'Etat.

¹⁴² Je renvoie pour cela aux modifications qu'a subies le projet du multisite qui, au départ, devait comprendre une répartition selon le système long séjour/court séjour, projet qui a dû être abandonné (cf chap. I, définition).

¹⁴³ Art. 3 der Statuten.

CHR, il convient de recourir à la voie de l'interprétation; dans la mesure où le but du CHR est "d'exploiter divers établissements qui constituent ensemble une structure hospitalière" (art. 4 al. 1 lit.b), et que demeure de la compétence de chaque association fondatrice notamment la gestion du patrimoine immobilier (art. 5 al. 4 lit. a), l'on peut déduire que ces éléments patrimoniaux sont restés en main de leur actuel propriétaire, avec un transfert de leur usage. Pour ce qui est du reste du patrimoine mobilier, comme les plateaux techniques, etc., il y a là une lacune qu'il serait nécessaire de combler; une réglementation logique et raisonnable voudrait que cela soit transmis en propriété au CHR, afin de permettre l'exploitation de l'ensemble hospitalier et le renouvellement de l'appareillage à charge de ce dernier. Cette question reste elle aussi cependant ouverte, même si elle n'offre, à mon avis, qu'une seule réponse!

Le CHR a fait le choix d'une assemblée générale relativement nombreuse puisqu'elle est formée d'autant de délégués qu'il y a de voix accordées aux trois associations de communes. Si, dans un premier temps, le nombre risquait d'être conséquent (un délégué pour 2'750 habitants), la proportion a été fortement réduite (un délégué pour 5'000 habitants), ce qui paraît raisonnable.

L'option prise par le Haut-Valais de n'accorder qu'un seul délégué par commune, mais doté de plusieurs voix, en fonction de la taille de celle-ci permet une assemblée plus réduite et la désignation d'un membre dont l'intérêt et/ou la formation pour les questions traitées seront certainement meilleurs; elle présente cependant le risque de paraître (d'être ?) moins démocratique.

L'assemblée générale du CHR prend la plupart de ses décisions à la majorité absolue. Une majorité qualifiée est requise en cas de modification des statuts et de dissolution de l'association¹⁴⁴; le Haut-Valais a prévu d'autres cas qu'il serait judicieux d'ajouter comme celui de la détermination du taux de participation des communes aux frais encourus ainsi que celui de l'élection du président. Il est cependant compréhensible que plus une assemblée est volumineuse, plus on cherche à éviter le système de la majorité qualifiée et ce, afin d'empêcher que ne se développent des stratégies de veto.

Attribuer la clause générale de compétence au conseil d'administration, contrairement à la règle dispositive du code civil¹⁴⁵, est une optique raisonnable pour gérer une telle entreprise; en effet, celui-ci semble plus à même de faire face à tous les problèmes qu'une assemblée de délégués.

4.2.2 Les pierres d'achoppement

L'élaboration de ce projet de statuts n'a pas été sans heurts et certains aspects demeurent litigieux. Différentes raisons à ces désaccords peuvent être évoquées comme la répartition des pouvoirs à l'intérieur du CHR ou avec les acteurs extérieurs.

La dénomination : afin de reproduire correctement l'idée du multisite, il y a lieu de reproduire les raisons sociales de chaque hôpital et éviter de mettre en avant les sites, c'est pourquoi l'on parlera de zone hospitalière¹⁴⁶.

Le préambule : se doit de manifester les conceptions sous-jacentes, prévoir l'avenir et ménager les sensibilités locales ! Il se devrait de servir de multiples intérêts et est donc peu propice au consensus. C'est pourquoi aucun projet de texte n'a donné lieu à un accord.

La composition de l'assemblée générale: l'article 10 de l'un des premiers projets de statuts du CHR prévoyait que l'assemblée générale serait composée des délégués désignés par les communes à raison d'au moins un délégué par commune et d'un délégué supplémentaire pour chaque tranche de 2750 habitants, les districts de Loèche et de St-Maurice disposant, le cas échéant, chacun de cinq

¹⁴⁴ Art. 29 et 30 des statuts.

¹⁴⁵ Riemer, op. cit., ad. Art. 65 n° 26.

¹⁴⁶ Ce point a fait l'objet d'après discussions...révélatrices du manque d'engouement général pour le projet ?!

délégués. Cela entraînait, je l'ai dit, un nombre de délégués important.

Afin de former un organe plus rationnel, cette disposition a été modifiée sur deux points : les délégués sont désignés par chaque association hospitalière et non pas par les communes¹⁴⁷; pour l'obtention d'un délégué supplémentaire, on est passé de tranches de 2750 habitants à d'autres de 5'000 habitants. Concrètement, cela signifie environ: 12 représentants de l'association hospitalière de Martigny-Entremont, 10 délégués pour l'association hospitalière de Sierre-Loèche, et 15 délégués pour l'association hospitalière Sion-Hérens-Conthey. Si ce redimensionnement apparaît comme une bonne solution pour former un organe fonctionnel, il peut sembler à beaucoup comme une soustraction de pouvoir et une limitation de la démocratie.

La composition du conseil d'administration a fait l'objet de nombreuses discussions.

La première question a porté sur la présence de membres avec voix consultative au sein de cet organe, tels que l'Etat, les assureurs, les médecins non hospitaliers, les syndicats et les directeurs des sites. Deux types d'arguments s'opposent. D'un côté, la composition du conseil d'administration avec voix consultatives, bien qu'atypique, semble la solution adéquate en raison de l'importance, pour la gestion interne de l'hôpital, de la position de ces partenaires extérieurs, de la transparence voulue par la législation sanitaire et sur l'assurance-maladie concernant les statistiques médicales, administratives ou autres, nécessaires à toute décision relative au financement et à la planification hospitalière. Elle permettrait en effet d'assurer la participation de ces représentants et correspond au souhait de travailler avec un maximum de concertation entre les acteurs engagés dans la santé. De l'autre côté, des arguments pratiques peuvent être avancés. Ainsi peuvent survenir des dysfonctionnements dus au nombre trop élevé de membres par rapport à l'importance des tâches confiées au conseil d'administration, des dysfonctionnements dus au mélange des tâches opérationnelles du CA pour la bonne marche interne de l'établissement et des tâches relevant de négociations avec des partenaires extérieurs (assureurs, syndicats, etc.), ainsi que des dysfonctionnements dus au risque de politisation, d'indiscrétions, de fuites voire de médiatisation des débats du conseil d'administration, notamment sur des affaires relevant de la protection de la sphère personnelle. Il existe enfin un risque de voir apparaître dans la pratique deux conseils d'administration, l'un "officiel" et l'autre officieux. Certains opposants font valoir plutôt une argumentation politique, à savoir le refus de voir siéger en permanence des représentants d'acteurs puissants tels que canton et assurance¹⁴⁸.

Aucune opposition n'a en revanche été soulevée à la participation des directeurs de site et du directeur général – pour autant qu'il ne soit pas lui-même directeur d'un site -, dont la présence est même vivement souhaitée; l'accord unanime sur ce point est parfaitement compréhensible et correspond à une nécessité bien saisie de tous, si l'on veut assurer de la cohérence à ce projet et une bonne coordination entre l'organe central et ses "sections".

Si les réticences à mêler Etat et assureurs à la gestion du multisite devaient être levées, il y aurait lieu de prévoir une disposition particulière dans les statuts, la fonction d'observateur n'étant pas prévue par la loi. D'autres observateurs pourraient être admis en fonction de l'intérêt des questions à régler.

La seconde question a porté sur le nombre exact de membres du conseil et leur provenance. Le choix s'est finalement arrêté sur l'idée d'attribuer des postes en fonction de l'activité réelle de chaque site. Deux conceptions s'opposent néanmoins : la première, majoritaire, implique un conseil de sept membres et une répartition selon le mode 2-2-3; la proposition minoritaire veut élever le nombre de membres à huit, répartis selon le mode 2-2-4, ce qui entraîne forcément un droit de veto en faveur de l'un des trois sites. Cette option me paraît inacceptable au regard des objectifs du multisite : il ne s'agit en effet pas d'instaurer un déséquilibre en faveur d'un hôpital et d'aller ainsi, par voie détournée, vers la création d'un hôpital cantonal tout puissant, mais bien plutôt de favoriser les

¹⁴⁷ Pour une critique de ce choix, je renvoie le lecteur au paragraphe sur la fédération associative.

¹⁴⁸ et ce malgré la mention qui est faite à ce sujet sous chiffre 4 de la décision IV du Conseil d'Etat : un délégué du DSSE participe, avec voix consultative, aux séances des organes et instances compétentes du CHR, décision du 12 avril 2000 du CE.

collaborations intracantonales. Instaurer un droit de veto conduirait inévitablement à l'échec de ces dernières.

Le choix du directeur général : si l'idée même de l'instauration d'une direction générale a atteint le consensus, la question du choix du directeur pose par contre plus de difficultés. La formule de l'élire parmi les trois directeurs de site, en instaurant un tournus, paraît la solution la plus simple et évidente, elle n'a pas cependant obtenu l'unanimité. Il lui a été préféré une formulation "en principe", afin de permettre, selon ses défenseurs, un choix plus vaste, assurant de trouver une personne ayant les compétences de gérer pareille entreprise. Je pense qu'il est en effet judicieux de distinguer les fonctions de direction et d'éviter ainsi un mélange d'intérêts, entre celui du site et celui du multisite, qui peuvent être contradictoires.

La reprise de dettes appelle quelques remarques : actuellement, les dettes de chaque association hospitalière liées aux investissements autorisés par l'Etat sont prises en charge à raison de 80 % par le canton et 20 % par les associations de communes. Hormis l'hôpital de Viège, aucun établissement ne présente de dettes d'investissement, les anciennes dettes ayant entièrement été reprises par l'Etat cantonal. Par contre, dans le futur, la répartition à l'intérieur même du multisite, entre les associations, et au sein de ces dernières, risque de présenter quelques difficultés. En effet, qui va payer les déficits ou d'éventuelles dépenses somptuaires ? Conformément à la loi sur la santé, les communes doivent en effet prendre en charge toutes les dépenses non retenues, pour autant qu'il y en ait, le but étant bien sûr de les réduire au maximum. La solution devra donc être trouvée au regard de la pratique actuelle; il suffira d'interpréter largement le terme de communes, tel qu'utilisé dans la loi, de le comprendre comme association de communes, et de fixer une répartition entre celles-ci dans les statuts.

La présidence pose enfin la question suivante : faut-il un même président pour l'assemblée générale et le conseil d'administration ou un président pour chacun de ces organes ? Le Haut-Valais a fait le choix de deux personnes différentes, tandis que le CHR a préféré une seule personne pour occuper les deux fonctions. Cette deuxième solution me paraît la plus judicieuse dans la mesure où cela permet d'effectuer le lien entre les deux organes. Qui est mieux à même de représenter le multisite devant l'assemblée générale et faire les propositions les plus adéquates que celui qui a en charge sa gestion ?

4.3 UNE COMPARAISON AVEC LES STATUTS DE L'HOPITAL DU CHABLAIS

"Sous le nom d' "Hôpital du Chablais", un hôpital unique multisite est mis en place au 1^{er} janvier 1998, par fusion juridique des hôpitaux de soins aigus d'Aigle et de Monthey, telle que demandée par les organes responsables des établissements et approuvées par les deux cantons, avec une Direction et un collège des médecins uniques, ainsi que des organes responsables composés paritairement de représentants vaudois et valaisans. Cette fusion assure une répartition des activités telles qu'elle garantit l'économicité et la qualité des prestations."¹⁴⁹

L'une des principales particularités de cet hôpital est sa situation géographique. En effet, la création d'un multisite, situé à cheval sur deux cantons, implique un certain nombre de problèmes juridiques supplémentaires, résolus dans les dispositions de la Convention intercantonale¹⁵⁰, qui ne sont pas l'objet de ce travail.

Malgré cette différence majeure d'avec le projet du CHR, il n'en demeure pas moins que l'hôpital du Chablais est un exemple concret d'hôpital multisites. Les Chablais vaudois et valaisans ont choisi

¹⁴⁹ Art. 2 a) de la Convention pour l'hôpital du Chablais et la libre circulation des patients vaudois et valaisans.

¹⁵⁰ Art. 1 : libre circulation des patients et du personnel soignant – tarifs.

de fusionner les deux hôpitaux en une seule association, ce qui a eu pour conséquence la disparition des associations de communes valaisanne et vaudoise qui géraient leur hôpital régional. L'objectif de cette fusion est cependant plus conséquent que pour le CHR, puisque, à moyen terme, il est envisagé la réunion sur un seul site de l'ensemble des activités hospitalières.

4.3.1 Examen de quelques dispositions particulières des statuts

Le préambule

"De plus, la Commission estime qu'un hôpital unique multisite, guère envisageable sans une fusion juridique, n'est qu'une période intermédiaire et transitoire, tant sur le plan de la logique médicale qu'économique, devant aboutir à un hôpital sur un site unique."

Cette disposition du préambule marque très clairement une volonté de centralisation des activités, contrairement à la thèse soutenue, par exemple, par le Tessin¹⁵¹.

La responsabilité des communes valaisannes

Afin de se conformer aux exigences légales, l'article 8 des statuts tient compte de la nécessaire participation des communes valaisannes aux dépenses non retenues. Comme la législation vaudoise ne connaît pas ce système, le règlement interne devra donc impérativement régler leur répartition entre les membres des deux berges du Rhône.

L'extinction de la qualité de membre

En vertu du principe fixé de parité cantonale de délégués, lorsqu'un membre sort, il y a lieu de prévoir une disposition qui assure la continuité de la parité des voix, c'est pourquoi il est stipulé à l'article 7 des statuts que ces voix sont attribuées au préfet du district relevant du canton concerné.

Cette figure n'est pas prévue par les statuts du CHR alors même que la sortie d'un membre est possible à l'article 8 des statuts. Cela signifie-t-il que, dans le cas du CHR dans lequel les associations sont restées propriétaires de leurs biens, l'association sortante repart avec ces derniers ? N'aurait-il pas fallu envisager clairement la possibilité de remplacer l'association par l'ensemble des communes ou du moins par celles qui le souhaitent, afin d'éviter des opérations délicates de liquidation des comptes ?

L'assemblée générale

Cet organe est constitué de délégués des communes vaudoises et valaisannes. Leur nombre a été fixé à 34, soit 17 de part et d'autre du Rhône.

Comme c'est la forme de la fusion qui a été choisie, les compétences de l'assemblée générale, dans ce cas, sont relativement importantes par comparaison avec celles attribuées à ce même organe par le CHR.

¹⁵¹ A mon avis, une explication possible de cette différence est la vétusté des bâtiments de Monthey et d'Aigle. Les progrès médicaux sont tels que pour offrir des soins de bonne qualité, les restaurations ne suffisent plus, alors que l'hôpital de Bellinzona, centre de soins aigus du premier multisite tessinois, présente des caractéristiques d'un hôpital cantonal.

Le conseil d'administration

L'organe exécutif de l'hôpital du Chablais est un comité de direction, à la différence du CHR qui prévoit un conseil d'administration. Il ne s'agit cependant là que d'une différence de terminologie. L'élément distinctif consiste dans la présence au sein du comité avec voix délibérative d'un médecin non hospitalier. Lors des discussions de l'assemblée générale constitutive, il a été prévu que les règles usuelles de récusation étaient applicables aux membres à voix consultative¹⁵².

Comme c'est prévu pour le Valais Central, des représentants extérieurs, tels que assurances, Etat, syndicats n'ont pas été associés directement, avec voix consultatives, à la gestion du multisite.

La direction

Aucune disposition des statuts ne concerne la direction générale. Un pouvoir de réglementation est attribué au comité de direction, qui doit nommer le directeur et établir son cahier des charges. Cela tient notamment au fait qu'en raison de la fusion, l'organisation de cette tâche est simplifiée puisqu'elle ne doit pas inclure les directeurs de chaque site. Par contre, il est étonnant qu'aucune direction médicale et des services de soins ne soit statutairement prévue.

Comme c'est le cas pour le CHR, le comité de direction bénéficie d'une clause générale de compétences.

¹⁵² Assemblée constitutive de l'association de l'hôpital du Chablais du 24 mars 1998, p.2.

5. L'EXEMPLE DU TESSIN

L'exemple du canton du Tessin offre l'intérêt d'être l'une des premières tentatives de maîtrise des coûts de la santé, même si le système élaboré alors accuse un certain nombre d'années et même si le gouvernement tessinois travaille actuellement à sa modification.

Avant la mise sur pied de *l'Ente ospedaliero cantonale*¹⁵³, ce canton comptait dix hôpitaux d'intérêt public, une maternité cantonale, cinq cliniques privées pour les soins aigus, ainsi qu'une septantaine d'autres institutions de soins. En l'absence de toute loi sur la planification hospitalière, pendant plus de vingt ans, le gouvernement tessinois a usé de moyens de pression uniquement financiers, accordant ou refusant des subventions et des subsides d'exploitation et d'investissement, pour pousser les établissements à la coordination.

Ceux-ci étaient régis par différentes formes de droit : fondations, associations ou établissements communaux; si bien qu'il y avait chaque fois une organisation juridique différente.

Vers le milieu des années septante, différentes initiatives de députés au Grand Conseil ont poussé à la planification hospitalière; elles aboutiront quelques années plus tard à la modification de la loi. L'idée d'une entité hospitalière cantonale est ainsi proposée au parlement dès 1973; elle consiste en une corporation cantonale, de droit public, placée sous la surveillance et le contrôle de l'Etat, impliquant un transfert à titre gratuit des établissements hospitaliers.

Dans les années 80, le Tessin modifie donc sa législation. Pour lutter contre la tendance endémique de chaque région à vouloir tout faire dans le domaine hospitalier et pour éviter la pression sur les subventions, seul moyen d'action de l'Etat, le Grand Conseil adopte une loi prévoyant que, dans un délai d'un an, les hôpitaux régionaux pourront choisir de céder ou non leurs avoirs (actifs et passifs) au canton et créer ainsi une institution relevant du Conseil d'Etat, *l'Ente Ospedaliero Cantonale* (EOC), qui a la compétence de planifier et d'allouer les ressources; dès lors les régions sont confinées à être seulement entendues. On crée ainsi un échelon hospitalier cantonal. Il s'agit d'une entreprise para-étatique dont le but est de réunir l'ensemble des établissements hospitaliers d'intérêt public sous une même organisation. Cette solution, qui a abouti à la "cantonalisation" de tous les établissements hospitaliers tessinois, a permis une rationalisation qui, quelque quinze ans plus tard, ne suffit malheureusement plus. Il convient de relever qu'au départ, la situation était identique à celle du Valais, à savoir l'existence de personnes morales et l'absence d'un hôpital cantonal.

Les trois idées directrices du projet de 1980 étaient les suivantes :

- repenser l'organisation hospitalière quant à la définition du rôle et de la fonction de chacun des hôpitaux;
- coordonner les activités hospitalières en ce qui concerne aussi bien l'introduction et le maintien des unités, des services, des consultations que l'utilisation économique et rationnelle de l'appareillage, du personnel et des laboratoires;
- créer des commissions interdisciplinaires composées d'opérateurs sanitaires, d'économistes et de professionnels d'autres disciplines techniques et scientifiques chargés d'examiner les demandes d'acquisition de nouveaux appareils, la création de nouveaux services et d'autres questions hospitalières et sanitaires, non seulement dans l'optique d'une rationalité médicale, mais aussi du point de vue économique et

¹⁵³ Par commodité, j'utilise par la suite le terme *d'Ente*.

organisationnel.¹⁵⁴

L'Ente est fondé par la loi du 20 décembre 1982 sur les hôpitaux publics. Il fait partie des établissements qui trouvent leur origine directement dans une loi et possède donc la personnalité juridique de droit public en tant qu'organisation corporative cantonale autonome. *L'Ente* s'occupe de la planification, de la coordination et de la gestion des hôpitaux publics¹⁵⁵. Aux termes de l'article 6 de la loi, les personnes morales de droit public ou de droit privé, propriétaires d'un hôpital, qui demandent l'adhésion à *L'Ente*, doivent déclarer leur volonté de céder à titre gratuit l'ensemble du patrimoine destiné directement ou indirectement au fonctionnement de l'hôpital en question. Selon l'article 36 de la loi, la procédure de demande et d'approbation doit avoir lieu, au plus tard, dans le délai d'une année après l'entrée en vigueur de la loi sur les hôpitaux publics. Il est en effet indispensable de prévoir une durée limitée pour les procédures d'adhésion, afin de permettre au canton, à *L'Ente* et aux régions de s'organiser en conformité avec la loi. Il faut aussi éviter que les hôpitaux ne fassent, en premier choix, celui de se constituer en clinique privée et gardent à l'idée qu'en cas de déficit, ils pourront demander l'adhésion à *L'Ente*. Il va cependant de soi qu'une fois le délai échu, un hôpital d'intérêt public pourra toujours demander d'adhérer, sous réserve, cependant, de l'approbation du Grand Conseil.

Tous les engagements de *L'Ente* dont le siège se trouve à Bellinzona, sont garantis par l'Etat. La majorité des rapports juridiques de *L'Ente* est régie par le droit public. Tel n'est cependant pas le cas des relations de travail, malgré un jugement rendu par la Ière Cour de droit civil du Tribunal fédéral qui avait estimé que les rapports de travail entre le médecin-chef et l'hôpital étaient de nature publique¹⁵⁶. En effet, la loi cantonale a été modifiée le 20 décembre 1993 dans le sens où il est désormais clairement prévu l'application du droit privé dans les rapports de travail¹⁵⁷!

L'Ente vise en premier lieu l'efficacité et ce, notamment, par le biais à la fois de la décentralisation et de la centralisation.

Pour ce qui est de la décentralisation, *L'Ente* est organisé en sept hôpitaux, les hôpitaux régionaux de Bellinzona, Lugano (civile et italiano), Locarno et Mendrisio, ainsi que ceux de zone du Vallemaggia, de Blenio et de la Léventine. Ces établissements disposent chacun d'un siège et bénéficient d'une large autonomie. A ces centres hospitaliers s'ajoutent la maternité cantonale, une buanderie centrale ainsi qu'un centre informatique unique.

La centralisation est réalisée, quant à elle, par le regroupement des disciplines de pointe qui permet d'atteindre des masses critiques de patients à traiter dans la plupart de celles-ci.

L'Ente est doté de cinq organes : le Conseil d'administration, la Conférence hospitalière, un directeur, les Conseils hospitaliers et l'assemblée des délégués des communes. Elle est dirigée par le Conseil d'administration, formé de sept membres désignés par le Grand Conseil¹⁵⁸ et par une direction générale qui a son siège à Bellinzona. Cette dernière ainsi que les directeurs de chaque site forment la conférence de direction de *L'Ente*. Il s'agit d'un organe consultatif permanent traitant des questions de gestion hospitalière coordonnée¹⁵⁹. En outre, les médecins participent directement à la

¹⁵⁴ Libre traduction du Message du Conseil d'Etat du 17 juillet 1981, p. 3

¹⁵⁵ art. 10 de la legge sugli ospedali pubblici; cette disposition, reproduite dans les annexes, est innovatrice à plusieurs titres; elle attribue à l'Ente des compétences importantes, notamment celle de décider de la répartition des spécialités, ainsi qu'une clause générale du besoin en matière d'équipements hospitaliers, réglementée par un décret sur les acquisitions du 9 avril 1993, clause que l'on voit actuellement apparaître dans la législation de certains autres cantons (notamment Genève et Vaud, en discussion). Ce décret est intéressant puisqu'il encourage en outre l'achat de fourniture tessinoise (art. 2 al. 2) et les soumissions publiques dans certains cas (art. 4 al.1).

¹⁵⁶ ATF 118 II 212 cons. 3

¹⁵⁷ art. 17 al. 1 lit.d LOP

¹⁵⁸ En élisant le Conseil administratif, l'Etat tessinois s'est ainsi assuré la fidélité de ses membres et leur adhésion à sa politique sanitaire.

¹⁵⁹ Il s'agit d'un organe créé par le Conseil d'administration, en vertu de ses attributions (art. 17 lit. f) -

gestion de la corporation par le biais de la Conférence des Présidents des Collèges des médecins-chefs, un deuxième organe consultatif permanent, compétent dans les questions concernant la coordination de la gestion médicale hospitalière¹⁶⁰. Les autres professionnels y participent par le biais de groupements interhospitaliers.

Les compétences de surveillance et de contrôle de *l'Ente* sont réparties entre le Conseil d'Etat et le Grand Conseil¹⁶¹.

Outre le Conseil d'administration et la direction, *l'Ente* est doté de trois autres organes. La Conférence hospitalière est un organe permanent à vocation consultative générale¹⁶². Des Conseils hospitaliers sont prévus pour chaque site, composés de représentants des communes, afin de tenir compte d'une participation démocratique au niveau local et régional, avec prépondérance des représentants de la commune préciput, d'un représentant de la fédération tessinoise des caisses-maladie, ainsi que d'un représentant de chaque hôpital de zone ou d'un représentant de l'hôpital régional du district dont l'hôpital de zone fait partie; chaque Conseil est le responsable administratif d'un établissement et a la possibilité de participer au réunion du Conseil d'administration de *l'Ente* avec voix consultative¹⁶³. L'assemblée des délégués des communes, enfin, possède des compétences très restreintes.^{164 165}

La planification hospitalière cantonale, c'est-à-dire la mission de chacun des hôpitaux¹⁶⁶, est revue par *l'Ente* tous les 4 ans. Le but est la promotion d'une politique de coordination des prestations de tous les instituts dans un concept global tendant à assurer la qualité des soins, à diminuer les compétences parallèles et à contenir les coûts. C'est ainsi que dans la version actuelle de la loi, l'on distingue entre hôpitaux régionaux et hôpitaux de zone. Selon la catégorie à laquelle chaque établissement est attribué, il pourra dispenser des soins de certaines catégories; deux hôpitaux régionaux se répartissent les spécialités cantonales, ceux de Lugano et de Bellinzona.

La loi prévoit des instances décisionnelles à différents niveaux : au niveau cantonal, les compétences sont réparties entre le Grand Conseil, le Conseil d'Etat, et *l'Ente ospedaliero cantonale*, tandis qu'au niveau local les compétences sont réparties entre les Régions et le Conseil hospitalier. Ce dernier est constitué en majorité de représentants des communes de la région dans laquelle se trouve le siège de l'hôpital. Les établissements de *l'Ente* sont donc dirigés par deux instances administratives, le Conseil d'administration de *l'Ente* et un Conseil hospitalier propre à chaque établissement. Afin d'éviter les difficultés liées à la multiplication des décideurs potentiels, ce dernier organe devrait prochainement être supprimé. En effet, la fusion des hôpitaux en multisite, de même que la gestion en réseau coordonné de plusieurs hôpitaux demande, je l'ai évoqué dans un chapitre précédent, l'abandon de prérogatives régionales et communales.

A l'échelon cantonal reviennent les tâches d'élaborer les normes de planification, de coordination et d'organisation interne du secteur, ainsi que leur application correcte, tandis que la gestion et la propriété des hôpitaux est attribuées aux instances régionales. Celles-ci sont consultées pour l'élaboration de tous les règlements concernant l'organisation interne des hôpitaux, lors de décisions cantonales.

Contrairement aux autres corporations de droit public, *l'Ente* est limité dans son autonomie

Regolamento della Conferenza dei direttori du 10 janvier 1986.

¹⁶⁰ Regolamento della Conferenza dei Presidenti dei Collegi dei medici primari du 29 avril 1994

¹⁶¹ art. 8 et 9 de la loi sur les hôpitaux publics

¹⁶² Regolamento della Conferenza ospedaliera du 24 août 1984

¹⁶³ Regolamento dei Consigli ospedalieri du 12 octobre 1984.

¹⁶⁴ Regolamento dell'Assemblea dei delegati dei comuni du 12 octobre 1984 ainsi que le Regolamento sulle modalità di elezione dei delegati du 20 avril 1984.

¹⁶⁵ pour les détails, je renvoie à l'annexe 4 qui reproduit la loi dans son entier.

¹⁶⁶ art. 10 de la loi.

décisionnelle par deux facteurs au moins :

- la mise à disposition de moyens économiques et financiers importants de la part des collectivités publiques (le canton et les communes) impose, outre un contrôle de la part du législateur et de l'exécutif, une répartition équitable des responsabilités notamment celle de répondre devant le parlement et la population des choix faits et des priorités opérées;
- la nature même de la matière, touchant de près des besoins vitaux de chaque individu, requiert une répartition des compétences décisionnelles et donc des responsabilités à différents niveaux.

Ce projet a été réalisé il y a déjà bientôt vingt ans. Cette volonté de mise en réseau, sans création d'un hôpital unique, était un bon précurseur du système multisite. La loi très innovatrice donne, au fond, des solutions à bon nombre de questions que le législateur et le gouvernement valaisan doivent résoudre actuellement.

L'ouverture du secteur hospitalier à la concurrence a contraint cependant *l'Ente* à chercher une nouvelle parade à l'explosion des coûts. C'est ainsi qu'est né, en 1999, le premier multisite tessinois entre les hôpitaux de Bellinzona, Acquarossa et Faido¹⁶⁷, *l'Ospedale Regionale Bellinzona e Valli* (ORVB). Ce multisite est le résultat d'une évolution dont les bases étaient déjà posées. En effet, l'hôpital de zone de Faido avait fermé les services de chirurgie, de gynécologie et d'obstétrique, transférés à l'hôpital régional de Bellinzona ; de même, tous les patients de l'hôpital d'Acquarossa qui nécessitaient un traitement spécialisé ont été acheminés à Bellinzona. L'étape suivante fut dès lors la constitution de l'ORB. Celui-ci correspond parfaitement à la définition du multisite; il s'agit d'un hôpital unique mais réparti sur plusieurs sites, géré par une direction unique, composée d'un directeur, de cadres supérieurs de l'administration, des soins infirmiers ainsi que du corps médical. L'ensemble de l'activité médicale est sous la responsabilité d'une seule direction.

A la base de ce multisite se trouve le projet médical de prise en charge du patient. A chaque établissement a été donnée une mission spécifique qui le caractérise et en fait un point de référence pour ce qui est de la qualité des soins et l'accueil dans le domaine soit des soins aigus, soit de la réhabilitation, soit de la gériatrie. L'idée sous-jacente du multisite est ainsi que l'union des compétences et des capacités individuelles et particulières donne un résultat supérieur à une simple addition de celles-ci.

Le Tessin est un exemple intéressant que l'on peut mettre en parallèle avec la situation du Valais en raison, tout particulièrement, de la situation géographique de ces deux cantons. Mise à part l'offre tessinoise pléthorique en cliniques privées et dont il a fallu impérativement tenir compte dans la planification hospitalière, Valais et Tessin sont tous deux des cantons de vallées et de montagnes, pour lesquels l'hôpital régional, plus que tout, représente un centre économique-social. La fermeture d'un tel établissement aurait des répercussions lourdes au niveau de la dynamique économique (perte importante d'emplois, disparition d'une entreprise vivante) et sociale de la région (possibilité pour les personnes âgées de rester proches de leur cadre de vie, facilité d'accès). Contrairement au Valais, le Tessin a évolué par paliers. Sans doute, les dispositions de planification de la loi de 1982 n'ont pas été conçues comme étapes d'un processus qui se poursuivrait, mais de fait, c'est ainsi que cela se présente aujourd'hui. L'évolution vers le multisite s'est donc faite, d'une certaine manière, de façon beaucoup plus progressive, laissant aux différents acteurs concernés le temps d'adaptation nécessaire¹⁶⁸.

En comparaison avec le Valais, de nombreuses difficultés ont trouvé une issue plus sereine au Tessin. En effet, en optant pour une réunion des hôpitaux sous une même organisation, sans

¹⁶⁷ Plusieurs cantons ont déjà suivi cette voie; le canton de Vaud est notamment l'un des précurseurs en la matière et connaît déjà plusieurs hôpitaux multisites.

¹⁶⁸ Il faut cependant admettre que le gouvernement a agi habilement en s'attribuant la désignation des membres du Conseil d'administration de *l'Ente*; il a ainsi évité toute contestation et s'est donné champ libre pour toute modification ultérieure.

modifier trop profondément l'ordre établi et en garantissant le maintien de chaque établissement, *l'Ente* a permis de résoudre notamment la question de la propriété et du transfert des actifs et des passifs. Réunis en réseau sous la direction de *l'Ente*, les hôpitaux ont donc continué, à peu de chose près, leur vie antérieure; d'une certaine façon, le multisite s'est ensuite formé de lui-même, de par le rapprochement spontané d'hôpitaux pour qui la concurrence n'avait désormais plus aucun sens.

Il ne fait cependant aucun doute que le multisite implique une réorganisation des disciplines médicales et que, du point de vue de la masse critique et de l'économicité des prestations, la pratique de soins aigus doit se localiser sur un seul site. En Valais, il s'agit là d'une pierre d'achoppement tenace, car la majorité de la population craint de perdre son hôpital et des soins de proximité de qualité. Pourtant, je l'ai exposé antérieurement, le Tessin présente les mêmes caractéristiques géographiques que le Valais, de nombreuses vallées latérales, desservies par de petites routes de montagnes. Or, dans celui-ci, une organisation nouvelle du système de soins hospitaliers s'est faite en garantissant la qualité des prestations dans l'ensemble des établissements.

Dire que ces modifications ont vu le jour sans débats et sans heurts serait cependant taire une part importante de la réalité; la fermeture de services est une opération toujours délicate et douloureuse pour la région qui se sent soudain dépossédée de son bien. Mais comme pour le Valais, cette mise en réseau, puis, à moyen terme, des fusions apparemment inévitables, peuvent intervenir avec un bon taux d'acceptation des collectivités et des citoyens.

Reste que l'orientation juridique prise par le Tessin, créer une corporation de droit public autonome pour gérer le système hospitalier, est fondamentalement distincte de l'optique valaisanne qui cherche avant tout à maintenir les structures actuelles. La création de cet établissement cantonal a requis l'élaboration puis l'acceptation d'une loi, procédure qui a nécessité plusieurs années et entraîné des modifications radicales dans le paysage hospitalier tessinois. Pourtant, aujourd'hui, les résultats économiques – le but véritablement recherché – sont moins bons au Tessin qu'en Valais, si bien que le premier cherche à trouver de nouvelles solutions. Il est évident que ces données ne sont pas uniquement le résultat d'un choix juridique meilleur ou moins bon, mais elles fournissent cependant des indications sur l'efficacité d'un tel projet et montrent que cette forme juridique ne peut, pour ces motifs déjà, être qualifiée d'idéale.

6. CONCLUSIONS : EXISTE-T-IL UNE FORME JURIDIQUE IDEALE ?

Ma réflexion est partie de cette question : existe-t-il une forme juridique idéale pour l'hôpital multisites ? Après avoir passé en revue différentes formes envisageables selon la législation fédérale et cantonale, je suis contrainte de faire le constat qu'aucune structure ne permet de tenir compte de tous les aspects d'une telle entreprise. Chaque forme examinée présente, sous un angle ou un autre, avantages et inconvénients. Ainsi, pour tenir compte de l'évolution vers le droit public du domaine sanitaire, l'association de droit public est la mieux adaptée; par contre, la fédération associative est la structure qui implique le moins de changement dans l'ordre établi et respecte le pouvoir des communes; enfin, la société anonyme est peut-être la forme juridique la plus à même d'encourager une maîtrise des coûts.

La "solution idéale" pourrait se trouver dans une structure *sui generis* qui prendrait en compte les éléments prélevés dans une forme existante ou une autre. Cela serait néanmoins contraire au principe de l'exhaustivité¹⁶⁹ du catalogue des formes de sociétés en droit privé. La création, par une loi cantonale, d'une forme juridique particulière, comme cela a été le cas au Tessin avec *l'Ente*, offre peut-être une autre variante qui reste dans le cadre de la légalité. Cela n'est cependant possible qu'avec la création d'une structure de droit public.

Peut-être, enfin, faut-il se résigner à envisager qu'aucune solution n'est idéale et que le choix sera forcément imparfait. En optant alors pour une forme relativement souple, comme par exemple l'association, pour laquelle le droit ne fixe que peu d'exigences, on accorde une marge de manœuvre bienvenue et surtout nécessaire aux différents acteurs impliqués dans le processus.

Je ne saurais terminer cette analyse sans évoquer l'évolution de la situation en Valais et en chercher ses causes. La concertation y apparaît de plus en plus difficile et le dialogue entre les principaux acteurs est complètement figé. Ainsi, des deux multisites encore à créer, aucun ne devrait voir le jour dans les délais fixés par le Conseil d'Etat. Ce dernier va donc sans doute devoir recourir à des solutions plus autoritaires, sans pouvoir obtenir le consensus souhaité au départ.

La question qui va désormais se poser est simple: d'après la LAMal, les cantons et les assureurs ne peuvent couvrir que les frais qui sont conformes à la planification hospitalière. Dans la mesure où des frais ne seraient pas pris en charge dans ce cadre, parce que les prescriptions de planification hospitalière n'ont pas été respectées, ils incomberaient forcément aux associations de communes et, par cascade, aux communes. Or, celles-ci ont clairement annoncé qu'elles s'opposeraient au paiement de ces frais¹⁷⁰. Il ne reste donc que la solution de la décision de l'autorité cantonale avec comme conséquence la voie des recours pour faire valoir les oppositions. Dans ces circonstances, on peut concevoir sans peine que les patients risquent d'être les premières victimes de ces disputes à venir. Comment imaginer en effet un système sanitaire de bonne qualité si, au sein des établissements, règne une atmosphère de conflit permanent et si une bonne partie des acteurs dépensent leur énergie à tenter d'obtenir le paiement des prestations fournies ?

L'existence de quatre hôpitaux de soins aigus entre Brigue et Martigny avec les coûts des technologies de pointe qu'ils engendrent, apparaît aujourd'hui comme un luxe sans rapport avec les moyens financiers à disposition. Les dépenses de la santé ne cessent d'augmenter et, pour enrayer

¹⁶⁹ Ruedin, op. cit., n° 605.

¹⁷⁰ Ce qu'elles sont en mesure de faire en déposant un recours de droit public.

cette inflation, toutes sortes de solutions sont envisagées. Dans ce sens, l'hôpital, en tant que principale source de coûts, ne peut échapper à une restructuration. Les différentes commissions de consultation qui avaient été mises sur pied offraient la possibilité de tenir compte des intérêts de tous les acteurs, Etat, assureurs, médecins et patients. Par leur attitude, les opposants au projet ont mis en danger le dialogue nécessaire si bien que l'on va vers une décision unilatérale des pouvoirs publics cantonaux dont les finances sont en jeu.

La fermeture d'un hôpital implique dans la continuité le transfert des patients et des disciplines vers une plus grosse structure. Des cantons, comme le canton de Vaud, ont fait le choix de la centralisation, avec la création d'un hôpital cantonal; or les difficultés à gérer un établissement d'aussi grande taille que le CHUV montrent que ce type de solution doit être, dans la mesure du possible, évitée. C'est pourquoi le multisite offre une alternative intéressante dans une optique de restructuration. Il propose la qualité d'un grand hôpital, notamment par le fait que, dans des domaines de pointe, la masse critique d'interventions peut être plus facilement atteinte que dans une petite structure¹⁷¹, mais, d'autre part, il présente les qualités d'un hôpital de zone de petite taille pour tous les soins qui requièrent contact, cadre accueillant, etc. Finalement, il permet le maintien de tous les établissements actuels et donc d'un service de soins de proximité minimum.

La subdivision des hôpitaux, c'est-à-dire la répartition des disciplines entre différents sites coordonnés, devrait être présentée comme un moyen d'utilisation rationnelle de l'appareillage et des ressources humaines, techniques ainsi que financières. Redistribuer les disciplines est une opération délicate, puisqu'elle implique forcément des suppressions, dont il s'agit de bien mesurer l'ampleur, les tenants et les aboutissants. Les soins à haut contenu technologique ne doivent cependant pas faire apparaître les autres soins comme des parents pauvres. Ainsi, le site auquel sont attribués, comme prestation principale, les soins gériatriques ne devrait pas se sentir lésé; à cet égard, on peut évoquer l'importance du développement des soins préventifs, palliatifs et de réhabilitation. D'ailleurs, l'OMS déclarait déjà en 1977: " on consacre trop de moyens au spectaculaire traitement des maladies aiguës et trop peu aux soins de santé primaires dont auraient besoin de larges couches de la population, ainsi qu'à la protection sanitaire permanente qui serait nécessaire aux personnes atteintes de maladies physiques ou mentales, chroniques et aux handicapés." ¹⁷²

En définitive, il est difficile de comprendre pourquoi, à moins de 100 kilomètres de distance, et dans un même canton, un projet a connu, d'un côté, un plein succès et, de l'autre, une résistance marquée. Différentes causes peuvent être avancées comme le manque d'informations et d'explications sur le projet de la part des autorités, une certaine pratique de la désinformation, enfin l'absence d'une véritable urgence - le système hospitalier valaisan a jusqu'ici bien fonctionné à des coûts moindres-. Tout cela empêche de percevoir l'importance de saisir une opportunité de dialogue plutôt que d'attendre une solution imposée.

L'hôpital multisites n'est sans doute pas l'unique façon de réorganiser une offre pléthorique de soins aigus, mais apparaît comme une solution de rationalisation des soins plus encourageante que beaucoup d'autres propositions de rationnement.

Le futur des hôpitaux valaisans est maintenant en main des politiques, que ce soient des représentants des médecins, des assureurs, de l'Etat et, ne les oublions pas, des patients.

Martigny, août 2000

¹⁷¹ C'est déjà le cas dans les disciplines dites à caractère cantonal; mais la réunion de spécialités sous un même toit, dans des disciplines peut-être moins prestigieuses que la chirurgie cardiaque, par exemple, permettent, et de nombreuses études le prouvent, une gestion de chaque cas de façon bien plus efficiente.

¹⁷² Messaggio del Consiglio di Stato al Gran Consiglio concernente la legge sugli ospedali pubblici, du 17 juillet 1981, p. 75.

7. BIBLIOGRAPHIE ET ANNEXES

7.1 BIBLIOGRAPHIE

Assemblée constitutive de l'association de l'hôpital du Chablais : Procès-verbal de la séance du 24 mars 1998

Conseil d'Etat du Valais : Message accompagnant le projet de loi sur la santé, Sion, octobre 1995

Conseil Fédéral : Message concernant l'initiative populaire "la santé à un prix abordable (initiative-santé)", Feuille Fédérale du 15 août 2000, p. 3931 ss.

Département de la Santé, des Affaires sociale et de l'Energie, Service de la santé publique :

- Concept hospitalier valaisan, décembre 1996
- Convention pour l'hôpital du Chablais (HDC) et la libre circulation des patients vaudois et valaisans, du 7 octobre 1997, en collaboration avec **l'Etat de Vaud, Dpt de l'intérieur et de la santé publique**
- Correspondance concernant l'assemblée constitutive du 24 mars 1998 de l'association de l'hôpital du Chablais, 18 mars 1998
- Décision commune de collaboration Vaud-Valais pour les hospitalisations en soins aigus et en psychiatrie dans le Chablais valaisan et vaudois du 20 janvier 1997, en collaboration avec **l'Etat de Vaud, Dpt de l'intérieur et de la santé publique**
- Evolution et perspectives du système de santé, octobre 1998, en collaboration avec **Gilliand Pierre**
- Le financement des hôpitaux valaisans de soins aigus, le 4 février 2000
- Lignes directrices de la planification hospitalière et sanitaire, rapport explicatif, avril 2000
- Planification hospitalière, rapport préliminaire, juillet-novembre 1966, en collaboration avec **Gilliand Pierre et Girard Pierre-Louis**
- Politique valaisanne de 1985 à 1997, avril 1997
- Procès-verbaux des séances du groupe de travail "statut des hôpitaux, des 5 avril 1991, 31 mai 1991, 19 juillet 1991, 10 septembre 1991, 4 décembre 1992, 1^{er} février 1993, 10 avril

1993, 11 juillet 1994, 23 septembre 1994

- Procès-verbaux des séances du groupe de travail "juridique" pour le projet d'hôpital multisites CHR, du 7 mai, du 5 juin, du 7 juillet 1998
- Projet de statuts du CHR, du 6 juillet 1998
- Projet de lignes directrices de la planification hospitalière et sanitaire, février 2000
- Projet de lignes directrices de la planification hospitalière et sanitaire, message d'accompagnement, février 2000
- Rapport intermédiaire au Conseil d'Etat du groupe de travail, Sion, avril 1993
- Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur sa politique sanitaire et hospitalière : des années 90 vers le 21^{ème} siècle, février 1999
- Rapport intermédiaire au Conseil d'Etat du **Groupe de travail** chargé d'examiner les problèmes juridiques relatifs au statut des établissements hospitaliers subventionnés, Sion, le 15 avril 1993

Dubois Nadia : La réforme du secteur hospitalier dans le canton du Valais : de la planification hospitalière à la planification sanitaire (1988-1995), travail de mémoire, Genève, mars 1997

Etat de Vaud, Service de la santé publique :

- Comment créer un réseau de soins NOPS, juin 1998
- Cahier des charges en vue de la négociation d'un contrat de prestation, NOPS, novembre 1998

Grand Conseil valaisan : Bulletin des séances du Grand Conseil, séance du 19 février 1906

Grisel André : Traité de droit administratif, Vol. I, Neuchâtel 1984, notamment p. 274 ss

Huard Pierre : Les réseaux de soins, version provisoire destinée aux étudiants du diplôme en économie et administration de la santé, avril 2000, chap. 1, p. 10.

Moor Pierre : Droit administratif, Berne 1992, Vol. III

Meyer-Hayoz Arthur / Forstmoser Peter : Grundriss des Schweizerischen Gesellschaftsrechts, Bern 1993

Patry Robert : Précis de droit suisse des sociétés, Berne 1977.

Pont Veuthey Marie-Claire : Les rapports juridiques entre l'hôpital et le personnel médical et

paramédical, août 1994

Pont Philippe : La responsabilité dite civile de l'hôpital et du personnel médical et paramédical, août 1994

Ruedin Roland : Droit des sociétés, Berne 1999

Riemer Hans Michael, Berner Kommentar :

- Das Personenrecht, Die Vereine, Systematischer Teil und Art. 60-79 ZGB, 3. Auflage, Bern 1990, Band I, 3. Abteilung, 2. Teilband
- Das Personenrecht, Die Stiftungen, Systematischer Teil und Art. 80-89bis ZGB, Bern 1975, Band I, 3. Abteilung, 3. Teilband

Sprumont Dominique :

- Avis de droit sur le statut juridique des établissements hospitaliers et des instituts médico-techniques liés aux hôpitaux subventionnés, décembre 1992
- Avis de droit sur le statut juridique des établissements hospitaliers et des instituts médico-techniques liés aux hôpitaux subventionnés, complément d'information concernant la participation appropriée des communes dans les organes d'administration des associations, décembre 1992
- Rapport sur les avantages et les inconvénients de la forme de l'association de communes de droit public dans le cadre de l'organisation hospitalière, février 1993

Steinauer Paul-Henri : Les droits réels, 3^e éd., Berne 1996, Vol. III

7.2 ANNEXES

- Statuts du CHR
- Statuten des Oberwalliser Spitalzentrums
- Statuts de l'hôpital chablaisien
- Convention pour l'hôpital du Chablais et la libre circulation des patients vaudois et valaisans
- Decreto legislativo concernente le assunzioni di ospedali da parte del Ente ospedaliero cantonale

- Legge ticinese sugli ospedali pubblici del 20 dicembre 1983

<u>1. LA MISE EN RESEAU DES HOPITAUX : REGARD SUR LE CONTEXTE HISTORICO-ECONOMIQUE</u>	3
<u>1.1 L'AUGMENTATION DES DEPENSES ET LES DIFFERENTES SOLUTIONS ENVISAGEES EN SUISSE</u>	3
<u>1.2 LE CADRE HISTORIQUE, ECONOMIQUE ET CONSTITUTIONNEL</u>	4
<u>1.3 LA DEFINITION</u>	6
<u>1.4 LES BASES LEGALES ACTUELLES POUR LA MISE EN RESEAU DES HOPITAUX</u>	7
<u>1.5 DE LEGE FERENDA</u>	8
<u>2. LES BASES LEGALES</u>	9
<u>2.1 DE LA MISE EN RESEAU</u>	9
<u>2.1.1 les dispositions de la loi sur la santé publique de 1961 (LSP)</u>	9
<u>2.1.2 la nouvelle de 1988</u>	9
<u>2.1.3 la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)</u>	11
<u>2.1.4 La nouvelle loi valaisanne sur la santé</u>	12
<u>2.1.5 Les treize décisions du Conseil d'Etat</u>	13
<u>2.2 DE LA STRUCTURE ORGANISATIONNELLE DES HOPITAUX EN VALAIS</u>	14
<u>2.2.1 Exigences de la loi sur la santé (LS) et de la loi sur le régime communal (LRC)</u>	14
<u>2.2.2 Des problèmes de compatibilité de la structure actuelle avec la législation?</u>	16
<u>3. L'HOPITAL MULTISITES : QUELLE FORME JURIDIQUE ?</u>	17
<u>3.1 LES FORMES ENVISAGEABLES</u>	17
<u>3.1.1 Les sociétés</u>	18
<u>3.1.2 Société de personnes ou société de capitaux ?</u>	18
<u>3.1.3 la société simple</u>	19
<u>3.1.4 la société anonyme</u>	20
<u>3.1.5 L'association de droit privé</u>	23
<u>3.1.6 La fédération associative</u>	26
<u>3.1.7 L'association de droit public</u>	29
<u>3.1.8 La fusion</u>	31
<u>3.2 LES IMPLICATIONS</u>	33
<u>3.2.1 Le transfert des actifs et des passifs, le sort du patrimoine</u>	33
<u>3.2.2 L'acquisition/ la perte de la qualité de membre</u>	34
<u>3.2.3 La délégation des compétences</u>	35
<u>3.2.4 La dissolution et la liquidation</u>	36
<u>3.2.5 La question du régime juridique applicable</u>	36
<u>3.3 LEGALITE DES FORMES JURIDIQUES ETUDIEES</u>	38
<u>3.3.1 La société anonyme</u>	38
<u>3.3.2 L'association de droit privé ou de droit public ?</u>	39
<u>3.3.3 la fédération associative</u>	40
<u>3.3.4 la fusion</u>	40
<u>4. L'EXEMPLE DU CENTRE HOSPITALIER RHODANIEN</u>	41
<u>4.1 LA FEDERATION ASSOCIATIVE : RAISONS DE CE CHOIX ET QUELQUES PRINCIPES DE FONCTIONNEMENT</u>	41
<u>4.2 EXAMEN DES STATUTS</u>	42
<u>4.2.1 une comparaison des statuts du CHR avec ceux de l'Oberwalliser Spitalzentrum et avec des statuts "idéaux"</u>	42
<u>4.2.2 Les pierres d'achoppement</u>	44
<u>4.3 UNE COMPARAISON AVEC LES STATUTS DE L'HOPITAL DU CHABLAIS</u>	46
<u>4.3.1 Examen de quelques dispositions particulières des statuts</u>	47
<u>5. L'EXEMPLE DU TESSIN</u>	49
<u>6. CONCLUSIONS : EXISTE-T-IL UNE FORME JURIDIQUE IDEALE ?</u>	54
<u>7. BIBLIOGRAPHIE ET ANNEXES</u>	56

<u>7.1</u>	<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	56
<u>7.2</u>	<u>ANNEXES</u>	58