

Le droit public en mouvement

Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /
Vincent Martenet

Le droit public en mouvement

Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /
Vincent Martenet

Citation suggérée de l'ouvrage: VERONIQUE BOILLET/ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET (édit.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, collection «Recherches juridiques lausannoises», Genève / Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8739-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020
www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, Grande Arche – 1 Parvis de La Défense,
92044 Paris La Défense Cedex
www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques

Sommaire

Préface	V-VII
Partie I – Droit public : questions choisies	
LAURENT BIERI Le rendement des immeubles subventionnés – Commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014.....	3-8
VÉRONIQUE BOILLET La libre-circulation des familles arc-en-ciel.....	9-20
JÉRÔME BÜRGISSER Quelques arrêts récents de la Cour de Justice et du Tribunal de l’Union européenne d’intérêt pour le droit fiscal suisse	21-44
DAVIDE CERUTTI / VERONICA FRIGERIO La prétendue pyramide ou le débordement ³	45-65
ROBERT J. DANON The beneficial ownership requirement under art. 10 (dividends), 11 (interest) and 12 (royalties) of the OECD Model Tax Convention: the case of conduit companies.....	67-137
ALEX DÉPRAZ Changement de loi pendant la procédure de recours – <i>Lex Weber</i> et <i>Retour vers le futur</i>	139-152
GIOVANNI DISTEFANO Some Benevolent Remarks regarding the Theory of Historical Consolidation of Territorial Titles.....	153-165
NATHALIE DONGOIS / KASTRIOT LUBISHTANI Un droit pénal <i>publicisé</i> dans le contexte de la sécurité nationale à l’épreuve de la menace terroriste.....	167-189
CHRISTOPH ERRASS Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung	191-211
STEVE FAVEZ L’accueil collectif préscolaire	213-233
NOÉMIE GOFFLOT / AURÉLIEN VANDEBURIE L’impact du droit au respect des biens sur le domaine public.....	235-250
THIERRY LARGEY L’essor des autorités de régulation et le déclin du droit administratif général.....	251-275
ANDREAS LIENHARD / DANIEL KETTIGER Justizmanagement im Rechtsstaat.....	277-299
VINCENT MABILLARD / MARTIAL PASQUIER Transparence administrative et accès à l’information en Suisse et dans le monde	301-319
PIERRE MOOR Rationalité et subjectivité dans l’interprétation et l’application du droit.....	321-334
LAURENT MOREILLON / MATHILDE VON WURSTEMBERGER Réflexions sur l’art. 104 al. 2 CPP.....	335-345

ANOUK NEUENSCHWANDER Dommages consécutifs à l'exploitation ou la construction d'un ouvrage public : moyens de droit à disposition des voisins lésés.....	347-360
NATHANAËL PÉTERMANN La réglementation de l'espace aérien face au développement de l'usage des drones	361-376
DENIS PIOTET La succession des droits et obligations au décès de l'administré	377-384
DAVID RENDERS Qui du juge national ou européen contrôle l'acte préparatoire national d'un processus décisionnel menant à l'adoption d'un acte administratif décisoire européen ?.....	385-398
CHRISTINE SATTIVA SPRING L'égalité salariale en Suisse : une lente marche forcée ?.....	399-418
DENIS TAPPY Le remboursement de l'assistance judiciaire en matière civile dans le canton de Vaud entre procédure administrative et procédure civile.....	419-434
PETER UEBERSAX Die Respektierung der Werte der Bundesverfassung	435-465
Partie II – L'État et les acteurs privés	
MARTIN BEYELER Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen	469-504
DAVID BOULAZ La mise au concours des prestations de transport commandées	505-527
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN / SÉVERINE BEURET Réseaux de chaleur et marchés publics	529-548
NICOLAS F. DIEBOLD / MARTIN LUDIN Die Quasi-in-house-Ausnahme	549-567
ANNE-CHRISTINE FAVRE / SARAH VITTOZ Les entités privées chargées d'assistance et d'hébergement : quelques problématiques	569-596
VALENTINA GIOMI Transfert de l'acte administratif : le nouveau marché des autorisations administratives en Italie – Le cas des taxis et des pharmacies.....	597-620
CLÉMENCE GRISEL RAPIN Une concession sans monopole ? L'exemple de la concession des maisons de jeu.....	621-632
ANDREAS HEINEMANN / FRANK STÜSSI Submissionkartelle	633-660
PIM HUISMAN / CHRIS JANSEN / FRANK VAN OMMEREN The Execution of Public Contracts and Third-Party Interests in the Netherlands	661-674
VINCENT MARTENET L'État en concurrence avec le secteur privé – Enjeux en matière d'égalité et de neutralité ...	675-688
ARIANE MORIN L'incidence du droit des marchés publics sur l'existence et la validité du contrat	689-695

PHILIPPE NANTERMOD Le transport de personnes par autocar longue distance en Suisse.....	697-709
TARCILA REIS JORDÃO Direct Agreement : facing the challenges of bankability in Concession projects and Public-Private Partnerships in Brazil	711-728
MARKUS SCHOTT / RAPHAEL WYSS Grenzfälle im Beschaffungsrecht	729-743
HANSJÖRG SEILER Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform...	745-765
ANTONY TAILLEFAIT Les contrats d’emplois des agents du secteur public en Europe	767-780
PIERRE TSCHANNEN Hoheitliches Handeln von Privaten.....	781-798
BERNHARD WALDMANN / MARTIN D. KÜNG Beleihung und Konzession – Unterschiede und Berührungspunkte	799-814
ANDREAS ZIEGLER / SILVIO DA SILVA L’importance de l’Accord de l’OMC sur les marchés publics pour le droit des marchés publics en Suisse.....	815-827
Partie III – Droit du territoire, de l’énergie et de l’environnement	
BENOÎT BOVAY SOS-ISOS – Balade jurisprudentielle dans les quartiers historiques de Lausanne et environs	831-843
VINCENT BRÜLHART Déploiement de la 5G en Suisse : quelles précautions ? Considérations sur le principe de précaution à l’exemple de la téléphonie mobile	845-860
ALEXANDRE FLÜCKIGER L’unification du droit de la construction en Suisse : le droit souple et les normes privées à l’assaut du fédéralisme.....	861-869
ETIENNE GRISEL La géothermie entre droit fédéral et cantonal.....	871-886
PETER HÄNNI Geothermie und Windenergie im Kontext der Raumplanung – Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung.....	887-903
ANDRÉ JOMINI Les plans en mouvement – Mesures conservatoires pour la révision des plans d’affectation.....	905-920
PETER M. KELLER Neues zu Wald und Raumplanung	921-933
GUILLAUME LAMMERS Le développement de la constitution environnementale.....	935-949

ARNOLD MARTI	
Die bewegte Geschichte des Schweizer Raumplanungsrechts	951-964
THOMAS MERKLI	
Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS).....	965-978
YVES NOËL	
Il pleut des taxes... Analyse de la nouvelle « taxe pluviale » lausannoise	979-990
ALEXANDER RUCH	
Regulierung der koordinativen Raumplanung im Untergrund	991-1005
ANDREAS STÖCKLI / LUKAS MARXER	
Rechtliche Grundlagen der Förderung erneuerbarer Energien unter besonderer Berücksichtigung des Einspeisevergütungssystems nach dem neuen Energiegesetz	1007-1034
THIERRY TANQUEREL	
Le contrôle des plans d'affectation par les tribunaux cantonaux.....	1035-1047
DANIELA THURNHERR	
Kostenfolgen der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht – der kantonalen Spielraum nach BGE 143 II 467	1049-1075
JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY	
Le permis d'habiter : un acte « déclaratif » vis-à-vis du permis de construire	1077-1087
Liste des publications d'Etienne POLTIER.....	1089-1092
Liste des abréviations.....	1093-1104
Abkürzungsverzeichnis.....	1105-1121

Les entités privées chargées d'assistance et d'hébergement : quelques problématiques

Sommaire

	Page
Introduction	570
I. Les tâches de l'État en matière d'assistance ou d'hébergement	570
A. L'hébergement et l'assistance aux personnes en situation de handicap	571
B. L'hébergement et l'assistance aux personnes âgées	572
C. Les relations entre l'État et les institutions privées	574
1. La délégation des tâches d'hébergement et d'assistance	574
2. L'autonomie des institutions privées et leur surveillance	575
a) L'autonomie	575
b) La surveillance	576
3. L'acte de reconnaissance	577
4. Les obligations corrélée au droit d'accès à une institution	578
D. Les relations des institutions avec le personnel et les tiers	578
1. Les relations des institutions avec le personnel	579
2. Les relations des institutions avec les tiers	579
a) Le contrat d'hébergement et d'assistance	579
b) La nature juridique du contrat d'hébergement et d'assistance	581
c) La responsabilité pour acte illicite	582
E. Synthèse	582
II. La mise au concours des entités privées chargées d'assistance et d'hébergement	583
A. Généralités	583
B. Les établissements médico-sociaux (EMS)	584
1. La planification hospitalière dans le domaine des EMS	584
2. Incidences de la planification hospitalière en matière d'EMS	584
3. Assujettissement à l'article 9 P-AIMP ?	587
C. Les institutions pour personnes handicapées	590
1. La planification dans le domaine des institutions pour personnes handicapées	590

* Professeure à l'Université de Lausanne.

** Assistante-diplômée à l'Université de Lausanne.

2.	Planification en matière d'institutions pour personnes handicapées et droit des marchés publics	591
D.	Synthèse	593
	Bibliographie	595

Introduction

L'hébergement et l'assistance aux personnes nécessitant une prise en charge médicale, sociale et hôtelière, liée à leur âge ou leur handicap, ne sont pas des activités propres à l'État. Elles ont été initiées le plus souvent par des institutions privées, parfois par les communes ou des congrégations religieuses. Les établissements médico-sociaux et homes socio-éducatifs sont le plus souvent composés de fondations reconnues d'utilité publique et d'établissements privés, quand bien même certains cantons ont créé des établissements de droit publics pour remplir tout ou partie de ces activités.

Ces prestations sont désormais largement encadrées par l'État, plus particulièrement par les cantons, dans une relation contractualisée avec les donneurs de prestations.

Dans un contexte où la frontière entre l'autonomie d'une institution privée délégataire d'une tâche et le contrôle à exercer par l'autorité n'est pas toujours aisée à tracer, nous nous proposons de parcourir quelques aspects de cette problématique : il s'agira notamment d'apprécier les relations juridiques entre l'État et ces institutions, de même qu'entre ces institutions et le personnel ou les résidents. Mais plus encore, dans une économie désormais entièrement orientée vers la planification des besoins en matière de tâches d'assistance et d'hébergement de personnes vulnérables, nous nous poserons également la question de la soumission des différents services offerts par les institutions prestataires au droit des marchés publics.

Pour les aspects qui relèvent du droit cantonal, il est précisé que c'est essentiellement le droit vaudois qui a tenu lieu de cadre de référence.

I. Les tâches de l'État en matière d'assistance ou d'hébergement

Si un régime spécifique relatif à l'hébergement ou l'assistance de personnes âgées ou invalides en home ou en institution fait défaut avant les années 1980, depuis lors, la prise

en charge de ces activités par la Confédération et les cantons s'est généralisée¹. Il s'agit désormais non seulement de financer ces activités selon le régime des prestations, mais également de les planifier, afin d'offrir une palette de services correspondant aux besoins des personnes concernées et de concrétiser leur droit d'accès à un établissement de leur choix.

Le mécanisme de financement de ces institutions est décrit comme particulièrement complexe parce que faisant intervenir le plus souvent tant la Confédération que les cantons et parfois les communes ainsi que diverses branches de la sécurité sociale. Le régime de la péréquation des tâches entre la Confédération et les cantons a clarifié quelque peu ces questions ; mais au-delà de la question financière, c'est le rôle des cantons face à l'activité institutionnelle qui a également été renforcé, spécialement dans le contexte des établissements socio-éducatifs².

A. L'hébergement et l'assistance aux personnes en situation de handicap

Avec l'entrée en vigueur de la RPT³, le 1^{er} janvier 2008, l'article 112*b* al. 2 et 3 Cst. attribue aux cantons la tâche de promouvoir l'intégration des personnes invalides adultes par l'octroi de subventions à la construction et à l'exploitation de lieux de travail et d'habitation⁴ ; l'AI ne participe plus au financement de ce domaine qui relève désormais de l'entière responsabilité technique et financière des cantons⁵. Ceux-ci doivent cependant conformer leur action à l'objectif d'intégration ainsi qu'aux principes fixés dans la LIPPI⁶, qui impose aux cantons de garantir que les personnes invalides habitant sur leur territoire bénéficient d'une offre en institution qui réponde à leurs besoins⁷. L'offre de

¹ SCHNYDER, p. 5 ss.

² Plan stratégique handicap VD 2011, p. 13.

³ Réforme de la péréquation et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT) proposée par message du Conseil fédéral du 4 novembre 2001 (ci-après Message RPT I ; FF 2001 2155, p. 2155 ss), acceptée en votation populaire le 28 novembre 2004 et suivie d'un second message du Conseil fédéral du 7 septembre 2005 sur la législation d'exécution de la réforme (ci-après Message RPT II ; FF 2005 5641, p. 5641 ss).

⁴ Certaines constitutions cantonales ont intégré cette tâche de manière explicite, à l'instar de l'art. 65 de la Constitution vaudoise (RS 131.231) qui précise en son alinéa 2 c^{bis} que « Pour contribuer à la sauvegarde de la santé de la population, l'État et les communes : [...] assurent qu'il y ait des lieux d'hébergement médico-sociaux pour les personnes âgées ou handicapées, adéquats et adaptés aux attentes et besoins ».

⁵ Message RPT I, FF 2001, p. 2301.

⁶ Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les institutions destinées à promouvoir l'intégration des personnes invalides (LIPPI ; RS 831.26).

⁷ Art. 2 LIPPI.

places et la qualité des services doivent être garanties par une procédure de reconnaissance et par le respect de critères portant sur les prestations et l'organisation de ces institutions⁸. S'agissant des frais de séjour dans une institution reconnue, la LIPPI précise que la participation des cantons doit être telle qu'aucune personne invalide n'ait à faire appel à l'aide sociale en raison de ce séjour⁹.

L'accès à une institution est ainsi garanti pour les personnes en situation de handicap qui le souhaitent, lorsque cela répond à leur besoin, et cela indépendamment de leurs ressources financières. Cette condition implique de la part du canton la mise en place d'une planification stratégique des besoins tant quantitative que qualitative ; seules les institutions reconnues bénéficient du régime de subvention dans le cadre de cette planification¹⁰. Ces aides peuvent être accordées par le biais de prestations complémentaires (à l'AVS ou l'AI), auquel cas le refus total ou partiel de ces dernières est susceptible de recours selon les règles de la LPGA¹¹, par renvoi de l'article 1 de la LPC¹² ; si le canton choisit de participer aux coûts par des subventions, la législation cantonale doit conférer un droit à ces subventions¹³.

Dans le Canton de Vaud, c'est la LAIH¹⁴ qui fixe les conditions à respecter par les institutions délégataires de tâches, mais aussi les droits des personnes résidentes. L'autorisation d'exploiter concrétise l'acte de délégation de tâches aux institutions privées.

B. L'hébergement et l'assistance aux personnes âgées

Les tâches d'hébergement et d'assistance aux personnes âgées relèvent essentiellement de compétences cantonales, la Confédération ne jouant qu'un rôle subsidiaire en ce domaine (art. 112c al. 2 Cst.)¹⁵. Le mécanisme de financement de tels établissements est toutefois complexe, puisqu'il convient de distinguer les prestations socio-hôtelières – qui sont à la charge du bénéficiaire, et en cas de besoin, sont assurées par les prestations complémentaires des cantons, essentiellement –, des prestations médicales et de soins

⁸ Art. 4 LIPPI.

⁹ Art. 7 LIPPI.

¹⁰ Art. 10 LIPPI.

¹¹ Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1).

¹² Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (Loi sur les prestations complémentaires, LPC ; RS 831.30).

¹³ Art. 8 LIPPI.

¹⁴ Loi vaudoise du 10 février 2004 sur les mesures d'aide et d'intégration pour personnes handicapées (LAIH ; RSV 856.6).

¹⁵ Message RPT I, FF 2001, p. 2333.

médicaux (assistance médicale et mesures de réadaptation), qui sont financées par les assureurs maladie (avec une participation de l'État¹⁶).

Au sens de la LAMal, l'établissement médico-social est une catégorie de fournisseurs de prestations¹⁷. Les prestations socio-hôtelières fournies par les EMS doivent répondre aux besoins physiques, psychiques et sociaux du résident¹⁸. Pour être reconnus, les EMS doivent disposer du personnel et des équipements nécessaires¹⁹. Dans la mesure où les homes procurent des soins, l'article 39 LAMal al. 3 invite les cantons à établir une planification des établissements médico-sociaux, afin de couvrir les besoins en soins de leur population²⁰.

S'agissant des établissements spécialisés pour personnes âgées, la RPT a eu des conséquences importantes en prévoyant un certain désenchevêtrement entre les tâches de la Confédération et celles des cantons en matière d'AVS. Alors que la Confédération assure la couverture des besoins vitaux, les prestations complémentaires visant à couvrir les frais de séjour dans un home ainsi que les frais de maladie et d'infirmité doivent désormais être assumés entièrement par les cantons, sans plafonnement²¹. Le but est de veiller à une meilleure autonomie en faveur des cantons.

On ajoutera que, dans le Canton de Vaud, à teneur de l'article 65 al. 2 c^{bis} Cst., l'accès à une institution médico-sociale ou à un home adapté aux besoins doit être garanti pour les personnes âgées, au même titre que cet accès doit être assuré par le droit fédéral (selon la LIPPI) à des institutions socio-éducatives, pour les personnes en situation de handicap.

La reconnaissance de l'utilité publique d'un tel établissement, fondée sur la LSP²² (art. 144 ss) et la LPFES²³ (art. 4), constitue l'acte permettant de lui déléguer une tâche d'hébergement et/ou d'assistance.

¹⁶ Art. 25a al. 5 et 50 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal ; RS 832.10) ; FRÉSARD-FELLAY/KAHIL-WOLF/PERRENOUD, p. 133.

¹⁷ Art. 35 al. 2 lit. k et 39 al. 3 LAMal.

¹⁸ Art. 29 du Règlement vaudois du 28 juin 2006 d'application de la loi du 24 janvier 2006 d'aide aux personnes recourant à l'action médico-sociale (RLAPRAMS ; BLV 850.11.1).

¹⁹ Art. 39 al. 3 et 39 al. 1 LAMal, par analogie.

²⁰ JOSEPH, Concurrence soins, p. 125 ; JOSEPH, Planification hospitalière, p. 250.

²¹ Message RPT II, FF 2005, p. 5831 ss.

²² Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (LSP ; RSV 800.01).

²³ Loi vaudoise sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public du 5 décembre 1978 (LPFES ; BLV 810.01).

C. Les relations entre l'État et les institutions privées

1. La délégation des tâches d'hébergement et d'assistance

Les activités d'hébergement et/ou d'assistance en faveur des personnes en situation de handicap ou âgées sont le plus souvent exercées par des institutions privées, ainsi qu'on l'a vu. Dans la mesure où ces tâches relèvent désormais de l'État, plus particulièrement des cantons, les conditions d'une délégation de tâche publique doivent être remplies : conformément à l'article 178 al. 3 Cst, cette externalisation de tâches doit reposer sur une base légale formelle, quand bien même l'activité exercée par l'institution préexistait à la tâche de la collectivité publique²⁴. Les législations cantonales relatives au rôle et aux conditions de reconnaissance des établissements médico-sociaux et socio-éducatifs se sont renforcées ces dernières années, en particulier depuis que la RPT clarifie le rôle des cantons en la matière.

Les modalités d'exercice de ces tâches font le plus souvent l'objet d'un contrat de prestation avec l'institution ; les exigences liées à la tâche découlent toutefois de la loi, en ce domaine étroitement encadré par le législateur. L'acte de délégation aura également pour finalité celle d'assurer un financement par l'État, avec pour contrepartie des contrôles auxquels l'organisme privé devra se soumettre.

L'exercice d'une tâche publique déléguée entraîne pour l'institution privée plusieurs conséquences : tout d'abord, ses relations avec l'État relèveront du droit public ; il s'agit d'établir une collaboration avec les autorités dans laquelle l'établissement privé exécute une activité étatique sous le contrôle de celle-ci²⁵. Ce régime vise notamment le contrat de prestation qui la lie à la collectivité publique, mais aussi celui de la surveillance et des décisions ou actes matériels qui peuvent lui être corrélés. Deuxièmement, les relations de l'institution privée avec les tiers, en particulier les résidents, pourront être soumises au droit public, en tous les cas chaque fois qu'il sera question de l'exécution de la tâche proprement dite ; le régime juridique ne saurait changer de nature en fonction de la personne qui assume une tâche publique. Dans l'exécution de ses tâches, le délégataire engage la responsabilité de l'État, lorsqu'il occasionne des dommages aux tiers par un acte illicite (maltraitance, etc.)²⁶.

²⁴ FAVRE, p. 153.

²⁵ Pour un exemple récent de cette discussion, voir l'arrêt de la Cour administrative jurassienne du 23 avril 2019, ADM 110/2018 + AJ 113/2018, consid. 3.

²⁶ Voir l'art. 3 al. 1 ch. 13 de la loi vaudoise sur la responsabilité de l'État, des communes et de leurs agents (LRECA) (RSV 170.11).

2. L'autonomie des institutions privées et leur surveillance

a) L'autonomie

L'institution privée se trouve au cœur d'une relation triangulaire entre l'État et les résidents. Elle œuvre en quelque sorte comme une plate-forme, se faisant le relais auprès des autorités les demandes et besoins des personnes dont elle a la mission de s'occuper ; dans ce même exercice, il s'agit également pour elle de justifier auprès de son superviseur étatique ses demandes budgétaires, et d'établir à satisfaction la qualité de ses services. Si le principe d'autonomie et de bien-être de l'utilisateur est au cœur de la relation entre l'institution et l'État, la question délicate est celle de savoir où réside l'autonomie de l'institution.

D'une manière générale, une sphère d'autonomie de l'institution doit être ménagée dans les limites fixées par la loi²⁷. Avec la RPT, la plupart des cantons ont remplacé le mécanisme de la garantie du déficit de fonctionnement par un système forfaitaire tenant compte des besoins individuels et dont le montant dépend en principe des prestations à fournir aux clients. Il en résulte que les institutions jouissent d'une certaine marge de manœuvre en ce domaine et doivent s'organiser pour assurer un équilibre entre leurs coûts et leurs prestations ; l'organe de financement des prestations n'intervient plus que rarement dans les affaires courantes, ce qui peut néanmoins être le cas lorsque les normes de qualité ne sont pas respectées²⁸.

En matière de prestations, cette autonomie pourra être plus au moins importante selon les situations. Si l'État oriente de plus en plus les besoins par une planification, une institution socio-éducative reste néanmoins libre, dans une certaine mesure, de se profiler dans les services qu'elle entend offrir ou prioriser. Les places à disposition pour la gestion de cas lourds, comme les situations de multi-handicaps ou les troubles comportementaux importants, pourront se trouver carencées ; un tel scénario pourra inviter l'État à mettre lui-même en place des structures adéquates²⁹. Il est vrai que dans le domaine hospitalier, les établissements autorisés à pratiquer à charge de l'assurance-maladie de base doivent être listés par le canton et correspondre à une planification ; le régime fédéral de la LAMal conduit par ailleurs les cantons à leur assigner leur mandat³⁰. L'établissement qui refuserait de se plier à une décision cantonale concernant son affectation perdrait son

²⁷ BIAGGINI, N. 6 et 15 ss.

²⁸ SCHMITZ/ZÖBELI, p. 42.

²⁹ Plan stratégique handicap VD 2011, p. 13 ; voir également *infra*, II./C./2.

³⁰ Art. 39 LAMal ; JOSEPH, Planification hospitalière, p. 245.

statut d'établissement sanitaire d'intérêt public ainsi que toute aide financière de l'État³¹. La planification tient un rôle assurément plus important pour les établissements hospitaliers et para-hospitaliers, notamment les établissements médico-sociaux, en raison des conditions posées par l'article 39 LAMal. Il nous paraît difficile d'imaginer une situation aussi tendue dans le domaine de l'hébergement et de l'assistance aux personnes en situation de handicap³², qui nécessitent une diversification importante des services et des structures (petits et grands établissements se côtoient sans se concurrencer). Quoi qu'il en soit, l'activité de planification résulte d'un échange entre les autorités et les prestataires de service³³ ; et le fait que l'offre de prestations puisse éventuellement ne pas couvrir l'ensemble des besoins pourrait conduire le canton à chercher lui-même un fournisseur de prestation ou à créer un tel établissement³⁴, à moins qu'un accord puisse être trouvé avec un autre canton³⁵.

L'autonomie la plus forte est probablement celle qui a trait à l'organisation interne de l'institution (son management, la gestion de son personnel, etc.). Ces aspects ne tombent pas directement sous la surveillance de l'État, sauf lorsque des déficits dans la gestion des ressources humaines sont pressentis et sont de nature à mettre en péril les prestations à accorder ; dans un tel cas, l'autorité de surveillance pourra investiguer sur les questions de gouvernance, dans les limites de la sphère d'autonomie de l'institution.

b) La surveillance

Le pouvoir de surveillance d'une institution délégataire d'une tâche publique dépend du cadre fixé par la loi et du degré d'autonomie laissé aux entités délégataires. La surveillance d'entités externes à l'administration nécessite cependant un cadre légal plus précis que celui lié à la surveillance interne de l'administration, même s'il est généralement admis que dans l'administration de prestations, les moyens de surveillance sont ceux commandés par la bonne exécution de la tâche³⁶. Une base légale est assurément nécessaire, lorsque l'autorité de surveillance est amenée à prendre des décisions ; cependant, il est également admis que l'autorité de surveillance peut prendre toutes les mesures

³¹ Arrêt du Tribunal fédéral non publié 2P.310/1999 du 9 février 2000, consid. 3b : dans cette affaire, le Conseil d'État vaudois avait demandé à l'hôpital de Moudon de supprimer ses activités de soins généraux et de se transformer un établissement médico-social, ce que l'hôpital avait refusé.

³² Quoique la décision prise, il y a quelques années, de supprimer l'hébergement des personnes mineures sur le site de la Cité du Genève – Fondation Eben Hézer, à St-Légier, relève précisément d'une orientation des besoins par les autorités cantonales ; cet établissement a été fondé en 1969 pour s'occuper des mineurs.

³³ JOSEPH, *Planification hospitalière*, p. 252 ss.

³⁴ En matière hospitalière voir ATAF 2010/15 du 20 avril 2010, consid. 3.

³⁵ Art. 7 al. 2 LIPPI.

³⁶ FAVRE, p. 185 et les auteurs cités.

d'instruction (audits, expertises, etc.) qui lui paraissent nécessaires en lien avec une potentielle décision (par exemple le retrait de l'autorisation d'exploiter), cela sans base légale expresse³⁷. Cette surveillance permet des mesures de substitution, lorsque l'institution n'assure plus le bien-être des bénéficiaires de prestations³⁸. Mais ce contrôle permet, voire requiert également des mesures proactives de soutien, de conseil et de formation, intégrant une participation active des institutions³⁹.

En sa qualité de corporation de droit privé, la personne chargée d'une tâche publique peut faire valoir ses garanties constitutionnelles⁴⁰ et défendre ses droits par la voie judiciaire, soit directement contre la décision, soit en exigeant une décision, lorsqu'elle est touchée dans ses droits et obligations par un acte matériel⁴¹ ; les développements de la jurisprudence relatifs au droit d'accès à un juge – pour toute contestation juridique portant atteinte à des droits et obligations –, déduits de l'article 29a Cst. ou 25a PA, selon les cas, couvrent notamment les situations de surveillance⁴². On notera que les situations d'interventions en justice des organismes privés délégataires de tâches sont rares⁴³, ce qui ne signifie pas que le contentieux avec les autorités de surveillance soit inexistant. Ces questions mériteraient probablement d'être mises à jour, dans une situation où les tensions peuvent se faire plus fortes envers des établissements qui bénéficiaient d'une certaine autonomie avant que leurs activités ne soient totalement intégrées à celles de l'État. Une instance de médiation pourrait être profitable dans un domaine où les conflits incitent le plus souvent à engager des expertises externes.

3. L'acte de reconnaissance

L'acte de reconnaissance d'intérêt public, pour les établissements médico-sociaux⁴⁴, et l'autorisation d'exploiter, s'agissant des établissements socio-éducatifs⁴⁵, constituent des conditions *sine qua non* en vue de l'octroi de subventions.

De ces actes vont dépendre diverses décisions, comme l'agrément du prix de pension d'un établissement médico-social par le département compétent⁴⁶.

³⁷ VOISARD, p. 108 ; OFJ, Avis sur les activités de contrôle, JAAC 70.46, ch. 3.4.2.4.

³⁸ Art. 27 al. 1 LAIH.

³⁹ Art. 10 al. 2 lit. b, c et e LIPPI, notamment.

⁴⁰ Notamment lorsqu'elle supporte un risque financier qui lui est propre (ATF 121 I 218 consid. 2b ; ZBI 95/1994 p. 531, consid. 1a/bb).

⁴¹ MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 395.

⁴² JORDAN/GRODECKI, p. 432 ss ; LARGEY, p. 67 ss.

⁴³ Pour un exemple récent, Tribunal fédéral 2C_1007/2015, du 10 mai 2016 (Institut de métrologie METAS).

⁴⁴ Art. 4 al. 1^{bis} LPFES.

⁴⁵ Art. 24 LAIH.

Les entités privées qui ne respecteraient pas ou plus les conditions légales ne peuvent obtenir la reconnaissance nécessaire pour exécuter une tâche publique ; cela les prive du soutien financier de l'État, mais pas toujours de la possibilité d'offrir leur activité à titre privé. Ainsi, les établissements médico-sociaux peuvent exercer sans être reconnus d'intérêt public⁴⁷, alors qu'il est interdit à une institution socio-éducative de déployer une activité sans l'autorisation d'exploiter⁴⁸.

4. Les obligations corrélée au droit d'accès à une institution

Si l'accès à une institution doit être garanti par l'État, autre est la question de savoir jusqu'où l'institution délégataire est tenue d'admettre d'héberger la personne qui en fait la demande. En fonction des particularités, des difficultés de prise en charge de certains cas et des ressources humaines ou financières à disposition, une acceptation de la requête présentée par la personne intéressée pourra être difficile. Quelles sont les obligations de l'institution dans une telle hypothèse ? Est-il imaginable de contraindre une institution à accepter une demande ?

Dans le Canton de Vaud, la question est clairement réglée pour les établissements médico-sociaux, par le fait que l'article 4 al. 1 lit. b de la LPFES lie la reconnaissance d'intérêt public d'un établissement à l'obligation d'accepter, pour l'hébergement ou pour l'hospitalisation, tout malade que son équipement et sa mission lui permettent de soigner. Elle est nettement moins claire pour les établissements socio-éducatifs. A priori, en l'état des textes légaux, il n'existe pas d'obligation d'accepter des situations que l'institution estime ne pas être en mesure d'absorber ou qui ne correspondent pas au profil des personnes qu'elle encadre. À notre sens, une telle perspective irait à l'encontre des intérêts des personnes en situation de handicap, qui ont avantagé à pouvoir bénéficier d'un panel large de donneurs de prestations ; or, ce spectre serait très vraisemblablement amené à se réduire si l'on devait contraindre une institution à accepter une demande qu'il lui serait difficile de gérer.

D. Les relations des institutions avec le personnel et les tiers

Nous avons vu qu'en tant que délégataires de tâches publiques, les entités privées sont soumises au droit public, dans leur relation avec l'État. Qu'en est-il à cet égard du statut du personnel de ces institutions et de celui des relations avec les résidents ? Ces questions

⁴⁶ Arrêt du Tribunal cantonal genevois, ATA/897/2010, du 21 décembre 2010, consid. 6. Sur l'établissement d'un tarif par arrêté cantonal, dans le Canton de Vaud, voir ATF 129 I 346.

⁴⁷ Art. 4 ss LPFES *a contrario*.

⁴⁸ Art. 3 al. 3 LAIH.

se posent avec une certaine acuité depuis la nouvelle répartition des tâches entre la Confédération et les cantons et les garanties qu'il convient de donner dans les prestations.

1. Les relations des institutions avec le personnel

La question du statut des relations avec le personnel d'institutions privées exécutant des tâches publiques a suscité maints débats⁴⁹. Un arrêt récent du Tribunal cantonal jurassien⁵⁰ fait également le point à ce sujet et rappelle que selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, ce qui est décisif, c'est le contenu réel du rapport de droit. Si une autorité est partie audit rapport de droit, le droit public est présumé applicable. Il est cependant admis que si une tâche étatique est transférée à une personne morale de droit privé, celle-ci reste régie par le droit privé, lors même qu'elle exercerait des tâches publiques. Son personnel est donc régi par le droit privé. Il en est en principe de même lorsqu'une tâche étatique est transférée à une entité de droit privé créée dans ce but⁵¹. Dans le cas particulier, la Cour jurassienne a conclu à l'existence d'un contrat de droit privé entre l'institution privée – délégataire d'une tâche étatique –, et la recourante – formatrice pour adultes –, au motif que la Convention collective auquel le contrat était soumis ne faisait pas référence à la loi sur le personnel de l'État, et que les parties avaient expressément renvoyé aux règles du CO et de la loi fédérale sur le travail, dans le contrat.

En conclusion, cette qualification pourra varier selon les circonstances, étant entendu que même dans le contexte de ses propres activités, l'État peut recourir au droit privé dans ses relations avec son personnel⁵².

2. Les relations des institutions avec les tiers

a) Le contrat d'hébergement et d'assistance

Par tiers, nous entendons évoquer ici les résidents. Les relations des institutions médico-sociales, des homes et des établissements socio-éducatifs avec les résidents sont réglées essentiellement par les cantons. Les conditions principales du séjour sont généralement fixées par un contrat d'hébergement conclu entre le nouveau résident et

⁴⁹ AUER, p. 206 ss, qui expose les positions de l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence de l'époque (2001) parvient à la conclusion que les principaux prestataires de services d'une institution (socio-éducative, dans le cas particulier) sont des agents de l'État et donc soumis au droit public même s'ils sont engagés par une fondation privée.

⁵⁰ Cour administrative jurassienne du 23 avril 2019, ADM 110/2018 + AJ 113/2018, cons. 3.

⁵¹ ATF 142 II 154 consid. 5.2 et les références citées.

⁵² Voir l'arrêt très complet du Tribunal fédéral, 8C_227/2014, du 18 février 2015, consid. 4 et ss et les références citées ; cet arrêt concernait le responsable d'une déchetterie.

l'institution⁵³. Mais le droit fédéral, par l'article 382 CC⁵⁴, a récemment unifié certains aspects de ces relations, lors de la révision du droit de la protection de l'adulte par l'instauration d'un contrat d'assistance⁵⁵. Cette disposition vise les établissements médico-sociaux et les homes⁵⁶ (situation qui peut parfois se recouper avec des institutions soumises à la LIPPI)⁵⁷ ; elle fixe le cadre minimal du contenu du contrat conclu entre une institution d'hébergement et un résident adulte⁵⁸. Le résident peut ainsi intervenir non seulement quant au choix de son lieu de vie (dans la mesure de ses possibilités et de l'adéquation du site), mais également sur la détermination des prestations à fournir (art. 382 al. 2 CC). Ces prestations visent notamment les conditions d'hébergement, l'utilisation des locaux communs, la participation aux activités d'animation, de l'étendue des soins pouvant être administrés, etc.⁵⁹. On notera que les entités privées qui exploitent des institutions pour personnes âgées (fondations, sociétés anonymes, etc.) se dotent souvent d'un règlement qui porte généralement sur les conditions et les formalités d'admission, l'attribution et l'aménagement des chambres, le calcul des prix et des taxes, la sortie (en cas de décès également), et fixe même parfois des principes de prise en charge médicale (libre choix du médecin, soins de haut niveau, etc.).

Le contrat d'assistance ne vise pas les prestations médicales qui peuvent faire l'objet d'un contrat séparé⁶⁰. Ces questions peuvent faire également l'objet du contrat d'hébergement, mais dans le cadre des compétences cantonales⁶¹.

L'article 382 CC ne règle pas l'exécution du contrat ni la fin de celui-ci⁶². Or, précisément, c'est souvent au moment de la fin du contrat que des questions vont se poser, notamment celle du statut juridique d'un tel contrat.

⁵³ Voir notamment l'art. 21 al. 4 de la sur la santé publique vaudoise du 29 mai 1985 (RSV 800.01) et l'art. 4e LPFES ; voir également les références citées par MÜLLER, p. 252.

⁵⁴ Cette disposition prévoit ce qui suit :

«¹ L'assistance apportée à une personne incapable de discernement résidant pendant une période prolongée dans un établissement médico-social ou dans un home (institutions) doit faire l'objet d'un contrat écrit qui établit les prestations à fournir par l'institution et leur coût.

² Les souhaits de la personne concernée doivent, dans la mesure du possible, être pris en considération lors de la détermination des prestations à fournir par l'institution.

³ Les dispositions sur la représentation dans le domaine médical s'appliquent par analogie à la représentation de la personne incapable de discernement lors de la conclusion, de la modification ou de la résiliation du contrat d'assistance. »

⁵⁵ Message du Conseil fédéral, Protection de l'adulte, FF 2006 6635, p. 6672.

⁵⁶ MEIER, N° 1031 et les références citées.

⁵⁷ COTTIER, p. 150.

⁵⁸ MEIER, N° 1028.

⁵⁹ COTTIER, p. 147 et les références citées.

⁶⁰ COTTIER, p. 146 s.

⁶¹ MÜLLER, p. 257.

b) La nature juridique du contrat d'hébergement et d'assistance

Une question essentielle qui se pose est celle de savoir si l'établissement est libre de mettre fin à un tel contrat (qu'il soit fondé sur l'art. 382 CC ou le droit cantonal), alors que le résident ne souhaite pas quitter l'institution. L'enjeu de la qualification n'est pas purement procédural, bien qu'il comporte également une telle composante ; il s'agit en effet de se demander à quelles conditions la rupture d'un contrat peut être entreprise sans compromettre les garanties accordées par la loi aux résidents.

La doctrine qualifie le contrat d'hébergement et d'assistance de contrat mixte, qui lie des prestations hôtelières à un encadrement (un contrat d'usage et un contrat de service). L'institution promet la mise à disposition d'une chambre et de divers services en échange du prix de la prestation⁶³.

Un auteur, qui a eu l'occasion de s'exprimer à ce sujet récemment, bien qu'hésitant, penche pour une nature de droit public de ce contrat, dans la mesure où il est question d'assurer les besoins en places suffisantes dans des établissements médico-sociaux ou des homes⁶⁴. On notera que dans un avis de droit rendu en 2001, relatif aux relations avec les résidents d'une institution socio-éducative, le Professeur AUER parvenait aux mêmes conclusions⁶⁵. Le Tribunal fédéral a pour sa part laissé cette question ouverte dans une affaire où un résident d'un EMS a vu son contrat d'hébergement (intitulé contrat de bail) être résilié, alors qu'il manifestait l'envie de rester dans l'institution, mais dans une autre chambre. La Haute Cour n'a pas statué sur la nature du rapport juridique (droit public ou droit privé), tout en considérant que l'on ne se trouvait pas dans un « cas clair » pouvant justifier la procédure sommaire d'expulsion du droit civil et qu'il était loin d'être exclu que le droit public soit applicable, compte tenu de la tâche de droit public exercée par le home. L'autorité cantonale avait pour sa part qualifié ce rapport comme relevant du droit public (et avait donc déclaré la procédure d'expulsion non applicable), notamment parce que les frais d'hébergement ne sont pas négociables et que le résident n'a pas droit à une chambre en particulier⁶⁶.

À notre sens dans la mesure où les tâches d'hébergement et d'assistance sont clairement des activités déléguées par l'État, les contrats conclus avec les résidents sous cette appellation relèvent du droit public, même s'ils ont été conclus avec une organisation privée⁶⁷.

⁶² Ce que certains ont déploré lors de la procédure de consultation de l'avant-projet (voir les références citées par MÜLLER, p. 254).

⁶³ MÜLLER, p. 264 s.

⁶⁴ MÜLLER, p. 264 ; COTTIER, p. 148, paraît plutôt retenir la figure du droit privé, tout en admettant que la distinction n'est pas évidente.

⁶⁵ AUER, p. 197.

⁶⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_176/2012 du 28 août 2012.

⁶⁷ Voir dans ce sens ATF 134 II 297, cons. 2 et 3, Corvatsch Power SARL.

Encore une fois, la forme juridique du donneur de prestation ne joue aucun rôle par rapport aux garanties à donner au résident.

Même si on devait considérer que ces contrats relèvent fondamentalement du droit privé, ils seraient conditionnés par les exigences posées par le droit public à divers égards, de telle sorte qu'au final, les questions de droit matériel applicables seraient les mêmes⁶⁸. Ainsi, le droit du résident à un hébergement et une assistance en institution conditionne la résiliation d'un contrat d'hébergement et/ou d'assistance par l'institution ; même lorsqu'une fin des relations paraît inévitable, il s'agira alors de s'assurer qu'un autre emplacement peut être trouvé pour la personne considérée. C'est là que le canton joue un rôle de garant dans une relation qui ne peut tolérer l'expulsion ni un vide dans l'octroi des prestations.

c) La responsabilité pour acte illicite

À cela s'ajoute que la responsabilité délictuelle, qui peut être engagée en cas de dommage causé à un résident (voies de fait, maltraitance, abus sexuels, etc.), engage également un rapport de droit public. En effet, dans l'exercice des tâches étatiques confiées à l'institution privée, les employés peuvent se voir opposer le régime de la responsabilité de l'État. Dans un tel contexte, ils seraient – au même titre que l'institution – assimilés à des agents de l'État⁶⁹ ! Les situations sont heureusement particulièrement rares, notamment compte tenu des procédures de prévention de ces situations par des contrôles sur le plan interne, ou de la part de l'État.

E. Synthèse

Les relations entre les institutions médico-sociales ou socio-éducatives avec l'État, prennent une certaine acuité, dans l'évolution des tâches d'hébergement et d'assistance, depuis la nouvelle répartition des tâches entre la confédération et les cantons. L'obligation de couvrir les besoins de la population et de garantir un droit d'accès à une institution de son choix oblige l'État à une planification stratégique, dont on ne connaît pas encore pleinement la portée, spécialement s'agissant des institutions socio-

⁶⁸ Nous nous référons à l'ATF 136 II 457, relatif à la compétence de l'autorité de surveillance de la Confédération d'intervenir sur la perception du prix supplémentaire demandé à un voyageur des CFF (Société anonyme de droit public) qui voyageait en première classe avec un billet de seconde classe (« Graufahren »). Selon le Tribunal fédéral, même si le billet de transport relève du droit privé, selon la législation fédérale sur les transports, les dispositions de droit public de cette même loi se superposent à la relation de droit privé. Il en résulte que l'autorité de surveillance de la Confédération est compétente pour inviter les CFF à annuler leur décision relative au surcoût demandé, en tant que celui-ci n'est pas conforme au droit fédéral.

⁶⁹ Art. 3 al. 1 ch. 13 LRECA.

éducatives. L'autonomie de ces institutions s'en trouve amoindrie ; elle pourrait l'être d'autant plus si la planification devait aboutir, comme en matière hospitalière, à une décision d'affectation de l'institution par les autorités cantonales, avec une obligation d'accepter les cas qui se présentent. L'intérêt des résidents est de bénéficier d'une offre variée et étendue, dans un domaine qui n'est pas nettement en concurrence et ne peut vraisemblablement pas l'être. Ces spécificités sont généralement les raisons évoquées pour faire échapper les offres présentées par ces institutions au droit des marchés publics, ainsi qu'on va le voir ci-après.

La situation des établissements médico-sociaux est certes un peu différente : la loi les invite clairement à accepter une demande d'hébergement et d'assistance que son équipement et sa mission permettent de soigner ; mais en ce domaine, les prestations sont relativement standardisées, de telle sorte que la planification doit se préoccuper essentiellement du nombre de lits disponibles.

Le statut juridique du personnel des institutions privées fait toujours débat et nécessite une appréciation de cas en cas. La forme privée de l'institution ne garantit en tous les cas pas que les rapports avec le personnel soient soumis au droit privé, même si tel est le plus souvent le cas.

Les relations avec les tiers (les résidents) relèvent quant à elles du régime de droit public, que ce soit dans les relations contractuelles ou délictuelles, lorsqu'elles sont étroitement liées à l'exécution de la tâche.

II. La mise au concours des entités privées chargées d'assistance et d'hébergement

A. Généralités

L'une des questions qui se pose consécutivement à l'établissement du statut des entités privées chargées d'assistance et d'hébergement a trait aux exigences de mise au concours de prestations pour ce type d'institutions.

La qualification de l'activité de ces entités en tant que « tâche de l'État » peut en effet entraîner des conséquences en termes de gestion par les collectivités publiques ; le problème se pose en particulier par rapport à la nécessité d'une mise au concours des prestations relevant de ces domaines, et cas échéant à la forme juridique que celle-ci doit revêtir.

Dans les lignes qui suivent, nous aborderons les cas de figure relevant en premier lieu des établissements médico-sociaux, puis en second lieu des institutions d'hébergement

pour personnes handicapées. Dans cette perspective, nous examinerons en particulier le cas de la collectivité publique « planificatrice » (soit « offreuse de prestations »), et des questions que posent la qualification et le déroulement de la planification ; cette dernière doit-elle être considérée comme un marché public, à la lumière notamment du projet de révision de la loi sur les marchés publics actuellement débattu au Parlement ? Nous ébaucherons à cet égard quelques questions et pistes de réflexion quant aux rapports entre planification et marchés publics.

B. Les établissements médico-sociaux (EMS)

1. La planification hospitalière dans le domaine des EMS

Nous l'avons vu⁷⁰, l'article 39 LAMal, qui s'applique à l'ensemble des cantons, commande à ces derniers d'établir une planification hospitalière afin de couvrir les besoins en soins de leur population⁷¹.

La doctrine a d'ores et déjà examiné en détail la question de la planification en matière hospitalière⁷² ; nous y renvoyons donc s'agissant des buts et modalités de la planification. On mentionnera toutefois que les règles posées par la LAMal et par l'OAMal⁷³ en matière de planification hospitalière sont dans l'ensemble applicables par analogie aux établissements médico-sociaux, ce que la loi a clairement exprimé⁷⁴. Dans le canton de Vaud, la LPFES précise la planification applicable aux établissements sanitaires, qui comprennent également les EMS⁷⁵ ; l'article 1^{er} fixe le but de la loi. Il s'agit en particulier « d'assurer la couverture des besoins et l'accès à des soins de qualité à un coût acceptable pour la collectivité [...] »⁷⁶.

2. Incidences de la planification hospitalière en matière d'EMS

Le processus de planification, de même que ses principales étapes (définition des besoins, appel d'offres, établissement d'une liste et choix des établissements, mandats de prestations), peuvent rappeler le régime qui prévaut dans l'attribution d'un mandat selon

⁷⁰ Voir *supra*, I./B.

⁷¹ JOSEPH, Concurrence soins, p. 125 ; JOSEPH, Planification hospitalière, p. 250.

⁷² Voir en particulier à ce sujet : JOSEPH, Concurrence soins, spéc. pp. 125 ss au sujet de la planification.

⁷³ Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal ; RS 832.102).

⁷⁴ Voir ainsi l'art. 39 al. 3 LAMal, ainsi que les art. 58a ss OAMal s'agissant des étapes de la planification. Voir également : JOSEPH, Concurrence soins, p. 125, note 696.

⁷⁵ En vertu de l'art. 3a al. 1 *in fine* LPFES, les établissements médico-sociaux sont en effet considérés comme des établissements sanitaires.

⁷⁶ Voir l'art. 1^{er} al. 2 LPFES, ainsi que l'art. 18 LPFES.

le droit des marchés publics. Cela étant, la procédure d'adjudication et la planification hospitalière présentent des différences importantes dans leur mise en œuvre par la loi.

Tout d'abord, le droit des marchés publics se distingue par une construction et une réglementation très formalistes : la législation en la matière règle ainsi presque l'intégralité des étapes de la procédure d'adjudication. Dès lors, bien que la marge de manœuvre du pouvoir adjudicateur soit étendue lorsqu'il s'agit de définir l'objet du marché, puis d'évaluer les offres reçues, cette marge est aussi limitée du fait que la collectivité est tenue au respect des (nombreuses) règles et principes contenus dans la loi : ainsi, le pouvoir adjudicateur est notamment tenu de choisir des critères d'adjudication qui soient « liés à l'objet du marché », ou à tout le moins qui reposent sur une base légale, sous peine de s'inscrire en contradiction avec les buts et principes du droit des marchés publics⁷⁷.

Dans la planification hospitalière, bien que la LAMal et son ordonnance fixent des règles unifiées applicables à l'ensemble des planifications hospitalières cantonales, les cantons demeurent libres d'organiser les modalités de la planification, en suivant le cadre posé par le droit fédéral⁷⁸. S'agissant plus précisément des critères de planification, les cantons sont tenus d'intégrer les critères posés par les articles 58*b* et 58*e* OAMal, qui constituent une base uniforme pour les cantons – ceux-ci peuvent ensuite préciser ces critères ; ils disposent dans ce contexte d'une large marge de manœuvre, puisqu'ils peuvent préciser et compléter les critères de base figurant dans l'ordonnance⁷⁹.

L'article 58*b* al. 4 OAMal prévoit que dans le choix d'une offre devant être garantie par une liste, les cantons doivent « notamment » tenir compte du caractère économique et de la qualité de la fourniture de prestations, de l'accès des patients aux traitements dans un délai utile, ainsi que de la disponibilité et de la capacité de l'établissement à remplir le mandat de prestations⁸⁰. En matière d'EMS, on relève toutefois que la planification doit s'effectuer en fonction des capacités et non des prestations, ce que souligne clairement le texte de l'article 58*c* let. c OAMal ; autrement dit, la planification des cantons devra viser dans ce contexte à garantir un nombre d'établissements suffisant pour assurer une

⁷⁷ Ces buts et principes sont exprimés à l'art. 1^{er} de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1), ainsi qu'à l'art. 2 du Projet de révision du 21 juin 2019 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (P-LMP ; FF 2019 4329).

⁷⁸ Soit en l'occurrence par les art. 59*a* ss OAMal ; les différentes étapes de la procédure sont abordées notamment par JOSEPH, *Planification hospitalière*, pp. 252 ss.

⁷⁹ JOSEPH, *Planification hospitalière*, pp. 253-254 et p. 260.

⁸⁰ Voir également : *Planification hospitalière VD 2012*, pp. 4 et 15. Le canton de Vaud étend notamment le champ des critères en intégrant des exigences liées notamment à la pérennité de l'établissement, aux conditions de travail et rémunération du personnel, ou encore à l'obligation de former. Pour le surplus : TRUEB/ZIMMERLI, p. 65 N 159 ; JOSEPH, *Planification hospitalière*, p. 259.

couverture adaptée des besoins en la matière (nombre de places d'accueil disponibles dans les EMS, notamment).

Ainsi, il s'agira surtout de garantir une capacité d'accueil et d'hébergement suffisante, de même qu'une offre adaptée en termes d'infrastructures, au regard de la situation propre à chaque canton en matière d'EMS ; ce faisant, dès lors que la loi consacre une planification orientée sur les capacités, le système s'écarte à notre sens du droit des marchés publics, qui vise en premier lieu à encourager la concurrence, tout en assurant l'égalité de traitement entre soumissionnaires et la transparence des procédures d'adjudication – cela dans une perspective avant tout économique, les critères se rapportant à d'autres objectifs « secondaires » n'étant admis que sous des conditions restrictives.

Certains auteurs admettent cependant que la procédure de planification telle que définie par l'OAMal et par les cantons, puisse se voir appliquer l'article 2 al. 7 LMI⁸¹ – qui fixe des garanties minimales dans l'octroi de certaines concessions – à défaut du droit des marchés publics⁸².

De surcroît, la planification hospitalière en matière d'établissements médico-sociaux fait l'objet d'une réglementation propre et elle échappe donc aussi, sur cette base, au droit des marchés publics ; il y a en outre lieu de considérer que la planification s'inscrit dans le cadre de la délégation de l'exercice d'une tâche publique⁸³ – la fourniture de soins médicaux et la garantie d'une offre suffisante d'hébergement en EMS – et non dans le cadre de l'acquisition de prestations et d'infrastructures par la collectivité, soit d'une tâche « accessoire »⁸⁴. Ainsi, l'inscription d'un établissement médico-social privé sur une liste, et plus particulièrement, l'établissement d'un mandat de prestations⁸⁵, de-

⁸¹ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur (LMI ; RS 943.02).

⁸² Voir ainsi : POLEDNA/DO CANTO, pp. 71 ss (spéc. pp. 73 ss N 4 ss). Voir également : POLTIER, Art. 2 al. 7 LMI, p. 1893 N 39. TRUEB/ZIMMERLI semblent par ailleurs admettre que des points communs puissent exister entre le régime du mandat de prestations et celui de la concession. Voir à cet égard : TRUEB/ZIMMERLI, pp. 60 ss N 149 ss.

⁸³ En ce sens, plus spécifiquement dans le cas des hôpitaux : JOSEPH, Planification hospitalière, pp. 242-243. JOSEPH précise toutefois que les établissements médico-sociaux sont aussi visés par l'exigence de planification hospitalière ancrée à l'art. 39 al. 3 LAMal ; nous estimons donc que la fourniture de soins médicaux dans le cadre de ces établissements doit aussi être considérée comme une tâche de l'État.

⁸⁴ TRUEB/ZIMMERLI, pp. 66-67 N 162. Ces auteurs relèvent que dans le cas de la planification, l'État agit non pas en tant que « demandeur d'une prestation », mais en tant que « planificateur », ce qui exclut *a priori* l'assujettissement au droit des marchés publics.

⁸⁵ L'établissement du mandat de prestations doit ainsi être considéré comme l'acte proprement dit de la délégation, lorsqu'il lie le canton et un établissement privé. Sur ce point : JOSEPH, Planification hospitalière, pp. 251, 270-273.

vraient donc être considérés comme une délégation de tâche publique et ne devraient pas faire l'objet d'un marché public⁸⁶.

Cette approche a été confirmée par plusieurs auteurs : ainsi, selon TRUEB/ZIMMERLI⁸⁷, la planification hospitalière ne relève pas des prestations assujetties aux marchés publics en vertu de l'AIMP⁸⁸ et de l'AMP⁸⁹. Cette exclusion s'étend à notre sens aux EMS, ceux-ci devant également faire l'objet d'une planification hospitalière⁹⁰.

Certains auteurs soulignent en outre que le fait d'appliquer la législation sur les marchés publics dans le contexte de la planification restreindrait de manière trop importante la marge de manœuvre dont disposent les cantons ; ces derniers seraient en revanche libres de choisir d'assujettir leur planification aux règles des marchés publics ou d'en appliquer certains aspects par analogie⁹¹. Tel ne semble toutefois pas être le cas dans le canton de Vaud, la planification cantonale ne prévoyant pas l'assujettissement au droit des marchés publics de la procédure de planification hospitalière⁹² ; on peut admettre, là encore, que cette situation vaut également pour la planification en matière d'EMS.

3. Assujettissement à l'article 9 P-AIMP ?

La révision de la loi fédérale sur les marchés publics prévoit l'introduction d'une nouvelle disposition qui assujettirait désormais au droit des marchés publics certains types

⁸⁶ Voir pour le surplus ATF 145 II 49, consid. 4.5.1.5 ; dans cet arrêt, le TF confirme que la planification hospitalière, de même que l'inscription d'un établissement hospitalier sur une liste, ne constitue pas un marché public.

⁸⁷ TRUEB/ZIMMERLI, p. 65 N 159.

⁸⁸ Accord intercantonal du 24 juin 1996 sur les marchés publics (AIMP ; BLV 726.91).

⁸⁹ Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (AMP ; RS 0.632.231.422).

⁹⁰ Voir l'art. 39 al. 3 LAMal.

⁹¹ Voir notamment (plus spécifiquement en matière d'hôpitaux) : JOSEPH, Planification hospitalière, pp. 261-262 ; POLTIER, Art. 2 al. 7 LMI, p. 1893 N 39 (et les réf. citées) ; TRUEB/ZIMMERLI, pp. 65 ss N 159 ss. Plus nuancés sur cette question, reconnaissant que la planification hospitalière présente tout de même des similitudes avec la procédure d'adjudication selon la LMP : POLEDNA/DO CANTO, pp. 82 ss N 27 ss.

⁹² La planification vaudoise prévoit un système fondé sur l'établissement d'une forme d'appel d'offres » publié dans la FAO, puis d'un examen des demandes d'admission complété par un entretien avec les établissements ayant présenté une demande, avant leur inscription sur la liste des prestataires LAMal. Il s'agit dès lors d'une procédure que l'on peut qualifier « d'analogue », dans le sens où elle reprend quelques éléments de la structure des marchés publics, sans pour autant s'appuyer sur les mêmes principes et modalités. Voir pour le surplus à ce sujet : Planification hospitalière VD 2012, pp. 13-14. À titre de comparaison, le canton du Valais prévoit un système similaire à l'art. 7 de l'Ordonnance du 1^{er} octobre 2014 sur la planification et le financement hospitaliers (RS-VS 810.20).

de concessions et délégations de tâches publiques⁹³ ; un équivalent à cette disposition figurerait également dans la révision de l'Accord intercantonal sur les marchés publics⁹⁴.

Le Message du Conseil fédéral relatif à cette révision justifie l'introduction de cette disposition en s'appuyant notamment sur le fait que la procédure de délégation de tâches publiques n'est actuellement pas réglée dans une loi, l'introduction des articles 9 P-LMP et 9 P-AIMP visant dès lors à combler cette lacune et à « assurer la sécurité juridique »⁹⁵.

Le Message précise néanmoins que les lois spéciales qui prévoient d'ores et déjà une procédure de délégation seraient réservées ; en l'absence d'une telle loi spéciale, la délégation d'une activité étatique à un prestataire privé devrait alors être assujettie aux règles sur les marchés publics non soumis aux accords internationaux⁹⁶.

L'introduction de cette disposition a d'ores et déjà fait l'objet de commentaires et de critiques dans la doctrine⁹⁷. Nous relevons cependant qu'en matière d'établissements médico-sociaux, deux hypothèses pourraient être posées.

D'une part, on pourrait considérer que ces institutions entreraient dans le champ d'application du nouvel article 10 al. 1 let. e LSu⁹⁸, dont la modification est proposée dans le cadre de la révision du droit des marchés publics. Cette modification vise les cas dans lesquels « une tâche doit être déléguée à une personne de droit privé, que plusieurs soumissionnaires sont à même de l'assumer et que son accomplissement donne lieu au versement d'une indemnité », et assujettit ces cas de figure au droit des marchés publics⁹⁹.

Dans cette première hypothèse, la délégation à des EMS privés bénéficiant de subventions cantonales tomberait sous le coup de l'article 10 al. 1 let. e LSu – dans sa nouvelle teneur, et à supposer que cette révision trouve son équivalent dans la loi vaudoise sur les subventions¹⁰⁰ – et serait dès lors assujettie au droit des marchés publics¹⁰¹ ; ce cas de figure pourrait viser en particulier les institutions de droit privé reconnues d'intérêt public et bénéficiant de subventions en vertu du droit cantonal¹⁰². À noter encore que les

⁹³ Voir l'art. 9 P-LMP.

⁹⁴ Voir l'art. 9 du Projet de révision du 18 septembre 2014 de l'Accord intercantonal du 24 juin 1996 sur les marchés publics (P-AIMP).

⁹⁵ Message CF rév.-LMP, p. 1745.

⁹⁶ Message CF rév.-LMP, p. 1746.

⁹⁷ À titre d'exemples : POLTIER, Nouvelle délimitation ; BEYELER, Revision BöB, p. 146 ; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, p. 254.

⁹⁸ Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (LSu ; RS 616.1).

⁹⁹ Message CF rév.-LMP, p. 1746.

¹⁰⁰ Loi vaudoise du 22 février 2005 sur les subventions (LSubv-VD ; BLV 610.15).

¹⁰¹ En ce sens : Message CF rév.-LMP, p. 1746.

¹⁰² Voir notamment l'article 4 LPFES traitant des conditions liées à la reconnaissance.

dispositions applicables seraient celles concernant les marchés non soumis aux accords internationaux. Ce cas de figure suppose enfin que la modification de la loi fédérale sur les subventions prévue dans le cadre de la révision du droit des marchés publics ait un équivalent en droit cantonal, ce qui n'apparaît pas évident à ce stade de la révision.

D'autre part, dans une seconde hypothèse, on pourrait considérer que la procédure de planification hospitalière prévue aussi bien par la LAMal que par la LPFES en droit vaudois, et applicable par analogie aux EMS, constitue en réalité une « procédure de délégation » en tant que telle d'une tâche publique, d'ores et déjà réglementée aussi bien en droit fédéral qu'en droit cantonal¹⁰³ ; dans ce cas de figure, l'article 9 P-AIMP ne serait pas applicable, les EMS échappant à l'application du droit des marchés publics dès lors que la délégation serait déjà réglementée par le biais de la planification hospitalière.

À notre sens, la seconde hypothèse devrait être préférée : ce cas de figure correspond à la position de la doctrine et de la jurisprudence s'agissant du droit actuel, qui exclut, d'une part, l'application du droit des marchés publics aux délégations de tâches publiques et qui considère, d'autre part, que les procédures d'ores et déjà réglementées par une loi spéciale échappent à l'assujettissement au droit des marchés publics – à tout le moins partiellement. Il y a ainsi lieu de s'en tenir à la situation actuelle, soit de considérer que la planification hospitalière ne devrait pas être soumise au droit des marchés publics, à moins que les cantons n'en disposent autrement dans leur législation.

Pour le surplus, on rappellera pour mémoire que les établissements médico-sociaux eux-mêmes sont quant à eux soumis au droit des marchés publics lorsqu'ils acquièrent des biens ou prestations, ou dans leurs projets de construction, dès lors qu'ils sont considérés comme délégataires d'une tâche publique¹⁰⁴.

¹⁰³ JOSEPH souligne à cet égard que la « planification hospitalière apparaît [...] comme une porte ouverte à une délégation d'activité étatique, soit celle de fournir des soins hospitaliers de base » (p. 251), avant de détailler les étapes du processus de planification qui conduisent à qualifier ce dernier de « délégation d'une activité étatique ». Voir ainsi : JOSEPH, *Planification hospitalière*, pp. 251 ss.

¹⁰⁴ En ce sens, voir notamment : POLTIER, *Marchés publics*, p. 69 N 121, ainsi que BEYELER, *Geltungsanspruch*, pp. 196 ss N 413 ss ; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, p. 58 N 145. Voir également, s'agissant d'hôpitaux figurant sur une liste cantonale : ATF 145 II 49, ainsi que le commentaire de cet arrêt par BEYELER, *Listenspitäler*, pp. 198 ss.

C. Les institutions pour personnes handicapées

1. La planification dans le domaine des institutions pour personnes handicapées

Dans le cas des institutions pour personnes handicapées, on mentionnera tout d'abord que celles-ci échappent au champ d'application de l'article 39 LAMal ; l'application du régime de planification hospitalière et ses rapports potentiels avec le droit des marchés publics, que l'on a exposés précédemment¹⁰⁵, ne peuvent donc pas être transposés tels quels à ce type d'institutions.

Le principe d'une planification en matière de prise en charge des personnes handicapées est ancré en droit fédéral dans la LIPPI, qui prévoit que « chaque canton [doit garantir] que les personnes invalides domiciliées sur son territoire ont à leur disposition des institutions répondant adéquatement à leurs besoins »¹⁰⁶. La loi fédérale fixe donc des principes, que les cantons sont chargés de détailler et de concrétiser dans leurs législations respectives¹⁰⁷.

L'article 10 LIPPI commande plus précisément aux cantons d'arrêter un « plan stratégique » contenant notamment la « planification des besoins du point de vue quantitatif et qualitatif »¹⁰⁸ ; ce plan stratégique est soumis à l'approbation du Conseil fédéral¹⁰⁹. Le canton de Vaud a établi son plan stratégique en juin 2010, afin de répondre aux exigences posées par cette disposition¹¹⁰.

Le rôle du canton vis-à-vis des institutions consacrées au handicap est en particulier « d'assurer aux personnes handicapées l'accès à des prestations répondant à leurs besoins [...] »¹¹¹ ; dans le domaine de l'hébergement, l'État doit notamment s'assurer que la capacité des institutions chargées d'hébergement couvre les besoins en la matière. Il s'agit donc plus particulièrement de veiller à une gestion adéquate de l'offre et de la demande¹¹².

¹⁰⁵ Voir *supra*, II./B./2-3.

¹⁰⁶ Voir l'art. 2 LIPPI.

¹⁰⁷ Dans le canton de Vaud, voir notamment la LAIH. L'art. 22 al. 1 LAIH précise que le département « coordonne et planifie l'activité des établissements socio-éducatifs ».

¹⁰⁸ Voir l'art. 10 al. 2 let. a LIPPI.

¹⁰⁹ Voir l'art. 10 al. 1 *in fine* LIPPI.

¹¹⁰ Plan stratégique handicap VD 2011.

¹¹¹ Plan stratégique handicap VD 2011, p. 13.

¹¹² Plan stratégique handicap VD 2011, p. 13.

Nous avons vu plus haut que cette tâche et cette garantie à accorder aux personnes en situation de handicap découle du droit fédéral (art. 2 et 10 LIPPI)¹¹³.

S'agissant de la planification en tant que telle, le processus suit plusieurs étapes : l'État doit évaluer périodiquement les besoins des résidents et des établissements (nombre de personnes nécessitant un hébergement, nombre de places disponibles ou à créer) pour une période de cinq ans¹¹⁴. À cette évaluation succède une analyse approfondie, qui conduit au maintien de l'offre existante ou, au contraire, à sa réorientation ou au développement d'une nouvelle offre¹¹⁵.

2. Planification en matière d'institutions pour personnes handicapées et droit des marchés publics

Dès lors que la planification de la prise en charge des personnes en situation de handicap constitue une tâche publique, le processus de planification opéré en la matière implique-t-il une mise au concours ? La planification est-elle cas échéant assujettie au droit des marchés publics ?

La principale distinction que l'on peut mettre en évidence par rapport au système de la planification hospitalière – qui, on le rappelle, implique une forme de mise au concours¹¹⁶ – tient à notre sens dans la nature de l'obligation conférée par la loi aux cantons. Dans la prise en charge des personnes handicapées, la loi prévoit que les cantons doivent garantir un accès et un choix suffisants pour les personnes concernées ; ce faisant, ils sont tenus de prendre en compte de manière appropriée l'offre déjà existante, en assurant à la fois la diversité et la complémentarité des prestations proposées par les institutions.

De plus, une partie de ces institutions se spécialise dans l'accompagnement de personnes présentant des handicaps spécifiques, tels que la surdi-cécité, qui ne touchent que très peu de personnes ; certaines prestations ne peuvent dès lors être assurées que par un très petit nombre d'établissements, d'où la nécessité d'une collaboration entre les cantons¹¹⁷. Dans le cas des EMS, au contraire, les prestations d'hébergement peuvent être de nature plus générale et sont ainsi susceptibles d'être assurées par un plus grand nombre d'établissements.

Enfin, on relèvera l'absence de critères tenant au caractère économique des prestations faisant l'objet de la planification selon la LIPPI ; en effet, alors que l'article 58b al. 4 OAMal prévoit, dans la planification hospitalière, que les cantons doivent tenir compte

¹¹³ Voir *supra*, I./A et C./2.

¹¹⁴ Plan stratégique handicap VD 2011, p. 17.

¹¹⁵ Plan stratégique handicap VD 2011, p. 20.

¹¹⁶ Sur ce point, voir *supra*, II./B./2.

¹¹⁷ Sur cet aspect : Plan stratégique handicap VD 2011, pp. 36 ss.

du « caractère économique » de la fourniture de prestations, la LIPPI ne comporte aucune disposition équivalente, pas plus qu'elle ne semble consacrer une obligation pour les cantons de tenir compte de considérations économiques dans l'évaluation des besoins. Sur ce point, la planification en matière d'institutions pour personnes handicapées se distancie donc clairement du système prévu par le droit des marchés publics, fondé notamment sur le renforcement de la concurrence et l'utilisation parcimonieuse des fonds publics¹¹⁸.

À la lumière de ces éléments, il apparaît que la mise au concours n'apparaît pas appropriée dans le domaine des établissements socio-éducatifs ; le cadre actuel et le caractère spécialisé de ces établissements conduisent en effet plutôt à considérer l'offre existante proposée par les institutions situées sur le territoire d'un canton. En outre, comme on l'a souligné en matière d'EMS, le canton agit – ici également – en tant que « planificateur » dans la délégation d'une tâche publique à des institutions privées (subventionnées), et non en tant que demandeur d'une prestation relevant d'une tâche accessoire et pouvant être obtenue auprès d'entités privées par le jeu de la concurrence¹¹⁹. Dès lors, l'application du droit des marchés publics devrait à notre sens aussi être exclue pour la planification des institutions pour personnes handicapées.

Cela étant, on peut se demander dans quelle mesure les établissements socio-éducatifs pourraient être concernés par la révision en cours du droit des marchés publics, et être de ce fait assujettis à l'article 9 P-AIMP en tant que délégation de tâche publique ; sur ce point, nous pensons qu'à l'instar de ce que l'on a exposé en matière d'EMS, la question pourrait se poser en cas d'application du nouvel article 10 al. 1 let. e LSu, plus précisément si une modification identique était apportée à la loi vaudoise sur les subventions.

Nous estimons cependant que, dans la mesure où certains types de handicaps peuvent revêtir un caractère spécialisé au point que seul un nombre restreint d'établissements pourrait en assurer la prise en charge, cette situation exclut de fait la possibilité d'une réelle concurrence dans ce domaine ; la planification des cantons en matière de handicap ne devrait dès lors pas être assujettie au droit des marchés publics, même après l'entrée en vigueur de la législation révisée.

En conclusion, on mentionnera pour mémoire l'existence d'une particularité concernant les marchés passés par les collectivités publiques avec des institutions pour handicapés ; ce cas de figure est soumis à un régime particulier, puisque la LMP exclut du champ d'application de la loi les marchés « passés avec des institutions pour handicapés

¹¹⁸ Voir pour le surplus *supra*, II./B./2.

¹¹⁹ Voir *supra*, II./B./2. Dans le domaine de la planification hospitalière, voir également : TRUEB/ZIMMERLI, pp. 66-67 N 162, qui font référence à cette distinction pour justifier l'exclusion du droit des marchés publics de la planification hospitalière.

[...] »¹²⁰. L'Accord intercantonal sur les marchés publics contient une disposition similaire¹²¹.

L'exclusion de cette catégorie de marchés n'a été que très peu commentée ; ni le Message du Conseil fédéral concernant la LMP¹²², ni celui relatif à la révision de cette même loi¹²³, n'apportent en effet de précisions sur ces dispositions. Cela étant, BEYELER précise que ce cas de figure s'inscrit dans le champ plus large d'exceptions résultant non pas de la nature de l'opération en tant que telle – qui pourrait être assujettie au droit des marchés publics – mais en raison de situations particulières justifiant une exclusion du champ d'application de la législation des marchés publics¹²⁴ ; selon cet auteur, les notions « d'institutions pour handicapés » et « d'œuvres de bienfaisance » doivent en outre être interprétées dans un sens très large, susceptible d'englober tous les organismes à but idéal, dans la mesure où ils proposent des services sur une base non commerciale, mais en vue de promouvoir le bien commun en-dehors de toute concurrence¹²⁵. On peut aussi imaginer que les conditions particulières applicables à la formation et à l'emploi de personnes handicapées en ateliers rendent le régime ordinaire des marchés publics difficilement transposable à ce type de prestations, ce qui justifie une exclusion du champ d'application objectif de la législation sur les marchés publics.

D. Synthèse

En définitive, l'implication de l'État dans la gestion des établissements chargés d'assistance et d'hébergement demeure importante, dès lors qu'il agit, dans les deux cas de figure, en tant que planificateur dans la délégation d'une tâche publique – et non en tant que demandeur d'une prestation agissant dans le cadre de tâches accessoires.

¹²⁰ Voir ainsi les art. 3 al. 1 let. a LMP et 10 P-LMP.

¹²¹ Voir les art. 10 al. 1 let. a AIMP et 10 al. 1 let. e P-AIMP.

¹²² Message CF LMP, p. 1221.

¹²³ Message CF rév.-LMP, p. 1749.

¹²⁴ BEYELER, *Geltungsanspruch*, pp. 270-271 N 608.

¹²⁵ BEYELER, *Geltungsanspruch*, pp. 327 N 710 ss, spéc. pp. 329-330 N 713. Dans le même sens, et de manière plus générale, sur la nécessité d'une mise en concurrence dans le cadre de délégations à des entités privées : MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, pp. 251-254. À noter cependant que les contours de la notion d'« œuvre de bienfaisance » demeurent peu clairs et que certaines nuances peuvent être apportées : BEYELER, *Spitex*, pp. 14 ss. Dans ce commentaire de l'arrêt TF 2C_861/2017 du 12 octobre 2018, l'auteur rappelle que le TF avait conclu que l'adjudication de prestations de soins à domicile couvertes par la LAMal entrerait dans le champ d'application de la loi sur les marchés publics ; en outre, l'exception prévue pour les œuvres de bienfaisance n'était pas applicable lorsque le pouvoir adjudicateur souhaitait adjuger le marché au prix le plus bas, ce qui réduit dans une certaine mesure la portée de l'exception posée par les art. 3 al. 1 let. a LMP et 10 al. 1 let. e AIMP.

Bien que les planifications en matière d'établissements médico-sociaux et d'institutions pour personnes handicapées reposent sur des bases légales distinctes et soient mises en œuvre selon des régimes différents, elles répondent à notre sens à des objectifs proches – garantir un accès suffisant à des prestations, en tenant compte des besoins de certaines catégories de personnes – et s'inscrivent dans des cadres relativement similaires, à savoir un processus de planification.

Dans une perspective comparative, on notera qu'en France, l'organisation et la planification des établissements médico-sociaux (EHPAD) et des institutions pour personnes handicapées suit une logique similaire à celle que l'on a exposée plus haut pour le droit suisse ; ainsi, la création ou la transformation d'un tel établissement subventionné par l'État doit s'appuyer sur un appel à projet, qui fait lui-même suite à une évaluation des besoins réalisée conjointement par l'agence régionale de santé et par le conseil départemental¹²⁶. L'appel à projet se double d'un cahier des charges qui précise les besoins devant être remplis ainsi que les éléments que doit comporter l'offre, notamment en termes de capacités d'accueil. La planification aboutit à l'octroi d'une autorisation, si l'offre présentée par un établissement répond au cahier des charges¹²⁷. Une procédure similaire s'applique aux institutions chargées d'hébergement de personnes handicapées, l'article L. 312-1 du Code français de l'action sociale et des familles assujettissant les EHPAD et les institutions pour personnes handicapées à un régime similaire.

Il apparaît qu'en France également, le choix d'une planification orientée sur les capacités des établissements et résultant d'une évaluation des besoins – notamment sur la base de critères géographiques – semble exclure un assujettissement au droit des marchés publics, ce d'autant plus que les services liés à l'hébergement des personnes âgées et handicapées sont exclus du champ d'application de la « Directive européenne Services »¹²⁸, qui consacre la libéralisation des services au sein du marché intérieur de l'Union. L'exclusion des établissements pour personnes âgées ou handicapées du marché intérieur des services dans l'UE renforce dès lors le rôle de l'État, qui s'inscrit ici à la fois dans un rôle de planificateur (en fonction des besoins et des capacités), et de régulateur.

Ainsi, si la question d'une mise au concours, et cas échéant de l'assujettissement des processus de planification au droit des marchés publics, peut se poser, en particulier dans le cadre de la révision en cours du droit des marchés publics, le cadre légal suisse en matière de planification des institutions chargées d'assistance et d'hébergement nous

¹²⁶ Voir notamment à ce sujet : CNSA-FR, Planification 2010, pp. 37 ss.

¹²⁷ <https://www.ars.sante.fr/lorganisation-de-loffre-medico-sociale> (Agence régionale de santé, Ministère français des solidarités et de la santé ; consulté le 22 mai 2019).

¹²⁸ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (dite « Directive Bolkestein »). Voir en particulier le ch. 27 préamb., ainsi que l'art. 2 de la Directive.

paraît toutefois peu compatible avec une mise en concurrence, compte tenu de la nature des tâches concernées et de l'implication de l'État dans ces processus.

Bibliographie

- AUER Andreas, Le statut de la Fondation PERENE et de son personnel, *RJJ* 2001, p. 187 ss.
- BEYELER Martin, Öffentliche Listenspitäler unter dem Vergaberecht, *BR/DC* 2019 p. 198 ss (cité : BEYELER, Listenspitäler).
- BEYELER Martin, Spitex : caritas aut commercium ?, *BR/DC* 2019 p. 14 ss (cité : BEYELER, Spitex).
- BEYELER Martin, Revision BöB : Harmonie mit Nebengeräuschen, *BR/DC* 2017 p. 145 ss (cité : BEYELER, Revision BöB).
- BEYELER Martin, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zürich/Basel/Genf 2012 (cité : BEYELER, Geltungsanspruch).
- BIAGGINI Giovanni, Art. 187 Cst. in : *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (edit.), Zurich 2014.
- COTTIER Michelle, *La protection de la personnalité des résidents d'établissements médico-sociaux*, in : Baddelay/Foex/Leuba/Papaux van Delden (édit.), *Facettes du droit de la personnalité – Journée de droit civil 2013 en l'honneur de la Professeure Dominique Manai*, Genève 2014.
- FAVRE Anne-Christine, La délégation d'activités non économiques ou à « caractère ministériel », in : Favre/Martenet/Poltier (édit.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 145 ss.
- FRÉSARD-FELLAY Ghislaine / KAHIL-WOLF Bettina / PERRENOUD Stéphanie, *Droit suisse de la sécurité sociale*, Vol. III, Berne 2015.
- GALLI Peter / MOSER André / LANG Elisabeth / STEINER Marc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.
- JORDAN Romain / GRODECKI Stéphane, Le droit d'accès au juge (art. 29a Cst.) : une voie redoutable souvent oubliée, *Revue de l'avocat* 10/2018, p. 432 ss.
- JOSEPH Manon, *L'application du droit suisse de la concurrence en matière de soins*, Thèse Lausanne, Lausanne 2019 (cité : JOSEPH, Concurrence soins).
- JOSEPH Manon, La délégation d'activités étatiques : l'exemple de la planification hospitalière, in : Favre/Martenet/Poltier (édit.), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 241 ss (cité : JOSEPH, Planification hospitalière).
- LARGEY Thierry, Le contrôle juridictionnel des actes matériels – Considérations à l'aune des développements récents de la jurisprudence, *PJA* 2019, p. 67 ss.
- MEIER Philippe / STETTLER Martin, *Droit de la filiation*, 6^e éd., Genève/Zurich 2019.
- MOOR Pierre / BELLANGER François / TANQUEREL Thierry, *Droit administratif*, vol. III : *L'organisation des activités administratives. Les biens de l'État*, 2^e éd., Berne 2018.
- MÜLLER Christoph, Le contrat d'assistance en EMS, in : Guillod/Bohnet (édit.), *Le nouveau droit de la protection de l'adulte*, Bâle 2012.

- POLEDNA Tomas / DO CANTO Philipp, Gesundheitswesen und Vergaberecht – von der öffentlichen Aufgabe zum öffentlichen Auftrag, in : Poledna/Jacobs (Hrsg.), *Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld*, Zurich 2010, p. 71 ss.
- POLTIER Etienne, Nouvelle délimitation du champ d'application objectif du droit des marchés publics dans la révision en cours, *Jusletter* du 18 mai 2015 (cité : POLTIER, Nouvelle délimitation).
- POLTIER Etienne, *Droit des marchés publics*, Berne 2014 (cité : POLTIER, Marchés publics).
- POLTIER Etienne, Art. 2 al. 7 LMI, in : Martenet/Bovet/Tercier (édit.), *Droit de la concurrence – Commentaire romand*, 2^e éd., Bâle 2013, p. 1879 ss (cité : POLTIER, Art. 2 al. 7 LMI).
- SCHMITZ Daniela / ZÖBELI Daniel, Financement des institutions sociales en période de mutation, *Sécurité sociale CHSS 1* 2016, p. 41 ss.
- SCHNYDER Erika, *Les frais financiers des EMS et les Commissions des établissements médico-sociaux dans le Canton de Fribourg – Une approche au travers du district de la Sarine*, État de Fribourg, Grand conseil (édit.), 2018.
- TRUEB Hans Rudolf / ZIMMERLI Daniel, *Spitalfinanzierung und Vergaberecht*, Zurich/Bâle/Genève 2012.
- VOISARD Stéphane, *L'auxiliaire dans la surveillance administrative – Du droit bancaire et financier au droit administratif général*, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2014.

Agence régionale de santé, Ministère français des solidarités et de la santé, <https://www.ars.sante.fr/lorganisation-de-loffre-medico-sociale> (consulté le 22 mai 2019).

CAISSE NATIONALE FRANÇAISE DE SOLIDARITÉ POUR L'AUTONOMIE, Dossier technique – Aide à l'adaptation et à la planification de l'offre médico-sociale en faveur des personnes handicapées vieillissantes, octobre 2010.

CONSEIL D'ÉTAT DU CANTON DE VAUD, Planification hospitalière cantonale 2012, Juin 2011.

DÉPARTEMENT DE LA SANTÉ ET DE L'ACTION SOCIALE, DÉPARTEMENT DE LA FORMATION, DE LA JEUNESSE ET DE LA CULTURE DU CANTON DE VAUD, PSH2011 – Plan stratégique handicap 2011, Juin 2010.

Message du Conseil fédéral, du 28 juin 2006, concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635 ss (cité : Message du Conseil fédéral, Protection de l'adulte).

Message du Conseil fédéral du 15 février 2017 concernant la révision totale de la loi fédérale sur les marchés publics, FF 2017 1695 ss (cité : Message CF rév.-LMP).

Message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC – Cycle d'Uruguay, FF 1994 IV 995 ss (cité : Message CF LMP).