

VD_OMNI CCST.2017.0016 vom 30. Januar 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-01-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_CCST.2017.0016

FR: VD_OMNI CCST.2017.0016 du 30 janvier 2018

IT: VD_OMNI CCST.2017.0016 del 30 gennaio 2018

Regeste

Fédération patronale des EMS vaudois et consorts c/Conseil d'Etat | Les restrictions aux libertés fondamentales invoquées reposent sur une base légale suffisante que constitue l'art. 4g al. 5 LPFES. Ni les mandats commerciaux, ni les intérêts, ni les activités accessoires des directeurs d'EMS ne constituent des données personnelles sensibles au sens de l'art. 3 let. c LPD. Même si l'art. 11a RCLPFES ne réserve pas expressément le secret professionnel des membres avocats ou médecins du Conseil ou de la direction d'EMS, ce secret demeure protégé par l'art. 321 CP. Par mandats commerciaux ou externes, il faut comprendre qu'il s'agit uniquement de mandats ou fonctions qui doivent être inscrits au registre du commerce. Ces inscriptions sont publiques. Il en va autrement des "mandats professionnels" qu'un membre avocat ou médecin s'est vu confier et qui ne devront pas être divulgués, à l'instar d'une activité associative, sportive, culturelle ou religieuse, qui n'intéresse pas le département. L'art. 321 CP prime sur le droit cantonal, selon le principe de la force dérogatoire du droit fédéral (consid. 4b). Les nouvelles dispositions se prêtent ainsi à une interprétation conforme au droit supérieur. Il existe en outre un intérêt public à la communication des données personnelles des directeurs d'EMS: le DSAS doit pouvoir veiller à l'utilisation conforme des subventions versées en prévenant les abus liés aux conflits d'intérêts préjudiciables aux EMS (consid. 4d). Enfin, le principe de la proportionnalité est respecté dans la mesure où l'obligation d'annonce et la tenue d'un registre des intérêts est l'unique moyen d'assurer le respect de l'interdiction de conflit d'intérêts préjudiciable à l'EMS. Le pouvoir d'apprécier le risque de conflit d'intérêts ne doit pas être laissé aux directeurs d'EMS (consid. 4e).

Erwägungen

E. 1

a) Selon l'art. 136 al. 2 let. a Cst./VD, la Cour constitutionnelle contrôle la conformité au droit supérieur des normes cantonales, parmi lesquelles les règlements du Conseil d'Etat (art. 3 al. 2 let. b LJC). Dirigé contre la révision partielle du RCLPFES dans sa teneur du 26 avril 2017, la requête est recevable quant à son objet. b) S'agissant, comme en l'espèce, d'un acte cantonal, le délai pour saisir la Cour est de vingt jours à compter de la publication officielle de l'acte attaqué (art. 5 al. 1 LJC). Le règlement du 26 avril 2017 a été publié dans la Feuille des avis officiels du 16 mai 2017. Le délai a commencé à courir le 17 mai 2017 pour expirer le 5 juin 2017 qui était le lundi de Pentecôte. Ce jour-là étant férié dans le canton de Vaud, le délai a été reporté au lendemain, soit le mardi 6 juin 2017, selon l'art. 19 al. 2 LPA-VD applicable par renvoi de l'art. 12 al. 2 LJC. Remise à un bureau de poste suisse le 6 juin 2017, la requête a été formée à temps. Elle est recevable à cet égard. c) A qualité pour agir contre une règle de droit cantonal, toute personne physique ou morale qui a un intérêt digne de protection à ce que l'acte attaqué soit annulé (art. 9 al. 1 LJC). Toutes

les personnes dont les intérêts, qu'ils soient juridiques ou de fait, sont touchés par l'acte attaqué, ou qui pourraient l'être, ont qualité pour agir. Une atteinte virtuelle suffit, pourvu que le requérant puisse, avec un minimum de vraisemblance, être touché par la norme qu'il conteste. La qualité pour agir est également reconnue aux associations défendant les intérêts de leurs membres (cf. arrêt CCST.2015.0006 du 9 juin 2016, consid. 1c, et les arrêts cités).

aa) Les requérants Thierry Heuzé, Yannick Béguin, Dimitri Mocellin, Sonia Diaz, Milan Jonas, Aranka Molnar, Tamara Chièze, Yves Morel et Joël Guy, en tant que directeurs et directrices d'EMS reconnus d'intérêt public, ont qualité pour agir contre l'art. 11a al. 1 et 6 RCLPFES en tant qu'ils allèguent que le traitement de données personnelles porte atteinte à leur sphère privée et à leur liberté économique. bb) Quant aux autres requérants qui exploitent des EMS reconnus d'intérêt public au sens de l'art. 4 LPFES, ils fondent leur qualité pour agir sur le fait que l'acte attaqué précise les conditions à remplir par les établissements sanitaires privés pour être reconnus d'intérêt public. Les obligations supplémentaires découlant pour eux de l'art. 11a al. 4 RCLPFES sont en principe susceptible de porter atteinte à leur liberté économique (art. 27 Cst.). En effet, la limite quantitative introduite par l'art. 11a al. 4 RCLPFES concernant le montant annuel des mandats commerciaux attribués aux sociétés appartenant aux membres de la direction constituent des mesures étatiques qui risquent d'entraver les requérants dans l'exercice de leur activité économique. Il en va de même en ce qui concerne la qualité pour agir de la FEDEREMS. Selon ses statuts du 11 mai 2001, modifiés le 14 décembre 2001, la FEDEREMS regroupe des personnes morales ayant leur siège dans le canton de Vaud et poursuivant les mêmes buts (art. 4 al. 1 des Statuts). La FEDEREMS a pour but de promouvoir une unité de politique et d'action entre EMS vaudois de statuts juridiques différents, dans le respect de leurs particularités. Elle veille aux intérêts généraux de ses membres et des établissements qui les composent en se référant aux principes de la responsabilité patronale et du partenariat social dans ses relations avec les pouvoirs publics, les réseaux de soins, les syndicats et autres groupes d'intérêt. Elle offre toutes les prestations requises par ses membres dans les domaines tels que la formation, la garantie de la qualité, les assurances sociales, la défense juridique, la communication et les relations publiques (art. 2 des Statuts). Dès lors que les membres de la FEDEREMS sont des "entités juridiques" dont les intérêts sont touchés par l'art. 11a al. 4 RCLPFES, il faut en conclure que la FEDEREMS a qualité pour agir en se prévalant de la défense des intérêts de ses membres. d) Il y a lieu d'entrer en matière sur la requête.

E. 2

D'une part, les requérants font valoir que l'art. 11a al. 1 et 6 de l'acte contesté viole leur droit à la protection de la sphère privée et des données personnelles. D'autre part, ils affirment que leur liberté économique serait entravée par l'introduction de l'art. 11a al. 4 RCLPFES. Il convient d'examiner en premier lieu si les nouvelles dispositions attaquées portent atteinte au droit fondamental invoqué pour, en second lieu, déterminer, le cas échéant, si les conditions de l'art. 36 Cst. sont respectées. a) aa) Les requérants soutiennent que l'art. 11a al. 1 et 6 RCLPFES porte atteinte au respect de la vie privée et des données personnelles. Le droit au respect de la sphère privée au sens de l'art. 13 al. 1 Cst., dont le champ d'application matériel concorde largement avec celui de l'art. 8 CEDH, garantit notamment le droit de toute personne au respect de sa vie privée et familiale; il protège l'identité, les relations sociales et les comportements intimes de chaque personne physique, l'honneur et la réputation (ATF 138 I 331 consid. 8.3.2 p. 350; 137 I 167 consid. 3.2 p. 172 ; 135 I 198 consid. 3.1 p. 207; 126 II 377 consid. 7 p. 395), ainsi que, notamment, toutes les

informations se rapportant à une personne qui ne sont pas accessibles au public (ATF 137 II 371 consid. 6.1 p. 380; 124 I 34 consid. 3a p. 36). L'art. 13 al. 2 Cst. détaille l'une des composantes de ce droit; il prémunit le citoyen contre l'emploi abusif de données qui le concernent et qui ne sont pas accessibles au public, notamment les informations relatives à des procédures judiciaires qui porteraient atteinte à sa considération sociale (ATF 137 I 167 consid. 3.2 p. 172; 135 I 198 consid. 3.1 p. 207). Les garanties de l'art. 13 al. 2 Cst. sont concrétisées par la législation applicable en matière de protection des données (ATF 137 I 167 consid. 3.2 p. 173). La loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD; RS 235.1) vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données (art. 1 LPD). Elle régit le traitement des données effectué par des personnes privées et des organes fédéraux (art. 2 al. 2 LPD). Le traitement des données prévu par les nouvelles dispositions du RCLPFES devant être effectué par le Département cantonal, il convient d'examiner le litige à l'aune de la loi vaudoise du 11 septembre 2007 sur la protection des données personnelles (LPrD; RSV 172.65). La LPrD a pour but de protéger les personnes contre l'utilisation abusive des données personnelles les concernant (art. 1 LPrD). Elle s'applique à tout traitement de données des personnes physiques ou morales par le Grand Conseil, le Conseil d'Etat et son administration, l'Ordre judiciaire et son administration, les communes, les ententes, associations, fédérations, fractions et agglomérations de communes, ainsi que les personnes physiques et morales auxquelles le canton ou une commune confie des tâches publiques, dans l'exécution desdites tâches (art. 3 LPrD). Constitue une donnée personnelle toute information qui se rapporte à une personne identifiée ou identifiable (art. 4 al. 1 ch. 1 LPrD). Constitue une donnée sensible toute donnée personnelle se rapportant aux opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales, ainsi qu'à une origine ethnique; à la sphère intime de la personne, en particulier à son état psychique, mental ou physique; aux mesures et aides individuelles découlant des législations sociales; aux poursuites ou sanctions pénales et administratives (art. 4 al. 1 ch. 2 LPrD). Par traitement de données, on entend toute opération ou ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données personnelles, notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction (art.

E. 4

a) Les requérants font valoir que l'art. 11a al. 1 et 6 RCLPFES ne reposerait pas sur une base légale suffisante. Ils précisent qu'il n'existe aucune base légale permettant d'imposer à chaque membre de la direction et du Conseil d'EMS d'annoncer systématiquement l'ensemble de ses mandats externes aux autres membres du Conseil, sans aucune qualification, ni d'imposer au Conseil d'établir et de maintenir un registre accessible au DSAS sur simple demande, contenant tous les intérêts, mandats externes et activités accessoires des membres de la direction et du Conseil, sans aucune qualification quant à la nature de ces activités. L'art. 11a RCLPFES, intitulé " Conflits d'intérêts en cas de sous-traitance ou d'octroi de mandats commerciaux (art. 4g de la loi) ", dispose à son alinéa 1^{er} qu'" il incombe à chaque membre du Conseil et de la direction de l'EMS d'annoncer ses mandats externes, d'identifier les conflits d'intérêts réels ou potentiels préjudiciables auxquels il est confronté et d'en informer sans tarder les membres du Conseil ". Cette disposition doit être lue en parallèle avec l'al. 6 du même article qui sera examiné

conjointement. L'art. 11a al. 6 RCLPFES oblige le Conseil d'établir le registre des intérêts, mandats et activités accessoires de la direction et de ses propres membres ; il le tient à jour et le fournit sur demande du Département. aa) La LPrD concrétise le principe de la légalité à son art. 5 prévoyant que les données personnelles ne peuvent être traitées que si une base légale l'autorise ou leur traitement sert à l'accomplissement d'une tâche publique (al. 1). S'agissant des données sensibles, elles ne peuvent être traitées que si une loi au sens formel le prévoit expressément, l'accomplissement d'une tâche clairement définie dans une loi au sens formel l'exige absolument, ou la personne concernée y a consenti ou a rendu ses données accessibles à tout un chacun (al. 2). bb) En l'espèce, l'on ne saurait considérer que l'art. 11a al. 1 et 6 RCLPFES atteint de manière grave la sphère privée des membres du Conseil et des directeurs. En leur qualité de membre dirigeant d'EMS reconnu d'utilité publique, on peut légitimement exiger que leurs mandats pouvant potentiellement porter préjudice à la bonne gestion de l'établissement qu'ils dirigent soient connus du Conseil et du Département. En soi, ni les mandats commerciaux, ni les intérêts, ni les activités accessoires des directeurs et des membres du Conseil d'EMS ne constituent des données personnelles sensibles au sens de l'art. 3 let. c LPD ou de l'art. 4 al. 1 ch. 2 LPrD. Une base légale réglementaire suffit pour que leur traitement soit licite (art. 17 LPD et 5 LPrD). Encore faut-il que cette base légale réglementaire soit conforme au droit supérieur. Les requérants laissent entendre que le Département a outrepassé la compétence déléguée par l'art. 4g al. 5 LPFES en édictant l'art. 11a al. 1 et 6 RCLPFES. De leur avis, l'art. 4g al. 5 LPFES ne traiterait que des mandats commerciaux (ou externes) pouvant occasionner un conflit d'intérêts préjudiciable à la bonne gestion de l'EMS et, partant, empêcherait le Département d'introduire des obligations concernant l'ensemble des mandats externes des membres du Conseil et des directeurs d'EMS. Ce raisonnement ne peut être suivi. L'obligation d'annonce visant tous les mandats commerciaux des membres du Conseil et des directeurs (art. 11a al. 1 RCLPFES) – sans limitation à ceux créant un conflit d'intérêts préjudiciable – constitue l'unique moyen d'assurer la correcte application de l'art. 4g al. 5 LPFES première phrase (qui prévoit que l'octroi de mandats commerciaux est interdit lorsqu'ils placent la direction ou l'organe suprême dans un conflit d'intérêts préjudiciable à la bonne gestion de l'EMS). Cette disposition réglementaire représente typiquement une modalité d'application de l'interdiction des conflits d'intérêts préjudiciables se limitant au cadre posé par la clause de délégation. La tenue d'un registre par le Conseil consignait les intérêts, mandats et activités accessoires des directeurs (art. 11a al. 6 RCLPFES) s'inscrit également dans le cadre du but du Département de contrôler les activités des directeurs d'EMS de manière à ce qu'ils respectent les dispositions relatives au barème de rémunération (cf. art. 4b LPFES), à la limitation de la distribution du bénéfice (cf. art. 4d LPFES) et à la sous-traitance (cf. art. 4g LPFES). Ce document, transmis sur demande au Département, concrétise ainsi l'objectif posé par l'art. 4g al. 5 LPFES de la bonne utilisation des fonds d'origine publique. b) Les requérants laissent entendre que l'art. 11a al. 1 et 6 RCLPFES serait contraire au droit supérieur en tant qu'il ne comporte aucune réserve du secret professionnel dont la violation est punie par l'art. 321 du Code pénal suisse (CP; RS 311.0). L'art. 321 al. 1 CP prévoit en effet que les avocats, notaires, médecins etc. qui " auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (...) ". Il est notoire que des avocats, notaires ou médecins, soumis au secret professionnel, siègent parfois au sein des conseils d'EMS. A l'inverse par exemple de l'art. 8 de la loi vaudoise du 8 mai 2007 sur le Grand Conseil (LGC; RSV 171.01) qui réserve à son

alinéa 3 expressément le secret professionnel des députés, la nouvelle disposition réglementaire contraindrait de manière illimitée les membres du Conseil et de la direction à communiquer leurs mandats externes, ce qui pourrait entraîner une violation du secret professionnel. Il convient ainsi de déterminer si l'art. 11a RCLPFES se prête à une interprétation conforme au droit supérieur. Selon la jurisprudence, dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes, il est décisif que la norme mise en cause puisse, d'après les principes d'interprétation reconnus, se voir attribuer un sens compatible avec les droits fondamentaux invoqués. Il n'y a lieu dès lors d'annuler une norme cantonale que lorsque celle-ci ne se prête à aucune interprétation conforme à la Constitution ou aux traités en matière de droits de l'Homme. Pour en juger, il faut notamment tenir compte de la portée de l'atteinte aux droits fondamentaux en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante et des circonstances concrètes dans lesquelles ladite norme sera appliquée. Le juge constitutionnel ne doit pas se borner à traiter le problème de manière purement abstraite, mais il lui incombe de prendre en compte, dans son analyse, la vraisemblance d'une application conforme aux droits fondamentaux. Les explications de l'autorité cantonale sur la manière dont elle applique ou envisage d'appliquer la disposition mise en cause doivent également être prises en considération. Si une réglementation de portée générale apparaît comme défendable au regard du droit supérieur dans des situations normales, telles que le législateur pouvait les prévoir, l'éventualité que, dans certains cas, son application puisse se révéler inconstitutionnelle ne saurait en principe justifier une intervention du juge au stade du contrôle abstrait des normes (cf. ATF 140 I 2 consid. 4 p. 14; 134 I 293 consid. 2 p. 295; arrêt TF 2C_66/2015 du 13 septembre 2016 consid. 2, non publié in ATF 142 I 195). En l'occurrence, si l'art. 11a RCLPFES ne réserve pas expressément le secret professionnel des membres du Conseil ou de la direction, le secret professionnel demeure cependant protégé de par la loi, avec ou sans mention de cette réserve dans le règlement. Certes, l'art. 8 LGC, qui oblige les députés à signaler leurs liens d'intérêts dans un registre des intérêts, réserve expressément à son alinéa 3 le secret professionnel. Cette réserve n'a toutefois qu'une portée déclarative en ce sens qu'elle ne sert qu'à rappeler que le secret professionnel ne saurait être violé. Autrement dit, une absence de règle expresse réservant le secret professionnel dans une disposition cantonale ne porte pas à conséquence. Selon le principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.), l'art. 321 CP l'emporterait de toute façon sur une éventuelle réglementation cantonale qui lui serait contraire. Cela étant, il y a lieu d'interpréter les "mandats commerciaux" au sens de l'art. 4g al. 5 LPFES et de l'art. 11a RCLPFES (qui mentionne à son alinéa 1 er les "mandats externes") en ce sens qu'il s'agit uniquement des mandats ou fonctions qui doivent être inscrits au registre du commerce (administrateur de société, associé-gérant, membre de conseil de fondation, membre de la direction d'une association inscrite au RC etc.). Or, les inscriptions au registre du commerce sont publiques et, par définition, le secret professionnel ne porte pas sur des faits déjà connus, mais seulement sur des faits confiés à un avocat (ou à un médecin) en vertu de sa profession que le client (ou patient) a la volonté de garder confidentiels. Ainsi, les mandats visés par l'art. 11a RCLPFES peuvent sans autre être annoncés, voire être mentionnés dans un registre des intérêts interne à l'EMS. Ces mandats commerciaux doivent être clairement distingués des autres "mandats professionnels" qu'un membre avocat ou qu'un membre médecin du Conseil de l'EMS s'est vu confiés par ses clients ou patients dans le cadre de la profession qu'il exercerait parallèlement à sa fonction dans un EMS. Même si le Département explique, dans sa réponse, qu'il faut annoncer tous les mandats externes, le RCLPFES devra être

interprété dans le sens que le médecin ou l'avocat ne doit pas donner la liste de ses clients ou patients (mandats "privés" ou "professionnels", et non pas "commerciaux"), ni divulguer les faits confidentiels à eux confiés en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans le cadre de celle-ci. La question du secret professionnel ne se pose donc pas en pratique. Par nature, les registres des intérêts indiquent les mandats et activités accessoires que les personnes tenues à déclaration estiment importants. Une activité accessoire comme l'exercice d'un sport d'équipe (qui implique en général la qualité de membre d'une association) ou la participation à un groupe culturel ou religieux, ne devra pas être annoncée. Si le Département décidait d'exiger l'annonce au registre de tous les mandats (sans distinction) susceptibles de porter atteinte au secret professionnel d'un membre avocat ou d'un membre médecin du Conseil d'un EMS, l'intéressé aurait alors la possibilité de saisir la juridiction administrative et de faire contrôler, concrètement, la constitutionnalité de cette décision. A ce stade, il n'y a pas de motifs de craindre que l'art. 11a al. 1 et 6 RCLPFES soit appliqué d'une manière contraire au droit supérieur; au contraire, il se prête à une interprétation raisonnable. d) L'intérêt public à la communication des mandats commerciaux externes et à la tenue d'un registre des intérêts et des activités accessoires consiste prévenir les abus liés aux conflits d'intérêts pouvant notamment faire courir un risque financier à l'EMS. La nouvelle réglementation vise, ici également, à veiller à l'utilisation conforme des subventions versées aux EMS en contrôlant notamment la rémunération de leurs directeurs. La condition posée par l'art. 36 al. 2 Cst. est ainsi respectée. e) S'agissant du principe de la proportionnalité, les requérants soutiennent que les obligations telles que prévues par l'art. 11a al. 1 et 6 RCLPFES, soit l'annonce systématique au Conseil de tous les mandats commerciaux (externes) des membres de la direction et du Conseil, ainsi que la tenue d'un registre des intérêts accessible au DSAS de l'ensemble des activités accessoires, sans aucune considération de leur nature, ne seraient pas nécessaires pour atteindre le but visé. A leur avis, cette obligation d'annonce n'aurait dû concerner que les mandats commerciaux (ou externes) constitutifs d'un conflit d'intérêts préjudiciable à la bonne gestion de l'EMS. Or, ces mandats sont de toute façon interdits en vertu de l'art. 4g al. 5 LPFES. Et, comme relevé à juste titre par le Département dans sa réponse, seule une annonce de tous les mandats commerciaux ou externes permet à l'autorité concernée d'identifier le risque d'un éventuel conflit d'intérêts préjudiciable à la bonne gestion de l'EMS. Il n'est pas concevable que le membre du Conseil ou de la direction apprécie tout seul l'existence ou non d'un risque de conflit d'intérêts, car cela irait à l'encontre du but d'intérêt public qui vise à prévenir les abus liés à un conflit d'intérêts en cas de sous-traitance notamment. f) Selon les requérants, les obligations découlant de l'art. 11a al. 1 et 6 RCLPFES seraient d'autant plus disproportionnées qu'elles risquent d'aboutir à un résultat allant à l'encontre de l'intérêt de santé publique poursuivi par le DSAS. En imposant aux membres de la direction et du Conseil des EMS de se "mettre à nu" devant leurs collègues et le DSAS, y compris pour des activités qui n'ont aucun lien avec leur activité au sein de l'EMS et ne présentant aucun risque de conflit d'intérêts, l'art. 11a al. 1 et

E. 6

a) Les requérants font valoir que l'art. 11a al. 4 RCLPFES serait dépourvu de base légale suffisante. aa) L'art. 4g LPFES concerne la sous-traitance, plus précisément " le recours par un EMS reconnu d'intérêt public à une société tierce pour fournir des prestations de sa mission ". Il est libellé comme suit: " 1 Le recours par un EMS reconnu d'intérêt public à une société tierce pour fournir des prestations relevant de sa mission (ci-après :

sous-traitance) ne peut excéder en moyenne annuelle 25% du total des charges d'exploitation de l'établissement concerné. 2 Le département peut accorder des dérogations à la règle posée par l'alinéa premier sur la base d'une demande d'un EMS qui fait valoir que la sous-traitance permet à plusieurs EMS d'organiser en commun leurs achats de biens ou de services ou qu'elle constitue d'une manière générale une solution novatrice permettant d'obtenir la meilleure économicité possible ou encore qu'elle est indispensable pour des raisons indépendantes des choix de gestion de l'EMS. 3 Dans tous les cas, la société de sous-traitance doit appliquer les mêmes conditions de travail que celles applicables aux EMS ou les conditions de travail de la branche concernée. 4 La sous-traitance doit être conforme au principe d'économicité prévu à l'article 4c de la présente loi. La surveillance financière du département prévue à l'article 32a porte également sur le respect de ce principe. A cette fin, la sous-traitance fait l'objet d'un contrat écrit garantissant l'application de la présente loi et détaillant la nature et le volume des prestations fournies, ainsi que les prix facturés. 5 La sous-traitance et l'octroi de mandats commerciaux sont interdits lorsqu'ils placent la direction ou l'organe suprême dans un conflit d'intérêts préjudiciable à la bonne gestion de l'EMS. Le Conseil d'Etat règle les modalités d'application en tenant compte notamment de l'avis et des recommandations des associations faîtières. " bb) L'exposé des motifs et projets de lois modifiant la LPFES (ci-après: EMPL) de mars 2011 (p. 376) indique, au commentaire de l'art. 4g LPFES, que cet article nouveau fixe les conditions à respecter par les EMS en matière de sous-traitance. Bien que dans la plupart des cas, la sous-traitance au sein des EMS reconnus d'utilité publique représente un volume relativement modeste, quelques établissements du canton y recourent de manière plus intensive. La réglementation de la sous-traitance est ainsi apparue nécessaire pour prévenir les conflits d'intérêts dans les cas où ces établissements sous-traitent à des sociétés privées dont plusieurs appartiennent aux dirigeants de ces mêmes EMS. Cette situation pose différents problèmes relatifs à l'affectation des financements d'origine publique ou prélevés auprès des résidents d'EMS et subsidiairement des régimes sociaux, l'économicité dans l'achat de biens et de services et, d'une manière générale, la préservation des intérêts des établissements auxquels le département délègue une tâche publique. " La règle posée dans le 5ème alinéa [de l'art. 4g] vise à préserver les intérêts des établissements auxquels le département accorde la reconnaissance d'intérêt public en proscrivant les relations commerciales qui placeraient les membres dirigeants de l'EMS dans un conflit d'intérêt. Conformément à la formulation retenue par la Commission thématique de santé publique, il appartiendra au Conseil d'Etat de fixer les modalités d'application en la matière, sur la base notamment des recommandations émises par l'Association vaudoise d'établissements médico-sociaux (AVDEMS). " (EMPL de mars 2011, p. 376). cc) L'art. 11a al. 4 RCLPFES prévoit que " le montant annuel des mandats commerciaux attribués aux sociétés appartenant aux membres de la direction ou à leurs proches ne doit pas excéder celui admis pour le supplément temporaire prévu à l'article 6 alinéa 1, lettre a. Sur demande préalable, le Département peut accorder une dérogation ". L'art. 4b al. 2 LPFES permet au Conseil d'Etat de fixer " un barème de rémunération pour les fonctions directoriales et administratives de ces établissements, qui tient compte de leurs spécificités, en particulier de leur taille, de leurs missions et des responsabilités dévolues à ces fonctions" . L'art. 6 al. 1 let. a RCLPFES précise que l'EMS peut octroyer au directeur un supplément temporaire de rémunération à condition que le montant du supplément ne dépasse pas " de plus de 10% le plafond du barème applicable à l'établissement concerné ". Quant au " Barème de rémunération des EMS privés reconnus d'intérêt public " figurant à l'Annexe 1 du

RCLPFES, il prévoit, à titre d'exemple, que pour la catégorie d'EMS petit (jusqu'à 25 lits), le salaire maximum d'un directeur est de 138'780 fr. et que pour la catégorie d'EMS très grand EMS (126 lits et plus), le salaire maximum est de 223'592 francs. dd) On peut se demander si la nouvelle disposition réglementaire est rattachée au contrôle de la rémunération des directeurs d'EMS prévu par l'art. 4b LPFES ou plutôt à l'interdiction du conflit d'intérêts préjudiciable réglée par l'art. 4g al. 5 LPFES. La limitation introduite par l'art. 11a al. 4 RCLPFES ne vise à l'évidence pas à limiter davantage la rémunération des directeurs (dont le plafond fixé ne saurait de toute façon être dépassé), mais à restreindre les possibilités de sous-traiter des biens et services à des sociétés appartenant aux membres de la direction ou à leurs proches afin de prévenir tout risque de conflits d'intérêts. L'art. 4g al. 5 LPFES pose comme principe l'interdiction de la sous-traitance (1^{ère} phrase) et autorise le Conseil d'Etat de régler " les modalités d'application " (deuxième phrase); il ne s'agit pas de régler des modalités de la sous-traitance en général (art. 4g al. 1 LPFES), mais des modalités de l'interdiction de la sous-traitance dans le but d'éviter un conflit d'intérêts préjudiciable à la bonne gestion de l'EMS. Force est donc d'admettre que l'art. 11a al. 4 RCLPFES trouve son fondement dans l'art. 4g al. 5 LPFES. b) Par ailleurs, il existe un intérêt public à réglementer la sous-traitance de prestations relevant de la mission de l'EMS notamment lorsque les dirigeants d'EMS ont des intérêts personnels ou familiaux ou encore économiques dans la société sous-traitante. Il s'agit de s'assurer que les subventions versées aux EMS soient utilisées conformément à leur but d'intérêt public et non en faveur d'intérêts privés de membres de la direction ou de leurs proches qui se trouveraient dans une situation de conflit d'intérêts. La question de savoir si cet intérêt public est suffisant par rapport à l'atteinte au droit fondamental invoqué par les requérants s'examine sous l'angle du principe de la proportionnalité. c) aa) Il reste donc à examiner si l'art. 11a al. 4 RCLPFES respecte le principe de la proportionnalité à la lumière de l'interdiction de la sous-traitance plaçant la direction ou l'organe suprême dans un conflit d'intérêts préjudiciable à la bonne gestion de l'EMS posée par l'art. 4g al. 5 LPFES et non en lien avec l'art. 4g al. 1 LPFES. Dans le cadre des modalités que le Conseil d'Etat doit prévoir (art. 4g al. 5 2^{ème} phrase LPFES) en relation avec l'interdiction prévue par la loi de la sous-traitance plaçant la direction ou l'organe suprême dans un conflit d'intérêts préjudiciable à la bonne gestion de l'EMS, l'art. 11a al. 4 RCLPFES autorise une activité commerciale de très faible ampleur financière. Cette limitation se justifie par le risque particulier de conflit d'intérêts préjudiciable à la bonne gestion de l'EMS qui existe lorsque des mandats sont attribués aux membres de la direction ou à leurs proches. Cela étant, la possibilité d'octroyer des dérogations permet de garantir le respect du principe de la proportionnalité. Celles-ci, qui pourront être octroyées pour les montants dépassant le supplément temporaire prévue à l'art. 6 al. 1 let. a RCLPFES, permettront également si nécessaire de respecter le principe d'économicité tel que posé par l'art. 4c al. 1 LPFES, prévoyant que les EMS doivent tout mettre en œuvre pour obtenir la meilleure economicité possible dans leurs achats de biens et de services. Autrement dit, la base légale de l'art. 11a al. 4 RCLPFES est bien l'art. 4g al. 5 LPFES posant le principe de l'interdiction de la sous-traitance et des mandats commerciaux emportant un conflit d'intérêts avec les membres de la direction et non l'art. 4g al. 1 LPFES, qui règle la sous-traitance de manière générale, ce qui explique le montant très modeste (soit quelque 13'878 fr. pour un petit EMS et 22'359 fr. pour un très grand EMS) susceptible de constituer un conflit d'intérêts préjudiciable à la bonne gestion de l'EMS. Contrairement à ce que prétendent les requérants, l'art. 11a al. 4 RCLPFES ne pose pas une restriction supplémentaire non compatible avec la loi, mais prévoit des modalités

permettant de déroger au principe général de l'interdiction de l'art. 4g al. 5 LPFES. bb) En définitive, l'art. 11a al. 4 RCLPFES respecte le principe de la proportionnalité, d'autant que des dérogations sont prévues.

E. 7

Au vu de ce qui précède, la requête doit être rejetée. Un émolument judiciaire doit être mis à la charge des requérants, solidairement entre eux (art.

E. 12

al. 2 LJC et 49 al. 1 LPA-VD). Il n'est pas alloué de dépens aux requérants, qui succombent (art. 12 al. 2 LJC et 55 al. 1 LPA-VD).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.