

VD_OMNI CCST.2017.0018 vom 30. Januar 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-01-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_CCST.2017.0018

FR: VD_OMNI CCST.2017.0018 du 30 janvier 2018

IT: VD_OMNI CCST.2017.0018 del 30 gennaio 2018

Regeste

Association vaudoise d'établissements médico-sociaux et consorts c/ Conseil d'Etat | L'art. 11a RCLPFES prévoit qu'il incombe à chaque membre du Conseil et de la direction d'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 l'ensemble des membres du Conseil (al. 1). Les mandats ou relations commerciales pouvant occasionner un conflit d'intérêts ne peuvent être attribués que par le Conseil; celui-ci en informe le département (al. 3). Le Conseil établit 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 au département (al. 6). Ces dispositions réglementaires se fondent sur l'art. 4g al. 5 LPFES qui interdit la sous-traitance et l'octroi de mandats commerciaux lorsqu'ils placent la direction ou l'organe suprême dans un conflit d'intérêts préjudiciable à la bonne gestion de l'EMS. Elles ne violent ni le droit à la protection de la sphère privée et des données personnelles, ni la liberté économique. Elles se prêtent à une interprétation conforme au droit supérieur.

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. aa) Remise à un bureau de poste suisse le 6 juin 2017, la requête a été formée en temps utile en tant qu'elle émane des requérants n° 1 à 56. Elle est recevable à cet égard. bb) Cette requête mentionne qu'elle est également déposée " autant que de besoin, par tout ou partie des personnes physiques, membres des organes et/ou des directions " des EMS énumérés dans la liste. En principe, l'identité du requérant doit être communiquée dans le délai de vingt jours de l'art. 5 al. 1 LJC. Au cas où l'identité serait indiquée de manière incomplète ou inexacte, il serait excessivement formaliste de considérer que l'intéressé n'est pas l'auteur de la requête. En revanche, lorsque des personnes morales laissent entendre que des tiers pourraient aussi, avec elles, être les auteurs de la requête " pour autant que de besoin ", ces tiers ne peuvent pas s'annoncer et s'identifier après le délai légal de vingt jours. Or, ce n'est que le 28 juin 2017 que les requérants ont annoncé compléter la désignation des parties à la requête du 6

juin 2017 par la " production du document ci-joint énonçant la liste des personnes physiques, directeurs ou directrices des EMS mentionnés aux chiffres 2 à 56 de la requête du 6 juin 2017, qui agissent en leur nom personnel ". L'avis du 15 juin 2017 du juge instructeur, permettant de compléter la désignation des parties, ne saurait avoir pour effet d'accorder un droit de recours à un citoyen qui n'a pas agi dans le délai légal. Ainsi, en tant qu'elle émane de ces personnes physiques, requérants n° 57 à 135, la requête est tardive, partant irrecevable. 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 n° 2 à 56, qui exploitent des EMS reconnus d'intérêt public au sens de l'art. 4 LPFES, fondent leur qualité pour agir sur le fait que les dispositions réglementaires attaquées précisent les conditions à remplir par les établissements sanitaires privés pour être reconnus d'intérêt public. En ce qui concerne d'abord le nouvel art. 11a al. 1,

E. 3

Comme tout droit fondamental, le droit au respect de la sphère privée et des données personnelles et la liberté économique peuvent être restreints, pour autant qu'une telle restriction soit fondée sur une base légale (art. 36 al. 1 Cst.), repose sur un intérêt public ou sur la protection d'un droit fondamental d'autrui (36 al. 2 Cst.) et soit proportionnée au but visé (art. 36 al. 3 Cst.). Les requérants soutiennent avant tout que les dispositions réglementaires attaquées ne reposeraient pas sur une base légale suffisante ni ne respecteraient le principe de la proportionnalité. a) Le principe de la légalité, ancré à l'art. 5 al. 1 Cst., exige que les autorités n'agissent que dans le cadre fixé par la loi. Les actes étatiques doivent se fonder sur une base légale matérielle, suffisamment précise et édictée par les autorités habilitées à le faire. Cela est commandé par l'impératif démocratique du respect de la répartition des compétences entre les organes de l'Etat, d'une part, et, d'autre part, par l'exigence de l'égalité et de la prévisibilité de l'action étatique comme fondement de l'Etat de droit (ATF 141 II 169 consid. 3.1 p. 171; arrêt CCST.2017.0004 du 26 octobre 2017, consid. 4a et les références citées). Plus la restriction d'un droit fondamental est importante, plus les exigences visant le niveau et la précision de la base légale sont élevées. Les restrictions graves nécessitent une base claire et précise dans la loi même. Cela ressort de l'art. 36 al. 1 Cst. et du principe de la légalité consacré par l'art. 5 al. 1 Cst. Le degré de précision nécessaire ne se prête pas à une définition abstraite. Il dépend notamment de la diversité des situations à évaluer, de la complexité et de la prévisibilité des décisions à prendre dans chaque cas d'espèce, des destinataires de la législation, de la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux et de la difficulté de choisir une solution appropriée avant qu'un cas d'application ne se présente concrètement (ATF 141 I 201 consid. 4.1 pp. 203/204; 139 II 243 consid. 10 p. 252; 136 I 87 consid. 3.1 p. 90). Le principe de la séparation des pouvoirs affirme en principe le monopole parlementaire sur les actes normatifs. Toutefois, des raisons pratiques imposent de conférer un pouvoir réglementaire à l'exécutif. Ce pouvoir trouve son fondement dans une règle légale ou constitutionnelle. Pour que des règles de droit puissent être prises dans une autre procédure, moins directement démocratique, il faut un fondement: le pouvoir réglementaire est toujours dérivé ou délégué

ou encore conditionnel. Ce fondement, ou clause de délégation, peut se trouver dans la Constitution ou dans une loi; il peut être général ou spécial (arrêt CCST.2017.0004 précité, consid. 4a). La délégation de compétences législatives à l'exécutif ou à un autre organe est admissible, pour autant qu'elle soit prévue dans une loi au sens formel, qu'elle ne soit pas prohibée par le droit cantonal, qu'elle soit limitée à un domaine précis et que la loi contienne elle-même les traits essentiels de la réglementation à adopter, lorsque la situation des particuliers est atteinte de manière importante (ATF 128 I 327 consid. 4.1 et les références citées). Quelle que soit la construction juridique, non seulement le parlement décide lui-même librement de ce qui lui semble suffisamment important pour qu'il s'en occupe, mais il ne lui est pas non plus interdit de légiférer sur des points secondaires jusqu'à supprimer tout espace à un quelconque exercice du pouvoir réglementaire. Il existe donc une primauté du pouvoir législatif (arrêt CCST.2017.0004 précité, consid. 4a). Pour l'établir, on distingue les ordonnances d'exécution et de substitution. Les ordonnances d'exécution ne peuvent disposer que *intra legem* et non *praeter legem*. Elles précisent, par des prescriptions de détail, les intentions du législateur, afin de faciliter l'application de la loi. Ces ordonnances ne peuvent modifier ou abroger la loi qu'elles concrétisent; elles doivent s'en tenir au but légal; elles peuvent tout au plus développer la réglementation dont les traits essentiels sont fixés dans la loi (ATF 141 II 169 consid. 3.3; 136 I 29 consid. 3.3 et les arrêts cités). Elles ne peuvent pas non plus mettre à la charge du citoyen de nouvelles obligations, même dans les cas où cela concourrait au but de la loi (ATF 136 I 29 consid. 3.3 et les arrêts cités). Les ordonnances de substitution en revanche établissent de manière originaire des règles de droit primaires (arrêt CCST.2010.0008, précité, consid. 3c/aa, et les références citées); elles peuvent disposer *praeter legem*, c'est-à-dire poser de nouvelles règles qui auraient pu figurer dans la loi, en imposant de nouvelles obligations ou en conférant de nouveaux droits aux citoyens. Le rôle du juge se limite à vérifier que l'ordonnance de substitution litigieuse ne sorte pas manifestement du cadre de la délégation législative prévue par la loi, ou n'apparaisse pas, pour d'autres raisons, contraire à la loi ou à la Constitution (ATF 140 V 485 consid. 2.3 et les arrêts cités). Pour déterminer la nature de l'ordonnance – d'exécution ou de substitution –, en d'autres termes l'étendue du pouvoir réglementaire, il faut interpréter la clause de délégation contenue dans la loi (arrêt CCST.2015.0006 précité, consid. 4a). Dans le Canton de Vaud, dont la Constitution consacre expressément le principe de la séparation des pouvoirs (art. 89 Cst./VD), la fonction législative appartient au Grand Conseil (art. 103 Cst./VD), les fonctions exécutives et l'administration au Conseil d'Etat (art. 112 et 123 Cst./VD). Selon l'art. 120 al. 2 Cst./VD, le Conseil d'Etat " édicte des règles de droit, dans la mesure où la constitution ou la loi l'y autorisent. Il édicte les dispositions nécessaires à l'application des lois et des décrets ". La compétence du Conseil d'Etat pour édicter des règles de droit se limite aux cas où la Constitution ou la loi lui attribue le pouvoir de régler lui-même un problème déterminé. Pour le surplus, il ne peut adopter que des arrêtés ou des règlements d'exécution, qui établissent des règles complémentaires de procédure, précisent et détaillent certaines dispositions de la loi, éventuellement en comblent de véritables lacunes (cf. arrêt CCST.2017.0004 précité, consid. 4a). En ce qui concerne plus particulièrement le régime des EMS, on peut relever que les cantons ne sont en principe pas tenus de subventionner un EMS (sous réserve de l'art. 25a al. 5 dernière phrase de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie [LAMal; RS 832.10]). Lorsqu'ils y procèdent, l'octroi de subventions peut être assorti de conditions appropriées (ATF 142 I 195 consid. 6.3 pp. 215/216). Les EMS – et leurs directeurs – sont tenus d'accepter certaines restrictions à leurs libertés

fondamentales en échange de l'octroi de subventions. Concrétisant ces principes, l'art. 27 de la loi vaudoise du 22 février 2005 sur les subventions (LSubv; RSV 610.15) prévoit que l'autorité compétente s'assure que les subventions accordées sont utilisées de manière conforme à l'affectation prévue et que les conditions et les charges auxquelles elles sont soumises sont respectées par le bénéficiaire (al. 1). Elle met en place une procédure de suivi et de contrôle des subventions sous l'angle de leur adéquation aux principes définis par la loi (al. 2). Cette disposition ne saurait pour autant constituer une "clause générale" fondant le droit pour le Département de prévoir un nombre illimité de restrictions dans le RCLPFES. Ces restrictions et contrôles doivent être conformes aux principes exposés dans la LPFES, qui apparaît comme une loi spéciale par rapport à la LSubv. L'art. 32a LPFES prévoit spécifiquement que le Département contrôle que les établissements sanitaires d'intérêt public et les réseaux de soins utilisent les ressources allouées conformément à l'affectation prévue (al. 1). Le Conseil d'Etat, après évaluations faites lors des contrôles antérieurs, détermine la portée et les modalités de ce contrôle, y compris en ce qui concerne les sous-traitants qui délivrent régulièrement des prestations couvertes par la présente loi. Le règlement définit les modalités, en particulier les principes comptables à respecter et les règles relatives à la mission, à la qualification et à l'indépendance des organes de révision (al. 2). b) En matière de restrictions aux droits fondamentaux, le principe de la proportionnalité prévu à l'art. 36 al. 3 Cst. exige que la mesure envisagée soit apte à produire les résultats d'intérêt public escomptés (règle de l'aptitude) et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (règle de la nécessité). En outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et postule un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit, impliquant une pesée des intérêts; cf. ATF 140 I 218 consid. 6.7.1 p. 236; 136 IV 97 consid. 5.2.2 p. 104; 135 I 169 consid. 5.6 p. 174).

E. 4

a) Les requérants font valoir que l'art. 11a al. 1, 3 et 6 RCLPFES ne reposerait pas sur une base légale suffisante. 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 les al. 3 et 6 du même article qui seront examinés conjointement. L'art. 11a al. 3 RCLPFES octroie la compétence exclusive au Conseil de l'EMS d'attribuer les mandats pouvant occasionner un conflit d'intérêts. Dans ce cas, il en informe le Département. 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, on ne saurait considérer que l'art. 11a al. 1, 3 et 6 RCLPFES atteint de manière grave la sphère privée des directeurs en particulier. En leur qualité de membres dirigeants d'EMS reconnus d'utilité publique, on peut légitimement exiger que leurs mandats commerciaux (ou externes) 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 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. Contrairement à l'avis des requérants, 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 soutiennent que le Département a outrepassé la compétence déléguée par l'art. 4g al. 5 LPFES en édictant l'art. 11a al. 1, 3 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 directeurs d'EMS. Ce raisonnement ne peut être suivi. L'obligation d'annonce visant tous les mandats commerciaux 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 et des membres du Conseil (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 prétendent 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 (...) ". Les requérants exposent qu'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 al. 1 et 6 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. cc) Le corollaire de l'art. 11a al. 1 et 6 RCLPFES réside dans l'art. 11a al. 3 RCLPFES. En effet, bien que les alinéas 1 et 6 prévoient l'obligation pour les directeurs d'EMS d'annoncer leurs mandats externes et celle du Conseil de tenir un registre, le Conseil doit être en mesure d'intervenir dans l'attribution d'un mandat représentant un risque potentiel de conflit d'intérêts, sans quoi, l'obligation d'annonce des directeurs et la tenue du registre serait vidée de son sens. L'art. 11a al. 3 RCLPFES n'interdit pas l'attribution de mandats pouvant occasionner un conflit d'intérêts, mais la contrôle. Seule demeure interdite – par l'art. 4g al. 5 LPFES – l'attribution de mandats préjudiciables aux intérêts de l'EMS. Les requérants soutiennent cependant que la seconde phrase de l'art. 11a al. 3 RCLPFES, soit le fait que le Conseil informe le Département des mandats pouvant occasionner un conflit d'intérêts, violerait leur droit à la protection de la sphère privée et des données personnelles. Or cette communication au Département, à l'instar de l'art. 11a al. 1 RCLPFES, s'inscrit dans le cadre de la délégation de compétence prévue par l'art. 4g al. 5 LPFES. 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 à 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 et la répartition du bénéfice. 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 l'obligation d'annonce des membres du Conseil et de la direction, en tant qu'elle s'applique à tous les mandats commerciaux (externes) ainsi que la tenue d'un registre des intérêts et activités accessoires prévue par l'art. 11a al. 1 et 6 RCLPFES, ne serait pas nécessaire 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. Les requérants laissent entendre que les dispositions réglementaires contestées ne seraient pas nécessaires, car, il existe déjà, en cas de conflit d'intérêts, des règles de droit cantonal ou fédéral en matière de récusation spontanée applicables notamment aux membres des autorités administratives et judiciaires appelés à rendre une décision ou un jugement et qui auraient un intérêt personnel dans la cause. Or la situation de ces derniers n'est nullement comparable à celle des membres du Conseil et directeurs d'EMS, qui ne sont pas délégataires de la puissance publique et n'ont donc aucune compétence décisionnelle fondée sur le droit public. En tant que membres du Conseil ou directeurs d'EMS, ils ne sont donc pas assujettis aux mêmes règles sur la récusation que les membres des autorités; ils ne sont d'ailleurs pas soumis au même devoir de confidentialité que les membres d'une autorité administrative ou judiciaire (secret de fonction) ou encore qu'un avocat (secret professionnel). C'est pourquoi l'adoption de règles spécifiques, tels que

l'art. 11a al. 1, 3 et 6 RCLPFES apparaît nécessaire pour prévenir tout conflit d'intérêts susceptible de porter préjudice à la bonne gestion de l'EMS. d) Le même raisonnement s'applique à l'art. 11a al. 3 RCLPFES, corollaire de l'art. 11a al. 1 RCLPFES. L'art. 11a al. 3 RCLPFES, prévoyant que les mandats ou relations commerciales pouvant occasionner un conflit d'intérêts ne peuvent être attribués que par le Conseil, celui-ci en informant le département, permet à cette autorité de veiller à la bonne utilisation des ressources publiques allouées, soit de contrôler le respect des art. 4g al. 5 et 32a LPFES relatif à la surveillance financière. Du reste, sous l'angle de la protection de la sphère privée et des données personnelles, l'atteinte, par la communication au Département des informations sur les mandats commerciaux attribués par le Conseil pouvant occasionner un conflit d'intérêts est de peu de gravité. Le principe de la proportionnalité est donc respecté. f) En résumé, la requête doit être rejetée en tant qu'elle est dirigée contre l'art. 11a al. 1, 3 et 6 RCLPFES.

E. 5

Sous l'angle de la liberté économique, les requérants soutiennent que les limitations introduites par les art. 11a al. 4 et 11b RCLPFES seraient constitutives d'une inégalité de traitement par rapport aux EMS privés. Il convient d'emblée de préciser que l'application par un canton d'un régime juridique distinct aux EMS reconnus d'utilité publique par rapport aux autres EMS ne viole pas per se l'égalité de traitement (entre concurrents directs). En effet, si ces premiers ainsi que leurs pensionnaires ont, à l'inverse des seconds, la possibilité de bénéficier de subventions cantonales, ils renoncent en échange au plein exercice de leur liberté économique et acceptent de se soumettre à des contrôles et modalités de gestion définies par le canton (ATF 138 II 191 consid. 4.4.2 p. 203). Il ne faut du reste pas perdre de vue que les requérants peuvent choisir entre le plein exercice de leur liberté économique et l'aide de subventions impliquant le respect de certaines conditions imposées par l'Etat. Toutefois, on ne saurait quantifier ce contrôle au pro rata des subventions versées. Il est nécessaire de créer un système qui garantisse l'affectation des deniers publics au but de santé publique poursuivi par l'Etat quand il subventionne des EMS. Ledit système doit notamment éviter que les fonds ainsi versés par l'Etat ne servent à payer des rémunérations excessives ou n'encouragent à distribuer une trop grande partie du bénéfice réalisé, sans prévoir des réserves suffisantes. Le régime distinct pour les EMS reconnu d'intérêt public prévu par l'art. 11a al. 4 RCLPFES ne constitue pas une inégalité de traitement prohibée. Ce grief soulevé par les requérants doit partant être rejeté.

E. 6

a) Les requérants font valoir que les art. 11a al. 4 et 11b RCLPFES seraient dépourvus 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 économie 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 fr. 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. Il en va de même de l'art. 11b RCLPFES. 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 utilisés 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. Pour les requérants, la seule limite quantitative que le législateur a prévue pour la sous-traitance de prestations se trouve à l'art. 4g al. 1 LPFES. Cette disposition définit la sous-traitance et en limite le volume à 25% du total des charges d'exploitation de l'EMS. Se référant à l'EMPL de mars 2011 (p. 376), les requérants soutiennent que la limite quantitative introduite à l'art. 11a al. 4 RCLPFES serait contraire au droit supérieur. Selon l'EMPL, la limitation de l'art. 4g al. 1 LPFES " tient compte du fait que la sous-traitance est parfois rendue nécessaire par des circonstances indépendantes de la gestion de l'établissement. La limite de 25% laisse donc aux établissements une marge de manœuvre importante dans leurs choix de gestion par rapport à la situation où les circonstances cumulées les amèneraient à sous-traiter l'ensemble des domaines mentionnés plus haut ". La limite supplémentaire posée par l'art. 11a al. 4 RCLPFES serait ainsi incompatible la marge de manœuvre importante laissée aux EMS par le législateur dans la gestion de la sous-traitance. En réalité, il convient d'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 oeuvre 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 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. d) Les requérants soutiennent que l'art. 11b RCLPFES ne trouve pas appui dans l'art. 4g LPFES, contrairement à ce que son intitulé laisse entendre. L'art. 11b RCLPFES a la teneur suivante: " En cas de sous-traitance de la direction d'un EMS, le Conseil établit un contrat de sous-traitance qui définit en particulier: le taux d'activité du directeur (let. a), le montant de la rémunération annuelle brute, selon le barème applicable (let. b) et le montant des charges sociales conformément au taux alloué dans le taux socio-hôtelier (let. c) ". L'art. 4g LPFES concerne la sous-traitance, soit le recours par un EMS à une société tierce pour fournir des prestations relevant de sa mission, alors que, de l'avis des requérants, l'art. 11b RCLPFES traiterait des situations dans laquelle la direction d'un EMS exercerait elle-même un mandat externe. Il n'en est rien. L'art. 11b RCLPFES sert à prévenir les cas où un EMS entendrait sous-traiter sa direction à une société tierce de façon à éluder les dispositions réglementant le salaire des directeurs. L'art. 4g al. 4 LPFES prévoit déjà l'obligation, en cas de sous-traitance, d'établir un contrat écrit garantissant l'application de la loi et détaillant la nature et le volume des prestations fournies ainsi que les prix facturés. L'art. 11b RCLPFES ne fait que prévoir des modalités d'application lorsqu'un poste de la direction est sous-traité à un tiers. Ainsi, l'obligation d'établir un contrat écrit comprenant les éléments mentionnés à l'art. 11b RCLPFES est manifestement compatible avec la liberté économique des requérants.

E. 7

Au vu de ce qui précède, la requête doit être rejetée dans la mesure où elle est recevable. Un émolument judiciaire doit être mis à la charge de requérants, solidairement entre eux (art. 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, 55 al. 1 LPA-VD).

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