

d i g m a

Schriften zum
Datenrecht

Herausgegeben von Bruno Baeriswyl und Beat Rudin



Spital / Hôpital

Bernhard Rütscbe

Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler

Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux

Band 6

Schulthess §

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2012

d i g m a

Schriften zum
Datenrecht

Herausgegeben von Bruno Baeriswyl und Beat Rudin

Band 6

Bernhard Rütsche

Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler

Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux

Schulthess § 2012

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne
Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen,
Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2012
ISBN 978-3-7255-6659-4

www.schulthess.com

Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler nach Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung

Rechtsgutachten
im Auftrag von privatim

(Version française à partir de page 57)

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage und Auftrag	5
2	Geltungsbereich kantonaler Datenschutzgesetze	7
21	Datenbearbeitung durch kantonale Organe	7
22	Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb	9
3	Begriff der öffentlichen Aufgabe	12
31	Lehre und Rechtsprechung	12
311	Rechtliche Bedeutung des Begriffs	12
312	Begriffsverständnisse in der Lehre	12
313	Kasuistik des Bundesgerichts	13
32	Die einzelnen Begriffsэлеmente	16
321	Überblick	16
322	Aufgaben (1)	17
323	Auftrag des Verfassungs- oder Gesetzgebers (2).....	17
324	Erfüllungspflicht (3)	19
33	Nicht massgebende Kriterien	22
4	Rechtsnatur von Spitalleistungen	26
41	Arten von Spitalleistungen	26
42	Stationäre Grundversicherungsleistungen	27
421	Bundesverfassung	27
422	Krankenversicherungsrecht.....	28
423	Kantonsverfassungen.....	31
424	Kantonale Gesetze (vor der Umsetzung der KVG-Revision 2007).....	32
425	Kantonale Gesetze (nach der Umsetzung der KVG-Revision 2007)	34
426	Erfüllung ausserkantonaler Leistungsaufträge.....	36
43	Weitere Spitalleistungen	37
431	Ambulante Spitalleistungen.....	37
432	Zusatzleistungen	38
433	Lehre und Forschung.....	39
434	Notfalldienste	40
5	Datenschutzrecht und Wettbewerb	41
51	Wettbewerb im Spitalbereich	41
52	Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb	42
53	Nicht-hoheitliches bzw. privatrechtliches Handeln	45
6	Einheitliche Betrachtung?	48
7	Schlussfolgerungen	51

1 Ausgangslage und Auftrag

Der Bundesgesetzgeber begründete mittels Teilrevision des KVG vom 21. Dezember 2007 ein *neues System der Spitalfinanzierung*. Die Revision trat auf den 1. Januar 2009 in Kraft und muss von den Kantonen bis spätestens Ende 2011 (Spitalfinanzierung) bzw. bis Ende 2014 (Spitalplanung) umgesetzt werden¹.

Die KVG-Revision von 2007 brachte indessen nicht nur ein neues System der Spitalfinanzierung, sondern führte gleichzeitig eine Reihe von *Wettbewerbs-elementen im Spitalwesen* ein. Dazu gehören die freie Spitalwahl, die Gleichstellung von öffentlichen und privaten Spitälern im Bereich der Spitalfinanzierung und die Ermöglichung von Vertragsspitälern. Angesichts dieser institutionellen Änderungen auf Bundesebene stellt sich die Frage, ob und inwieweit Spitäler nach der KVG-Revision von 2007 (noch) öffentliche Aufgaben erfüllen. Davon hängt wiederum ab, ob Spitäler dem kantonalen oder eidgenössischen Datenschutzrecht unterstehen und entsprechend die kantonalen Datenschutzbeauftragten oder der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) für die Aufsicht über Spitäler zuständig sind.

Die Frage, wer die Datenschutzaufsicht über Spitäler wahrnimmt, hat in verschiedenen Hinsicht erhebliche *praktische Bedeutung*. Auf der einen Seite geht es um den Schutz grosser Mengen besonders sensibler Personendaten (insbesondere Patientendaten aus Behandlungsverhältnissen). Auf der anderen Seite ist die Datenschutzaufsicht durch kantonale Datenschutzbeauftragte rechtlich stärker ausgestaltet als die Aufsicht durch den EDÖB, der sich im Privatrechtsbereich grundsätzlich auf eine Systemkontrolle beschränken muss (Art. 29 Abs. 1 Bst. a DSG). Hinzu kommt die örtliche Nähe der kantonalen Datenschutzbeauftragten zu den beaufsichtigten Unternehmen, was der kantonalen Aufsicht tendenziell auch faktisch eine grössere Wirksamkeit verleihen dürfte. Die beaufsichtigten Unternehmen sind entsprechend enger überwacht, wenn sie der kantonalen Datenschutzaufsicht unterstehen.

Das vorliegende Rechtsgutachten wurde von der Vereinigung «Die schweizerischen Datenschutzbeauftragten (privatim)» am 15. Dezember 2011 in *Auftrag* gegeben. Das Gutachten soll klären, welcher Datenschutzaufsicht Spitäler nach der Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung (KVG-Revision von 2007) unterstehen. Dabei gilt es, alle Spitäler (öffentliche Spitäler, Privatspitäler,

¹ Vgl. Übergangsbestimmungen zur Änderung des KVG vom 21. Dezember 2007, Absätze 1 und 3.

ausserkantonale Spitäler) sowie die verschiedenen Arten von Spitalleistungen (stationäre und ambulante Leistungen, Leistungen im Bereich der Grundversicherung und der Zusatzversicherungen u.a.) in die Betrachtung einzubeziehen und je nachdem differenzierte Antworten zu finden.

- 5 Im Folgenden werden zuerst die Anwendungsbereiche der Datenschutzgesetze von Bund und Kantonen dargestellt (Kap. 2). Anschliessend wird der für die Frage des anwendbaren Datenschutzrechts grundlegende Begriff der öffentlichen Aufgabe erörtert (Kap. 3). Danach kann geklärt werden, inwieweit Spitäler öffentliche Aufgaben erfüllen, wobei die Situation vor und nach der Umsetzung der neuen Spitalfinanzierung aufgezeigt wird (Kap. 4). Weiter gilt es zu untersuchen, ob die Einführung von Wettbewerb im Spitalbereich einen Einfluss auf die Frage der Datenschutzaufsicht hat (Kap. 5). Sodann wird in einem eigenen Kapitel gefragt, ob Spitaltrager, die teilweise öffentliche Aufgaben erfüllen und teilweise privatwirtschaftlich tätig sind, im Sinne einer einheitlichen Betrachtung integral der eidgenössischen bzw. der kantonalen Datenschutzaufsicht zu unterstellen wären (Kap. 6). Am Schluss werden die wichtigsten Ergebnisse zusammengefasst (Kap. 7).

2 Geltungsbereich kantonaler Datenschutzgesetze

21 Datenbearbeitung durch kantonale Organe

Das *eidgenössische Datenschutzgesetz* gilt für das Bearbeiten von Personen-⁶daten durch private Personen und Bundesorgane (Art. 2 Abs. 1 DSG). Es kommt daher nicht zur Anwendung, wenn kantonale Organe Daten bearbeiten². Die Datenbearbeitung durch kantonale Organe richtet sich grundsätzlich nach dem kantonalen Datenschutzrecht. Vorbehalten bleiben dabei spezielle materielle Datenschutzbestimmungen des Bundes wie z.B. die Pflichten von Leistungserbringern, im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) den Krankenkassen zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit der Leistungen medizinische Personendaten bekanntzugeben (Art. 42 Abs. 3 und 4 KVG³). Zu beachten ist ferner Art. 37 DSG, der die Anwendbarkeit materieller Bestimmungen des Datenschutzgesetzes vorsieht, soweit für den Vollzug von Bundesrecht keine kantonalen Datenschutzvorschriften bestehen, die einen angemessenen Schutz gewährleisten.

Der Geltungsbereich der *kantonalen Datenschutzgesetze* hat sich im Rahmen des übergeordneten Bundesrechts zu bewegen⁴. Das bedeutet, dass sich die kantonalen Datenschutzgesetze darauf beschränken müssen, die Datenbearbeitung durch kantonale Organe zu regeln, während die Datenbearbeitung durch Bundesorgane und Privatpersonen abschliessend durch die Datenschutzgesetzgebung des Bundes normiert ist.

Immerhin steht dem kantonalen Gesetzgeber bei der Definition der kantonalen Organe ein Spielraum zu. Der Spielraum bewegt sich zwischen organisatorischen und funktionalen Definitionen des Organbegriffs: Der *organisatorische Organbegriff* orientiert sich an der Rechtsform und zählt alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts mit ihren jeweiligen Organisationseinheiten zu den Organen des Gemeinwesens. Ein *funktionales Verständnis* stellt demgegenüber darauf ab, ob eine Person eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, unabhängig davon, ob es sich um eine Person des öffentlichen oder privaten Rechts handelt. Öffentliche Organe des Kantons wären demnach alle Perso-⁷

² BGE 122 I 153 E. 2c S. 155.

³ Vgl. dazu SONJA ANDREA FÜNFKIRCHEN, Der «Datenschutz» im KVG und die fragwürdige «WZW-Überprüfung» im SwissDRG-System, in: Jusletter vom 30. Januar 2012.

⁴ Vgl. BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Eva Maria Belsler/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Datenschutzrecht: Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, § 13 Rz. 13.

nen und Organisationen, die vom Kanton mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben beauftragt sind.

- 8 Für die Anwendbarkeit kantonaler Datenschutzgesetze ist unerheblich, ob die handelnden Organe öffentliche Aufgaben der Kantone oder des Bundes erfüllen. Der *Vollzug von Bundesrecht* allein macht das handelnde Organ nicht zu einem solchen des Bundes⁵. Entscheidend ist vielmehr, ob das fragliche Organ nach öffentlichem Recht des Kantons konstituiert ist (organisatorischer Organbegriff) bzw. öffentliche Aufgaben erfüllt, die ihm vom Kanton oder von Gemeinden übertragen sind, seien dies Aufgaben des kantonalen oder eidgenössischen Rechts (funktionaler Organbegriff).
- 9 Die geltenden kantonalen Datenschutzgesetze orientieren sich primär am organisatorischen Organbegriff, erweitern diesen aber um eine funktionale Komponente. D.h. primär gelten die kantonalen Datenschutzgesetze für *Kanton und Gemeinden* mit ihren jeweiligen Behörden und anderen Dienststellen⁶. *Dezentrale Verwaltungsträger des öffentlichen Rechts*, namentlich rechtsfähige Anstalten, werden teilweise als Organisationen dem kantonalen Datenschutzrecht unterstellt⁷, teilweise aber auch nur soweit, als ihnen vom Kanton oder von Gemeinden die Erfüllung öffentlicher Aufgaben übertragen ist⁸. *Privatpersonen* fallen in jedem Fall nur soweit unter den Geltungsbereich kantonaler Datenschutzgesetze, als sie für Kanton oder Gemeinden öffentliche Aufgaben wahrnehmen⁹.
- 10 Als Beispiel sei an dieser Stelle der *organisatorisch-funktional gemischte Organbegriff* des Gesetzes über die Information und den Datenschutz des Kantons Zürich (IDG/ZH) erwähnt:

«§ 2. Geltungsbereich

¹ *Dieses Gesetz gilt für die öffentlichen Organe. Für die Gerichte gilt es nur, soweit sie Verwaltungsaufgaben erfüllen.*

(...).

⁵ BGE 122 I 153 E. 2d S. 156 mit dem Beispiel des fürsorgerischen Freiheitsentzugs in kantonalen Kliniken. Vgl. auch Ratschlag Nr. 08.0637.01 des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 10. Februar 2009 betreffend Informations- und Datenschutzgesetz, S. 9.

⁶ Vgl. § 3 Bst. a und b IDG/ZH; Art. 2 Abs. 6 Bst. a KDSG/BE; § 2 Abs. 2 Bst. a IDG/BS; Art. 3 Abs. 1 Bst. a und b LIPAD/GE; Art. 3 Abs. 2 Bst. a-d LPrD/VD; § 2 Abs. 8 Datenschutzgesetz/LU; Art. 1 Abs. 1 Bst. h Ziff. 1 und 3 Datenschutzgesetz/SG.

⁷ So § 2 Abs. 2 Bst. b IDG/BS; Art. 3 Abs. 1 Bst. c LIPAD/GE; § 2 Abs. 8 Datenschutzgesetz/LU; Art. 1 Abs. 1 Bst. h Ziff. 2, 4 und 5 Datenschutzgesetz/SG.

⁸ So § 3 Bst. c IDG/ZH; Art. 2 Abs. 6 Bst. b KDSG/BE; Art. 3 Abs. 2 Bst. e LPrD/VD.

⁹ § 3 Bst. c IDG/ZH; Art. 2 Abs. 6 Bst. b KDSG/BE; § 2 Abs. 2 Bst. c IDG/BS; Art. 3 Abs. 2 Bst. b LIPAD/GE; Art. 3 Abs. 2 Bst. e LPrD/VD; § 2 Abs. 8 Datenschutzgesetz/LU; Art. 1 Abs. 2 Datenschutzgesetz/SG.

§ 3. Begriffe

In diesem Gesetz bedeuten:

Öffentliche Organe:

- a. Der Kantonsrat, die Gemeindeparlamente sowie die Gemeindeversammlungen,
- b. Behörden und Verwaltungen des Kantons und der Gemeinden,
- c. Organisationen und Personen des öffentlichen und privaten Rechts, soweit sie mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraut sind.

(...).

22 Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb

Mehrere kantonale Datenschutzgesetze statuieren eine Ausnahme vom Geltungsbereich, soweit ein öffentliches Organ am «*wirtschaftlichen Wettbewerb*»¹¹ teilnimmt und dabei «*nicht hoheitlich*»¹⁰ bzw. «*privatrechtlich*»¹¹ handelt. Andere kantonale Datenschutzgesetze kennen keine solche Ausnahmebestimmung¹². Eine besondere Regelung enthält das Datenschutzgesetz des Kantons Bern, das nur die materiellen Vorschriften des Gesetzes, nicht aber dessen Aufsichtsbestimmungen für unanwendbar erklärt, «wenn eine Behörde mit privaten Personen im wirtschaftlichen Wettbewerb steht und nicht hoheitlich handelt»¹³. Kantonale Behörden unterliegen somit im Kanton Bern auch dann der Aufsicht des kantonalen Datenschutzbeauftragten, wenn sie im wirtschaftlichen Wettbewerb stehen und nicht hoheitlich handeln.

Im Hinblick auf die Frage der Datenschutzaufsicht ist somit zu klären, was die Ausnahmeklauseln «Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb» und «nicht-hoheitliches» bzw. «privatrechtliches» Handeln bedeuten. Zunächst kann festgehalten werden, dass die Begriffe «*nicht-hoheitlich*» und «*privatrechtlich*» in diesem Kontext synonym zu verstehen sind. Dies ergibt sich zum einen aus einer rechtsvergleichenden Betrachtung, welche die Datenschutzgesetze der Kantone Basel-Stadt («privatrechtlich»), Zürich, St. Gallen und Bern («nicht hoheitlich») einander gegenüberstellt. Zum anderen folgt aus den Materialien zu einzelnen Datenschutzgesetzen, dass die Begriffe dieselbe Bedeutung haben¹⁴.

¹⁰ Etwa § 2 Abs. 2 IDG/ZH; Art. 2 Abs. 2 Bst. a Datenschutzgesetz/SG.

¹¹ § 2 Abs. 2 Bst. a IDG/BS.

¹² Namentlich die Datenschutzgesetze von Genf, Waadt und Luzern.

¹³ Art. 4 Abs. 2 Bst. a KDStG/BE.

¹⁴ Ratschlag Nr. 08.0637.01 des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 10. Februar 2009 betreffend Informations- und Datenschutzgesetz, S. 11: «Der in § 3 Abs. 3

- 13 Inhaltlich ist mit den Begriffen «Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb» sowie «nicht hoheitliches» bzw. «privatrechtliches» Handeln die *wirtschaftende Verwaltung* angesprochen¹⁵. Wirtschaftende Verwaltung liegt dann vor, wenn staatliche Verwaltungseinheiten (Zentralbehörden oder dezentrale Organisationen) am privaten Wettbewerb teilnehmen, d.h. am freien Markt Produkte und Leistungen anbieten. Dabei handeln die staatlichen Verwaltungseinheiten von sich aus in der Absicht, einen Gewinn zu erzielen – und nicht im Auftrag des Staates. Die wirtschaftende Verwaltung dient nicht unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, sondern ist auf die Erzielung finanzieller Erträge und die Erhaltung von Vermögenswerten ausgerichtet. Beispiele für privatwirtschaftliche Tätigkeiten öffentlicher Unternehmen sind die Tätigkeiten von Kantonalbanken sowie private Dienstleistungen staatlicher Elektrizitätswerke oder Gebäudeversicherungen¹⁶.
- 14 Dass sich die fraglichen Ausnahmebestimmungen kantonaler Datenschutzgesetze auf die wirtschaftende Verwaltung beziehen, ergibt sich unmissverständlich aus den einschlägigen *Materialien*:
- Zu Art. 4 Abs. 2 Bst. a KDSG/BE: «Das betrifft vor allem die Kantonalbank und Hypothekarkasse. Diese Institute unterstehen dem durch den Bund zu erlassenden Datenschutzgesetz im privaten Bereich und haben bis zum Erlass dieses Gesetzes den im Zivilgesetzbuch gewährleisteten Persönlichkeitsschutz zu beachten. Sie sind damit den übrigen Banken gleichgestellt.»¹⁷
 - Zu § 2 Abs. 2 IDG/ZH: «Ausgenommen von der Geltung des IDG sind öffentliche Organe, die am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen und dabei nicht hoheitlich handeln. Dies trifft beispielsweise auf ewz zu, so-

DSG enthaltene Begriff «nicht hoheitlich», wird durch «privatrechtlich» ersetzt, da er in der Praxis immer wieder zu Diskussionen Anlass gab und letzterer viel klarer ist (vgl. auch Art. 23 DSG-Bund, SR 235.1.); Botschaft und Entwurf der Regierung des Kantons St. Gallen zum Datenschutzgesetz vom 20. Mai 2008, S. 11: «Keine Anwendung findet das Datenschutzgesetz nach Art. 2 Abs. 2 Bst. a GE, wenn das öffentliche Organ am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnimmt und dabei nicht hoheitlich handelt, das heisst, wenn es privatrechtlich tätig ist. In diesem Fall gelten gleichermaßen wie für die privatrechtliche Tätigkeit von Bundesorganen die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes des Bundes für die Bearbeitung von Personendaten durch private Personen (vgl. Art. 23 Abs. 1 eidg DSG).»

¹⁵ Zum Begriff der «wirtschaftenden Verwaltung» (veraltet: «fiskalische Wettbewerbswirtschaft») PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 4 Rz. 12 ff. Zu den Begriffen «hoheitliches Handeln» bzw. «privatrechtliches Handeln» des Staates ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 24 ff., 272 ff.

¹⁶ Vgl. die weiteren Beispiele bei HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), Rz. 25. Zu den Kantonalbanken auch BGE 120 II 321 E. 2d S. 325 f.

¹⁷ Vortrag der Justizdirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates des Kantons Bern vom 2. Oktober 1985 betreffend das Datenschutzgesetz, S. 3.

weit es am Markt Dienstleistungen für Dritte erbringt, ebenso auf die VBZ, soweit diese im Auftrag Dritter (z. B. Verkehrsbetriebe Glatttal) Tram- und Buslinien betreiben oder andere Dienstleistungen erbringen.»¹⁸

- Zu § 2 Abs. 2 Bst. a IDG/BS: «Mit ‹privatrechtlich› ist – wie bisher – gemeint als Anbieter in Konkurrenz zu anderen Anbietern, wie z.B. die Basler Kantonalbank zu anderen Banken oder die Gebäudeversicherung ausserhalb des Monopolbereichs, wie bei der Wasserschaden-Zusatzversicherung. Handelt ein öffentliches Organ (z.B. die Kantonalbank) nur privatrechtlich, ist sie immer ‹Private›. Das Bearbeiten von Personendaten durch solche Organe fällt in den Geltungsbereich des Bundesdatenschutzgesetzes (DSG-Bund), und es besteht keine Veranlassung, diesen Organen andere Transparenzpflichten aufzuerlegen als ihren Konkurrenten.»¹⁹

Aus den zitierten Passagen geht auch hervor, weshalb die wirtschaftende Verwaltung vom Geltungsbereich des kantonalen Datenschutzrechts ganz oder – wie im Fall des Kantons Bern – teilweise ausgenommen sein soll: Der Zweck dieser Ausnahme besteht darin, kantonalen Organen im Bereich des Datenschutzes *gleich lange Spiesse* einzuräumen, wenn sie in Konkurrenz zu privaten Anbietern am Wirtschaftsleben teilnehmen. 15

Soweit kantonale Datenschutzgesetze die wirtschaftende Verwaltung vom Geltungsbereich ausnehmen, stellen sie im Ergebnis integral auf einen *funktionalen Organbegriff* ab: Personen und Organisationen des öffentlichen und privaten Rechts unterstehen danach dem kantonalen Datenschutzrecht, wenn sie öffentliche Aufgaben erfüllen – nicht aber, wenn sie privat bzw. wie Private handeln²⁰. Insgesamt lässt sich damit festhalten, dass der Frage, ob öffentliche Aufgaben erfüllt werden, für die Anwendbarkeit des kantonalen Datenschutzrechts überragende Bedeutung zukommt. Im Folgenden ist deshalb zu klären, was der Begriff der öffentlichen Aufgabe im Einzelnen bedeutet. 16

¹⁸ Auszug aus dem Protokoll des Stadtrates Zürich vom 10. September 2008 zum Öffentlichkeitsgrundsatz, Nr. 1053, S. 3.

¹⁹ Ratschlag Nr. 08.0637.01 des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 10. Februar 2009 betreffend Informations- und Datenschutzgesetz, S. 18. Vgl. auch gleich anschliessend: «Handelt ein öffentliches Organ teils hoheitlich, teils privatrechtlich (z.B. die Gebäudeversicherung öffentlich-rechtlich im Monopolbereich und privatrechtlich bei der Anstellung der Mitarbeitenden und bei Versicherungsprodukten ausserhalb des Monopolbereichs), dann untersteht es für das jeweilige Handeln dem kantonalen Recht bzw. als Private dem Bundesdatenschutzgesetz.»

²⁰ Dies kommt in § 2 Abs. 3 Satz 1 IDAG/AG deutlich zum Ausdruck: «Dieses Gesetz gilt nicht für öffentliche Organe, soweit sie am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen und dabei *nicht in Erfüllung öffentlicher Aufgaben handeln*.» (Hervorhebung durch den Verfasser).

3 Begriff der öffentlichen Aufgabe

31 Lehre und Rechtsprechung

311 Rechtliche Bedeutung des Begriffs

- 17 Der Begriff der öffentlichen Aufgabe (*tâche publique*) hat wie gesehen entscheidende Bedeutung für den Geltungsbereich der kantonalen Datenschutzgesetze und folglich der kantonalen Datenschutzaufsicht. Auch für die Anwendung von Gesetzen *in anderen Rechtsgebieten*, insbesondere im Staatshaftungsrecht²¹, Verwaltungsverfahrensrecht²², Beschaffungs- und Binnenmarktrecht²³ oder Subventionsrecht²⁴ spielt der Begriff der öffentlichen Aufgabe eine wichtige Rolle.
- 18 Darüber hinaus kommt dem Begriff der öffentlichen Aufgabe – bzw. verwandten Begriffen wie «Staatsaufgabe» oder «Verwaltungsaufgabe» – *verfassungsrechtliche Bedeutung* zu. So ist gemäss Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden, wer öffentliche Aufgaben («staatliche Aufgaben») wahrnimmt. Weiter verlangt Art. 178 Abs. 3 BV eine formellgesetzliche Grundlage für die Übertragung öffentlicher Aufgaben («Verwaltungsaufgaben») an Organisationen und Personen ausserhalb der Bundesverwaltung. Auf kantonaler Ebene enthalten mehrere Verfassungen Kataloge, in denen die öffentlichen Aufgaben von Kanton und Gemeinden umschrieben sind²⁵.

312 Begriffsverständnisse in der Lehre

- 19 Angesichts seiner rechtlichen Relevanz ist erstaunlich, dass der Begriff der öffentlichen Aufgabe nach wie vor *unscharfe Konturen* aufweist und nicht einheitlich verwendet wird²⁶.

²¹ Vgl. nur Art. 146 BV: «in Ausübung amtlicher Tätigkeiten». Sodann BGE 122 III 101 E. 2a/aa S. 104 mit Hinweisen.

²² Vgl. Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG: Anwendbarkeit des VwVG auf «andere Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen».

²³ Vgl. Art. 2 Abs. 2, Art. 5, Art. 8 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1 BGBM. Sodann BGE 125 I 209 E. 6b S. 213; 135 II 49 E. 4.3.2 S. 54 f.

²⁴ Vgl. Art. 3 SuG: Unterscheidung zwischen Finanzhilfen und Abgeltungen.

²⁵ Statt aller Art. 95 ff. KV/ZH.

²⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 15), § 1 Rz. 14 raten daher, den Begriff wegen möglicher Missverständnisse zu vermeiden.

In der Lehre wird der Begriff teilweise *weit* verstanden, indem alle Aufgaben,²⁰ die im öffentlichen Interesse liegen, als öffentliche Aufgaben bezeichnet werden²⁷. Ein *enges* Verständnis stellt den Begriff dagegen auf eine Stufe mit dem Begriff der Staatsaufgabe²⁸. Staatsaufgaben werden gemeinhin als Aufgaben definiert, die durch Verfassung und Gesetz staatlichen Behörden (Parlamente, Gerichte, Regierung oder Verwaltung) zugewiesen sind²⁹. Werden Staatsaufgaben durch Verwaltungsbehörden besorgt, handelt es sich um «Verwaltungsaufgaben»³⁰.

313 Kasuistik des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat bis anhin ebenfalls keinen einheitlichen und hinreichend präzisen Begriff der öffentlichen Aufgabe entwickelt. Indessen hat sich das Bundesgericht in einer Vielzahl von Urteilen über die Qualifikation bestimmter Aufgaben als öffentliche Aufgaben bzw. Staats- oder Verwaltungsaufgaben ausgesprochen. Der Begriff der öffentlichen Aufgabe muss über diese einzelfallbezogenen Festlegungen erschlossen werden. In methodischer Hinsicht geht es darum zu rekonstruieren, welcher allgemeine Begriff der öffentlichen Aufgabe der bundesgerichtlichen Praxis zugrunde liegt. Zu eruieren sind allgemeine Kriterien, die dem Begriffsverständnis aller oder zumindest einem Grossteil der einschlägigen Bundesgerichtsurteile entsprechen. Die *rekonstruktive Analyse des Begriffs der öffentlichen Aufgabe* geht von der nachfolgenden, thematisch geordneten bundesgerichtlichen Kasuistik aus. Dabei sei bemerkt, dass alle aufgeführten Fälle im Spitalbereich unter dem altrechtlichen Regime der Spitalfinanzierung ergangen sind.²¹

²⁷ Namentlich ANDREAS MÜLLER, Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien für die Privatisierung von Staatsaufgaben, in: AJP 1998 65 S. 66; MONIQUE WEBER-MANDRIN, Öffentliche Aufgaben der Kantonsverfassungen, Zürich 2001, S. 18 ff.; PETER UEBERSAX, Privatisierung der Verwaltung, in: ZBI 2001 393 S. 395; MARTIN HOFER/SASKIA SCHMID-GEENE, Die Haftung privatisierter Spitäler – ein Überblick, in: HAVE 2002 196 S. 197; URS ACHERMANN, Privatisierung im öffentlichen Verkehr, Zürich 2008, S. 46 f.

²⁸ Namentlich FELIX UHLMANN, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Basel 1997, S. 230; STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Zürich 2000, S. 30; MARKUS HEER, Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private, Zürich 2006, S. 95 f.; ALAIN THIÉBAUD, Die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger nach Massgabe der neuen Züricher Kantonsverfassung, in: ZBI 2008 509 S. 511. Vgl. auch FELIX HAFNER, Staatsaufgaben und öffentliche Interessen – ein (un)geklärtes Verhältnis?, in: BJM 2004 281, S. 297 f.; KURT NUSPLIGER, in: Stephan C. Brunner/Luzius Mader (Hrsg.), Handkommentar Öffentlichkeitsgesetz, Bern 2008, Art. 5, Rz. 19.

²⁹ PHILIPP HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005, S. 71 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 15), § 1 Rz. 14.

³⁰ THOMAS SÄGESSER, Handkommentar Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, Bern 2007, Art. 2, Rz. 119; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 15), § 1 Rz. 18.

22 Spital- und Gesundheitsbereich:

- Die Behandlung von Patientinnen und Patienten in öffentlichen Spitälern gilt als öffentliche Aufgabe³¹.
- Keine öffentliche Aufgabe ist hingegen die privatärztliche Tätigkeit von Chefarzten an öffentlichen Spitälern³².
- Die Behandlung von Patienten in einer psychiatrischen Klinik, welche die Rechtsform einer privaten Aktiengesellschaft aufweist, entspricht einer öffentlichen Aufgabe, da die Behandlung aufgrund eines Leistungsauftrags des Kantons erfolgt, nach öffentlich festgelegten Taxen abgerechnet wird und der öffentlichen Aufsicht untersteht³³.
- Der spitalplanerische Entscheid, ein privatrechtlich konstituiertes, aber öffentlich subventioniertes Spital nicht mehr oder unter anderen Voraussetzungen zu subventionieren, berührt dieses Spital in einer öffentlichen Aufgabe³⁴.
- Öffentliche und öffentlich subventionierte Spitäler nehmen im Grundversicherungsbereich öffentliche Aufgaben wahr³⁵.
- Krankenkassen sind im Grundversicherungsbereich Organe der mittelbaren Staatsverwaltung und nehmen als solche eine staatliche Aufgabe wahr (Durchführung der sozialen Krankenversicherung)³⁶.
- Die Medizinischen Abklärungsstellen (MEDAS), die für Sozialversicherungen medizinische Gutachten erstellen, erfüllen dabei eine öffentliche Aufgabe, auch wenn sie als gewinnorientierte Kapitalgesellschaften konstituiert sind³⁷.

23 Grundversorgung (service public)³⁸:

- Die SRG, ein privatrechtlicher Verein, erfüllt im Progammbereich eine öffentliche Aufgabe (service public), nicht aber im Werbebereich. Denn we-

³¹ BGE 122 III 101 E. 2a/aa S. 104 mit Hinweisen.

³² Vgl. BGE 111 II 149 II E. 5 S. 153 ff.; 112 Ib 334 E. 2 S. 336 ff.; 115 Ib 175 E. 2 S. 179; 122 III 101 E. 2a/aa S. 104. – Auch wenn die privatärztliche Tätigkeit von Chefarzten an öffentlichen Spitälern an sich kein öffentliche Aufgabe darstellt, untersteht diese Tätigkeit gemäss den zitierten Entscheiden dann dem kantonalen Staatshaftungsrecht, wenn weiteres Spitalpersonal in das Behandlungsverhältnis involviert ist oder wenn das kantonale Recht dies so vorsieht (Prinzip der Einheit der Haftungsgrundlage).

³³ BGE 122 I 153 E. 2e S. 156 f.

³⁴ BGE 121 I 218 E. 3 S. 221 ff.

³⁵ BGE 132 V 6 E. 2.5.4 S. 15 f.

³⁶ BGE 124 V 393 E. 2c S. 399.

³⁷ BGE 137 V 210 E. 2.4.3 S. 239.

³⁸ Vgl. diesbezüglich auch Art. 43a Abs. 4 BV: «Leistungen der Grundversorgung müssen allen Personen in vergleichbarer Weise offen stehen.» als Grundsatz für die «Erfüllung staatlicher Aufgaben» (Artikelüberschrift).

der gestützt auf Verfassung oder Gesetz noch gestützt auf die Konzession ist die SRG verpflichtet, von der Finanzierungsmöglichkeit der Werbung Gebrauch zu machen³⁹.

- Die Post nimmt nur im Bereich der Universaldienste (Grundversorgung im Sinne von Art. 92 Abs. 2 BV) eine staatliche Aufgabe wahr, nicht aber im Bereich der Wettbewerbsdienste⁴⁰.
- Die Grundversorgung im Fernmeldebereich, welche die Swisscom als Grundversorgungskonzessionärin erbringen muss, ist eine öffentliche Aufgabe⁴¹.
- Die Gemeinde Davos hat mit dem EWD Elektrizitätswerk Davos AG einen Versorgungsvertrag abgeschlossen, welcher das Unternehmen zur Grundversorgung der Strombezüger auf dem gesamten Gemeindegebiet verpflichtet (Erschliessung, Verteilung und Verkauf von Strom). Damit nimmt das EWD eine öffentliche Aufgabe wahr⁴².
- Der Abtransport des Hauskehrichts kann für sich allein als öffentliche Aufgabe betrachtet werden und braucht nicht bloss eine untergeordnete Hilfstätigkeit zur Abfallentsorgung als Ganzes darzustellen. Die Kantone können jedoch den Abtransport des Hauskehrichts auch als Hilfstätigkeit bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe qualifizieren⁴³.

Nutzung öffentlicher Sachen:

24

- Das Zur-Verfügung-Stellen von Verwaltungsvermögen für kommerzielle Nutzung durch Private entspricht einer öffentlichen Aufgabe, und zwar auch dann, wenn dies durch privatrechtliche Verträge geschieht⁴⁴.
- Mit der Bewilligung, öffentlichen Grund für die Organisation eines Volksfestes zu benutzen, hat die Gemeinde La Chaux de Fonds der Gesuchstellerin, einem privatrechtlichen Verein, keine öffentliche Aufgabe übertragen. Denn auf die Tätigkeit könnte verzichtet werden, wenn sich der Verein nicht darum kümmern würde⁴⁵.
- Die Vergabe von – nicht zum öffentlichen Grund gehörenden – Standplätzen an der internationalen Kunstmesse ART in Basel durch den gemischt-

³⁹ BGE 123 II 402 E. 2 und 3 S. 406 ff.

⁴⁰ BGE 129 III 35 E. 5.2 S. 40.

⁴¹ BGE 127 II 8 E. 4c S. 17.

⁴² BGE 131 II 1 E. 3.2 S. 6.

⁴³ BGE 134 II 297 E. 3.3 S. 302.

⁴⁴ BGE 127 I 84 E. 4c S. 89 f. betreffend Verkehrsbetriebe Luzern, die ihre Fahrzeuge Privaten als Werbeträger zur Verfügung stellen.

⁴⁵ BGE 2P.96/2000 vom 08.06.2001, E. 4c/aa («Braderie»).

wirtschaftlich organisierten Messeveranstalter ist keine öffentliche Aufgabe⁴⁶.

25 Vergabe von Konzessionen:

- Die Vergabe einer Monopol- oder Sondernutzungskonzession ist keine Übertragung einer öffentlichen Aufgabe⁴⁷.
- Die Förderung des sanften Verkehrs ist eine öffentliche Aufgabe, das Zur-Verfügung-Stellen von Fahrrädern zur Selbstausrückung durch Konzessionärinnen hingegen ein Mittel zur Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe⁴⁸.

26 Diverses:

- Die Nationalbank bleibt auch dort, wo sie als Aktiengesellschaft privatrechtlich handelnd auftritt, an ihren öffentlichen Auftrag im weitesten Sinne gebunden, was zur Folge hat, dass sie in ihren privatrechtlichen Aktivitäten sinngemäss die verfassungsmässigen Grundrechte zu beachten hat⁴⁹.
- Die öffentliche Beurkundung ist eine staatliche Aufgabe, unabhängig davon, ob mit der Beurkundung nach kantonalem Recht ein Beamter oder ein frei erwerbender Notar oder Anwalt beauftragt ist⁵⁰.
- Private Organisationen, die bestimmte Produkte zertifizieren und dafür von der Verwaltung akkreditiert sind, nehmen eine öffentliche Aufgabe wahr⁵¹.

32 Die einzelnen Begriffselemente

321 Überblick

- 27 Aus der dargestellten Praxis lassen sich Rückschlüsse auf die Kriterien ziehen, von denen das Bundesgericht bei der Qualifikation von öffentlichen Aufgaben ausgeht. Zu unterscheiden sind *drei Kriterien*, die nachfolgend zu erläutern sind. Öffentliche Aufgaben sind demnach:

⁴⁶ BGE 126 I 250 E. 2c S. S. 255 f.

⁴⁷ BGE 125 I 209 E. 6b S. 213; 135 II 49 E. 4.3.2 S. 55.

⁴⁸ BGE 135 II 49 E. 5.2.2 S. 58.

⁴⁹ BGE 109 Ib 146 E. 4 S. 155.

⁵⁰ BGE 128 I 280 E. 3 S. 281.

⁵¹ BGE 134 II 272 E. 54 S. 285.

- (1) Aufgaben, die
- (2) im Auftrag des Verfassungs- oder Gesetzgebers
- (3) erfüllt werden müssen.

322 Aufgaben (1)

Das Begriffselement der Aufgabe bedeutet dreierlei: Erstens handelt es sich um *Tätigkeiten*, also um ein Tun – und nicht um ein Dulden oder Unterlassen⁵². Entsprechend begründen öffentlich-rechtliche Duldungs- und Unterlassungspflichten, beispielsweise Verbote bestimmter Tätigkeiten, keine öffentlichen Aufgaben.

Zweitens enthält der Begriff der Aufgabe den Aspekt der *Dauerhaftigkeit*. Nur Tätigkeiten, die über eine gewisse Dauer hinweg ausgeübt werden, können als Aufgabe verstanden werden. Situative Verhaltenspflichten wie etwa Mitwirkungspflichten im Rahmen behördlicher Inspektionen oder das Leisten zumutbarer Nothilfe für Menschen in unmittelbarer Lebensgefahr im Sinne von Art. 128 StGB sind keine (öffentlichen) Aufgaben⁵³.

Drittens charakterisiert sich der Begriff der Aufgabe dadurch, dass er sich auf das «Ob» – und nicht auf das «Wie» – einer Tätigkeit bezieht. D.h. nur Vorschriften, die *zur Ausführung einer bestimmten Tätigkeit verpflichten*, begründen Aufgaben, nicht aber Vorschriften, welche die Modalitäten einer freiwillig ausgeübten Tätigkeit regeln. So sind Auflagen in Konzessionen, Bewilligungen oder Subventionsverfügungen oder selbständige gesetzliche Verhaltenspflichten, welche bei der Ausübung einer (privaten) Tätigkeit zu beachten sind, als solche keine öffentlichen Aufgaben. Ansonsten würden alle Private, die bei ihren Tätigkeiten öffentlich-rechtliche Verhaltensvorschriften beachten müssen, zu Trägern öffentlicher Aufgaben. Eine solche Interpretation würde den Wortsinn dieses Begriffs klar überdehnen und wäre mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den öffentlichen Aufgaben offensichtlich nicht vereinbar.

323 Auftrag des Verfassungs- oder Gesetzgebers (2)

Weiter zeichnen sich öffentliche Aufgaben dadurch aus, dass sie auf einem Auftrag des Verfassungs- oder Gesetzgebers gründen. Das bedeutet, dass die Aufgabe durch Rechtsnormen – *generell-abstrakt* – umschrieben ist. Dabei

⁵² Vgl. WEBER-MANDRIN (Fn. 27), S. 19.

⁵³ Vgl. HÄSLER (Fn. 29), S. 79.

können die Aufgabennormen sehr abstrakt gefasst sein⁵⁴ oder auch eine hohe Regelungsdichte aufweisen und bis auf Verordnungs- und Weisungsstufe konkretisiert sein⁵⁵.

- 32 Die Verankerung öffentlicher Aufgaben auf Verfassungs- oder Gesetzesstufe impliziert, dass die Aufgaben *im öffentlichen Interesse* liegen. Das öffentliche Interesse ist daher nicht als selbständig qualifizierendes Begriffsmerkmal der öffentlichen Aufgabe zu verstehen, sondern – wie jedem staatlichen Handeln – selbstverständlich vorauszusetzen (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV)⁵⁶.
- 33 Im Regelfall richtet sich der Auftrag des Verfassungs- oder Gesetzgebers an *staatliche Behörden im organisatorischen Sinn* (Parlament, Regierung und Zentralverwaltung sowie Gerichte). Der Auftrag des Gesetzgebers, eine öffentliche Aufgabe zu erfüllen, kann indessen auch direkt an Dritte (dezentrale Verwaltungseinheiten oder Privatpersonen) gerichtet sein. Beispiele sind der gesetzliche Programmauftrag an die SRG⁵⁷, der im Transplantationsrecht verankerte Auftrag an die privatrechtliche Stiftung Swisstransplant, die öffentliche Aufgabe der Organzuteilung wahrzunehmen⁵⁸, oder die Beauftragung von Notaren mit der Aufgabe der öffentlichen Beurkundung⁵⁹.
- 34 Staatliche Behörden können die ihnen durch Verfassung oder Gesetz zugewiesenen Aufgaben in den Schranken der Rechtsordnung an Dritte übertragen. Eine solche Übertragung von öffentlichen Aufgaben an Dritte bedarf in jedem Fall einer formellgesetzlichen Grundlage (vgl. Art. 178 Abs. 3 BV). Der Übertragungsakt kann in die Form einer Verfügung oder eines verwaltungsrechtlichen Vertrags gekleidet sein und wird gewöhnlich als «*Leistungsauftrag*» bezeichnet⁶⁰.
- 35 Keine Übertragung einer öffentlichen Aufgabe findet statt, wenn die Verwaltung zur Erfüllung *ihrer* öffentlichen Aufgaben bei Privaten die dazu notwendigen Mittel beschafft. Aufgabenübertragung und Mittelbeschaffung sind

⁵⁴ Z.B. Art. 163 Abs. 1 BV: «Die Bundesversammlung erlässt rechtsetzende Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes oder der Verordnung.»

⁵⁵ Z.B. Öffentliche Aufgaben im Bereich der Grundversorgung wie im Post- und Fernmeldewesen, im Bereich der Energieversorgung oder der elektronischen Medien.

⁵⁶ Vgl. HEER (Fn. 28), S. 94.

⁵⁷ Art. 24 RTVG.

⁵⁸ Art. 38 Organzuteilungsverordnung (Verordnung vom 16. März 2007 über die Zuteilung von Organen zur Transplantation; SR 810.212.4).

⁵⁹ Vgl. BGE 128 I 280 E. 3 S. 281.

⁶⁰ Beruht die Übertragung der öffentlichen Aufgabe auf einem verwaltungsrechtlichen Vertrag, wird dieser in der Regel «Leistungsvertrag» oder «Leistungsvereinbarung» genannt. Bisweilen bezeichnet der Gesetzgeber den Übertragungsakt auch – untypisch – als «Konzession», wie etwa in Art. 14 ff. FMG (Grundversorgungskonzession im Fernmeldebereich).

deutlich voneinander zu unterscheiden. Die Mittelbeschaffung unterliegt der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionsrecht). Dabei ist es die Verwaltungsbehörde, die selbständig entscheidet, ob und welche Mittel sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben beschaffen will. D.h. die von Privaten erbrachten Leistungen gründen nicht auf einem Auftrag des Gesetzgebers, sondern allein auf einer Offerte der Verwaltung. Im Bereich des Beschaffungsrechts erfüllen Private mit anderen Worten keine Aufträge des Gesetzgebers, sondern Aufträge der Verwaltung, die ihrerseits nicht durch den Gesetzgeber vorgegeben sind. Der Begriff «*administrative Hilfstätigkeit*»⁶¹, mit dem die Mittelbeschaffung der Verwaltung auch bezeichnet wird, bringt dies treffend zum Ausdruck⁶².

324 Erfüllungspflicht (3)

Das Begriffselement des gesetzgeberischen Auftrags impliziert, dass die öffentliche Aufgabe erfüllt werden muss. Die gesetzliche Erfüllungspflicht kann sich auf zwei verschiedene Arten manifestieren: Entweder verpflichtet der Gesetzgeber die beauftragte Person oder Organisation (staatliche Behörden oder Dritte) dazu, die zur Erfüllung der Aufgabe notwendigen Leistungen selber zu erbringen (*gesetzlicher Leistungsauftrag*⁶³), oder er verlangt von Behörden, die Erfüllung der Aufgabe zu gewährleisten bzw. sicherzustellen (*gesetzlicher Sicherstellungsauftrag*). Im letzteren Fall können die Behörden ihrerseits Leistungsaufträge an Dritte erteilen, welche die erforderlichen Leistungen tatsächlich zu erbringen haben. Dabei stellt der Gesetzgeber den Behörden Steuerungsinstrumente zur Verfügung, um die Leistungserbringung – etwa ein ausreichendes Angebot an Grundversorgungsleistungen – sicherzustellen. Dies können hoheitliche Instrumente sein wie die zwangsweise Heranziehung von

⁶¹ Dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), Rz. 279.

⁶² In BGE 134 II 297 befasste sich das Bundesgericht mit der Frage, ob ein privates Transportunternehmen, das von Gemeinden im Oberengadin mit dem Abtransport von Hauskehricht beauftragt wurde, eine öffentliche Aufgabe oder bloss eine Hilfstätigkeit ausführt. Dabei bemerkte das Bundesgericht, dass «die Abgrenzung zwischen der Übertragung einer eigentlichen öffentlichen Aufgabe und einer blossen Hilfstätigkeit fließend ist» (BGE 134 II 297 E. 3.3 S. 302). Dieser Aussage kann nicht gefolgt werden. Denn die Abgrenzung zwischen öffentlicher Aufgabe und administrativer Hilfstätigkeit bestimmt sich nach dem an sich klaren Kriterium, ob die fragliche Tätigkeit Teil des gesetzgeberischen Auftrags ist. In casu war dies der Fall, beauftragte doch das massgebende kantonale Gesetz die Gemeinden u.a. mit der «Sammlung der Siedlungsabfälle und deren Transport zu den Abfallanlagen» (BGE 134 II 297 E. 3.1 S. 301). Entsprechend hätte diese durch das private Unternehmen ausgeführte Tätigkeit als Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe qualifiziert werden müssen.

⁶³ Z.B. Erbringung von Universaldiensten durch die Post gemäss Art. 2 Abs. 1 PG.

Unternehmen zur Leistungserbringung⁶⁴ oder auch Anreizinstrumente, namentlich Subventionen⁶⁵.

- 37 *Subventionen* als solche machen indessen eine Tätigkeit nicht zu einer öffentlichen Aufgabe. Entscheidend ist die Frage, ob für die fragliche Tätigkeit eine gesetzliche Erfüllungspflicht besteht; also die Frage, ob der Subventionsempfänger von Gesetzes wegen zur Ausübung der subventionierten Tätigkeit verpflichtet ist bzw. ob die Behörden die gesetzliche Pflicht haben, für die Erfüllung der subventionierten Tätigkeit zu sorgen. Ist eine solche Erfüllungspflicht gegeben, hat die Subvention die Form einer *Abgeltung*⁶⁶. Fehlt es hingegen an einer Erfüllungspflicht, hat die Subvention die Gestalt einer *Finanzhilfe*, mit der eine selbst gewählte private Tätigkeit finanziell unterstützt wird⁶⁷. Finanzhilfen sind z.B. Direktzahlungen im Bereich der Landwirtschaft⁶⁸. Denn die subventionierten Landwirte sind nicht bundesrechtlich verpflichtet, bestimmte landwirtschaftliche Güter zu produzieren, und das Bundesamt für Landwirtschaft ist auch nicht damit beauftragt, die Produktion bestimmter Güter sicherzustellen. Anderes gilt für private Leistungen im Bereich der Landesversorgung, wo den Bund eine Sicherstellungspflicht tritt⁶⁹.
- 38 Mit Hilfe des Kriteriums der gesetzlichen Erfüllungspflicht lassen sich weiter öffentliche Aufgaben von *konzessionierten privaten Tätigkeiten* abgrenzen. Monopol- und Sondernutzungskonzessionen wie Wassernutzungs- oder Funkkonzessionen können zwar – wie öffentliche Aufgaben – mit einer Leistungspflicht (Ausübungs- oder Betriebspflicht) verbunden sein⁷⁰. Solche Leistungs-

⁶⁴ Z.B. Art. 14 Abs. 4 FMG: «Zeigt sich von vornherein, dass die Ausschreibung nicht unter Wettbewerbsbedingungen ablaufen kann, oder führt sie zu keinen geeigneten Bewerbungen, so kann die Kommission eine oder mehrere Anbieterinnen von Fernmeldediensten zur Grundversorgung heranziehen.»

⁶⁵ So etwa die Abgeltung der ungedeckten Kosten im Bereich der Grundversorgung der Bevölkerung mit öffentlichen Verkehrsdienstleistungen gemäss Art. 28 ff. PBG. Vgl. dazu die Zusatzbotschaft zur Bahnreform II vom 9. März 2007, BBI 2007 2688: «Die Grundversorgung der Bevölkerung mit öffentlichen Verkehrsdienstleistungen («Service public») sicherzustellen, ist eine öffentliche Aufgabe.»

⁶⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 2 SuG: «Abgeltungen sind Leistungen an Empfänger ausserhalb der Bundesverwaltung zur Milderung oder zum Ausgleich von finanziellen Lasten, die sich ergeben aus der Erfüllung von: a. bundesrechtlich vorgeschriebenen Aufgaben; b. öffentlichrechtlichen Aufgaben, die dem Empfänger vom Bund übertragen worden sind.»

⁶⁷ Vgl. Art. 3 Abs. 1 SuG: «Finanzhilfen sind geldwerte Vorteile, die Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten.»

⁶⁸ BVGE 2010/52 753 E. 3.4.2 S. 760.

⁶⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 1 LVG: «Der Bund sichert die Versorgung des Landes mit lebenswichtigen Gütern und Dienstleistungen für den Fall einer mittelbaren oder unmittelbaren Bedrohung des Landes oder anderer machtpolitischer Einwirkungen (...).»

⁷⁰ Teile der Lehre sprechen in diesem Fall von «Konzessionen des öffentlichen Dienstes»: TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 15), § 45 Rz. 20; anders HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), Rz. 2592.

pflichten von Konzessionärinnen machen die konzessionierte Tätigkeit jedoch noch nicht zu einer öffentlichen Aufgabe. Denn die Leistungspflicht gilt nur unter der Bedingung, dass sich ein Unternehmen überhaupt um eine Konzession bewirbt und diese erhält. Konzessionärinnen haben somit keinen direkten – von der Konzessionserteilung unabhängigen – Auftrag des Gesetzgebers, eine bestimmte Aufgabe zu erfüllen. Dennoch nehmen Konzessionärinnen unter Umständen öffentliche Aufgaben wahr. Dies ist dann der Fall, wenn der Gesetzgeber – wie etwa im Bereich der Grundversorgung mit Fernmeldedienstleistungen (Art. 14 Abs. 1 FMG) – vom Gemeinwesen die Sicherstellung eines genügenden Angebots konzessionspflichtiger Leistungen verlangt. Fehlt hingegen eine solche Sicherstellungspflicht des Gemeinwesens, ist die konzessionierte Tätigkeit rein privatwirtschaftlicher Natur⁷¹.

Man könnte einwenden, dass im Fall gesetzlicher Sicherstellungsaufträge nur die Sicherstellung der Aufgabe durch die Verwaltungsbehörden selber, nicht aber die Leistungserbringung durch Dritte eine öffentliche Aufgabe darstellt. Dritte, die vom Gemeinwesen für die Erfüllung der Aufgabe herangezogen werden, würden demnach lediglich eine administrative Hilfstätigkeit erfüllen. Eine solche Deutung wäre jedoch schon aus grundrechtlicher Sicht nicht haltbar. Der Staat darf sich nicht durch Auslagerung seiner Aufgaben auf Private der Grundrechtsbindung entziehen⁷². Der Grundsatz gemäss Art. 35 Abs. 2 BV, wonach alle Träger staatlicher Aufgaben an die Grundrechte gebunden sind, liefe ins Leere, wenn die aufgrund von Leistungsaufträgen ausgeführten Tätigkeiten als private Tätigkeiten eingestuft würden. Abgesehen davon liefe dies der bundesgerichtlichen Praxis klar zuwider. Das Bundesgericht qualifiziert Leistungen durch private oder öffentliche Unternehmen regelmässig als öffentliche Aufgaben, wenn der Gesetzgeber von den Behörden die Sicherstellung dieser Leistungen verlangt. So hinsichtlich Grundversorgungsleistungen von öffentlich subventionierten Privatspitälern⁷³, Fernmeldedienstleistungsanbieterinnen⁷⁴ oder Elektrizitätsunternehmen⁷⁵.

⁷¹ Vgl. BGE 125 I 209 E. 6b S. 213; 135 II 49 E. 4.3.2 S. 55.

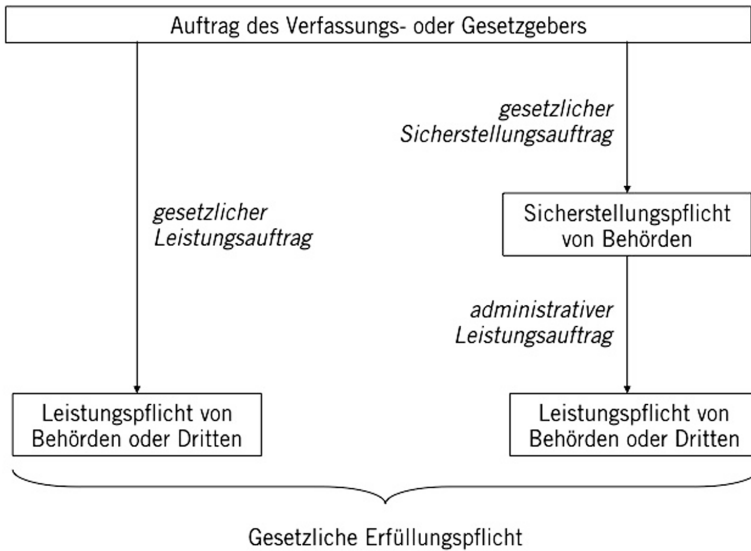
⁷² Namentlich MARTIN PHILIPP WYSS, *Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit*, Bern 2001, S. 53 f.; GIOVANNI BIAGGINI, *BV-Kommentar*, Zürich 2007, Art. 35, Rz. 9 ff. sowie Art. 178, Rz. 21 («Die Aufgabe bleibt eine *staatliche* Aufgabe»). Vgl. sodann TOBIAS JAAG, *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen*, in: Tobias Jaag (Hrsg.), *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Zürich 2000, S. 23 ff., S. 32 f.; HAFNER (Fn. 28), S. 304 f.; THIÉBAUD (Fn. 28), S. 511; VIVIANE SOBOTICH, in: Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach, *Kommentar zur Züricher Kantonsverfassung*, Zürich 2007, Vorbermerkungen zu Art. 95-121, Rz. 9;

⁷³ BGE 121 I 218 E. 3 S. 221 ff.; 132 V 6 E. 2.5.4 S. 15 f. Vgl. auch BGE 122 I 153 E. 2e S. 156 f.

⁷⁴ BGE 127 II 8 E. 4c S. 17 (betreffend Swisscom).

⁷⁵ BGE 131 II 1 E. 3.2 S. 6.

- 40 Die nachfolgende *schematische Darstellung* soll die beiden Erscheinungsformen gesetzlicher Erfüllungspflichten veranschaulichen:



33 Nicht massgebende Kriterien

- 41 Um den Begriff der öffentlichen Aufgabe noch schärfer zu fassen, soll weiter auf Kriterien eingegangen werden, die für die Begriffsbestimmung nicht massgebend sind. Dazu gehören folgende Kriterien:

- Organisationsform,
- Handlungsformen,
- Haftungsregime,
- Grundrechtsbindung,
- Subventionierung,
- Staatliche Steuerung,
- Staatliche Aufsicht,
- Staats- oder Privatinitiative,
- Wettbewerb,
- Subsidiarität der Aufgabenerfüllung.

Zunächst ergibt sich aus dem geltenden Recht und insbesondere aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung offensichtlich, dass für den Begriff der öffentlichen Aufgabe unerheblich ist, ob die Aufgabe durch Personen des öffentlichen oder privaten Rechts erfüllt wird⁷⁶. Der Aufgabenbegriff ist ein funktionaler Begriff, die *Organisationsform* des Aufgabenträgers spielt keine Rolle⁷⁷.

Ebenso wenig hängt der Begriff der öffentlichen Aufgabe davon ab, ob der Aufgabenträger in den *Formen des öffentlichen Rechts oder Privatrechts* handelt. Gemäss Funktionstheorie bewegt sich zwar die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in der Sphäre des öffentlichen Rechts⁷⁸. Der Gesetzgeber kann jedoch explizit vorsehen, dass eine öffentliche Aufgabe in der Form des Privatrechts erfüllt wird. Dies hat er z.B. für den Bereich der Grundversorgung im Personenverkehr (Art. 19 und 24 i.V.m. Art. 56 Abs. 1 PBG) und im Fernmeldebereich (Art. 18 TUG⁷⁹) getan. Von der privatrechtlichen Handlungsform darf dabei nicht geschlossen werden, dass die betreffende Tätigkeit keine öffentliche Aufgabe darstellt⁸⁰.

Keine Rolle für die Qualifikation öffentlicher Aufgaben spielt weiter das anwendbare *Haftungsrecht*. Vielmehr hängt die Frage, ob eine Tätigkeit dem Privathaftungs- oder Staatshaftungsrecht unterliegt, in der Regel davon ab, ob diese Tätigkeit eine öffentliche Aufgabe darstellt. Die Frage nach der Rechtsnatur der Aufgabe ist insofern primär zur Frage des anwendbaren Haftungsregimes⁸¹. Die Rechtsnatur von Aufgabe und Haftungsregime können indessen auch auseinanderfallen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn öffentliche Aufgabenträger nach Art. 58 OR als Werkeigentümer haften oder wenn die privatärztliche Tätigkeit von Chefärzten an öffentlichen Spitälern nach kantonalem Recht dem Staatshaftungsrecht untersteht⁸².

Das für die Handlungsform und das Haftungsrecht Gesagte gilt analog hinsichtlich der *Bindung an die Grundrechte*, insbesondere an die Rechtsgleichheit und das Willkürverbot. Ob ein Unternehmen an die Grundrechte gebun-

⁷⁶ Vgl. nur BGE 128 I 280 E. 3 S. 281 (öffentliche Beurkundung durch Notare als öffentliche Aufgabe) oder BGE 134 II 272 E. 54 S. 285 (Produktezertifizierung durch private Organisationen als öffentliche Aufgabe).

⁷⁷ Ebenso HÄSLER (Fn. 29), S. 106.

⁷⁸ Namentlich TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 15), § 18 Rz. 4, 6; anders HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), Rz. 259.

⁷⁹ Diese Bestimmung unterstellt die Rechtsbeziehungen zwischen Swisscom und Kundenschaft dem Privatrecht und ist auf das ganze Tätigkeitsfeld der Swisscom (Grundversorgung und private Tätigkeiten) anwendbar.

⁸⁰ So aber das Bundesgericht in BGE 134 II 297 E. 3.3 S. 302 f. Zutreffend dagegen HÄSLER (Fn. 29), S. 34, 88 f., 94, 104 f.

⁸¹ Vgl. statt vieler BGE 115 Ib 175 E. 2 S. 179.

⁸² Vgl. BGE 122 III 101 E. 2a/aa S. 104.

den ist, hängt nach Art. 35 Abs. 2 BV davon ab, ob es staatliche Aufgaben erfüllt. Die Grundrechtsbindung kann somit nicht Grund sein für das Vorliegen einer staatlichen Aufgabe⁸³, sondern folgt vielmehr daraus. Im Übrigen kann ausnahmsweise auch im Bereich privatwirtschaftlichen Handelns rechtsgleiches und willkürfreies Handeln geboten sein, allerdings nicht als Ausfluss einer Grundrechtsbindung, sondern aufgrund des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes⁸⁴.

- 46 Wie bereits ausgeführt⁸⁵ ist auch irrelevant, ob eine Tätigkeit von der öffentlichen Hand *subventioniert* wird⁸⁶. Subventionierte Aufgaben sind nur dann öffentliche Aufgaben, wenn sie im Auftrag des Gesetzgebers erfüllt werden müssen. In diesem Fall hat die Subvention die Form einer Abgeltung (vgl. Art. 3 Abs. 2 SuG). Wenn der Gesetzgeber eine Subvention als «Abgeltung» bezeichnet, ist dies somit ein Indiz dafür, dass die subventionierte Aufgabe eine öffentliche Aufgabe darstellt. Die Wortwahl des Gesetzgebers kann jedoch unpräzise sein, weshalb in jedem Fall zu prüfen ist, ob eine gesetzliche Erfüllungspflicht und damit eine öffentliche Aufgabe vorliegt.
- 47 Das Bundesamt für Justiz hielt in einem Gutachten von 2005 zum Datenschutz im Bereich der Spitex-Dienste fest, dass für die Abgrenzung zwischen privaten und öffentlichen Aufgaben entscheidend ist, «ob die erfüllte Aufgabe gesetzlich vorgesehen ist und ob eine Steuerungsbeziehung zwischen Staat und privaten Aufgabenträgern gegeben ist, der Staat also direkten Einfluss auf die Aufgabenerfüllung nimmt oder wesentliche Rahmenbedingungen festlegt»⁸⁷. Eine *Steuerungsbeziehung* zwischen Staat und Privaten besteht jedoch immer, wenn der Staat privates Verhalten reguliert, etwa wenn er Verhaltenspflichten statuiert oder private Tätigkeiten einer Bewilligungspflicht unterstellt. Die staatliche Steuerung kann dabei insbesondere auch die Preise erfassen, ohne dass allein deshalb auf eine öffentliche Aufgabe geschlossen werden könnte⁸⁸. Das Vorliegen – selbst intensiver – staatlicher Steuerung ist somit kein Kriterium für die Annahme einer öffentlichen Aufgabe.

⁸³ So aber BJ-Gutachten Spitex, VPB 70.54 Ziff. 3.

⁸⁴ Vgl. BGE 129 III 35: Kontrahierungspflicht der Post im Bereich der Wettbewerbsdienste. Oben Rz. 37.

⁸⁵ Ebenso HÄSLER (Fn. 29), S. S. 111 f. Anders BJ-Gutachten Spitex, VPB 70.54 Ziff. 3 (Subventionierung als Indiz dafür, dass bestimmte Organisationen oder Personen öffentliche Aufgaben erfüllen).

⁸⁷ BJ-Gutachten Spitex, VPB 70.54 Ziff. 3.

⁸⁸ Vgl. nur die Kompetenz des Preisüberwachers, missbräuchliche Preiserhöhungen zu verbieten bzw. Preissenkungen zu verfügen (Art. 10 PüG), oder die Kompetenz der Kommunikationskommission (ComCom), im Fall von Streitigkeiten über den Zugang zu Fernmeldeeinrichtungen marktbeherrschender Unternehmen kostenorientierte Preise zu verfügen (Art. 11 Abs. 1 und Art. 11a Abs. 1 FMG).

Damit ist auch gesagt, dass die Unterstellung einer privaten Tätigkeit unter staatliche Aufsicht kein Gesichtspunkt für das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe sein kann⁸⁹. Die staatliche Aufsicht kann sich insbesondere auch auf Träger freier Berufe (Rechtsanwälte, Medizinalpersonen u.a.) erstrecken. Deswegen wird die Ausübung dieser Berufe nicht zu einer öffentlichen Aufgabe.

Unerheblich für die Unterscheidung zwischen privater und öffentlicher Aufgabe ist alsdann, ob ein Leistungserbringer *von Amtes wegen* zur Aufgabenerfüllung herangezogen wird oder *aus eigener Initiative* tätig wird. Letzteres ist immer dann der Fall, wenn sich Private um Leistungsaufträge für die Erbringung von Aufgaben bemühen, deren Erfüllung vom Staat sichergestellt wird. Beispiele finden sich vor allem im Bereich der Grundversorgung mit Infrastrukturleistungen⁹⁰. Solche Grundversorgungsaufgaben sind öffentliche Aufgaben, auch wenn deren Erbringung auf private Initiative zurückgeht.

In einem System, in dem die Verwaltung Leistungsaufträge an mehrere private und öffentliche Unternehmen vergibt, kann sich zwischen diesen Unternehmen unter Umständen ein *Wettbewerb* entfalten. Es geht dabei zwar nicht um einen wirksamen Wettbewerb im Sinne des Kartellrechts⁹¹, weil das Angebot durch den Staat gesteuert wird. Im Rahmen der staatlichen Angebotssteuerung ist jedoch dann ein fairer Wettbewerb möglich, wenn die Leistungserbringer gleich lange Spiesse haben⁹² und die Nachfrager die Leistungserbringer frei wählen können. Es handelt sich dann gewissermassen um einen *institutionellen Wettbewerb* zwischen Trägern öffentlicher Aufgaben. Dies zeigt, dass das Vorliegen von Wettbewerb an sich kein Indiz gegen den öffentlich-rechtlichen Charakter einer Aufgabe ist.

Schliesslich kann auch keine Rolle spielen, ob die zur Diskussion stehende Aufgabe nicht genauso gut oder sogar besser im Rahmen eines privatwirtschaftlichen Systems erfüllt werden könnte. Ob es notwendig ist, eine Aufgabe zu verstaatlichen, ist durch den Verfassungs- und Gesetzgeber nach dem Prinzip der *Subsidiarität staatlichen Handelns* (Art. 5a BV) zu beurteilen und zu entscheiden. Wenn sich Verfassungs- und Gesetzgeber für die Verstaatlichung einer Aufgabe entschieden haben, handelt es sich um eine öffentliche Aufgabe, auch wenn Zweifel bestehen, ob das Subsidiaritätsprinzip eingehalten wurde. Die Privatisierung der Aufgabe bedingt auf jeden Fall eine Änderung von Verfassung oder Gesetz.

⁸⁹ So aber das Bundesgericht in BGE 122 I 153 E. 2e S. 157.

⁹⁰ Vgl. oben Rz. 23.

⁹¹ Vgl. Art. 5 KG.

⁹² Gleich lange Spiesse setzen insbesondere eine rechtsgleiche Subventionierung der Leistungserbringer voraus. Dies war beispielsweise im altrechtlichen System der Spitalfinanzierung nicht der Fall, da einzelnen Listenspitäler öffentlich subventioniert wurden und andere nicht (dazu BGE 132 V 6 E. 2.5.4 S. 16).

4 Rechtsnatur von Spitalleistungen

4.1 Arten von Spitalleistungen

- ⁵² Mit Hilfe der definierten Kriterien lässt sich nun beurteilen, ob Spitäler öffentliche Aufgaben erfüllen. Soweit dies der Fall ist, gelten Spitäler als öffentliche Organe bzw. Behörden im Sinne der kantonalen Datenschutzgesetzgebung. Die Dienstleistungen von Spitälern sind indessen nicht alle gleich geregelt. Vielmehr gelten je nach Art der Spitalleistung unterschiedliche gesetzliche Vorgaben, die auch zu einer unterschiedlichen Qualifikation ihrer Rechtsnatur führen können.
- ⁵³ Primär ist zwischen *stationären und ambulanten Leistungen* von Spitälern zu unterscheiden. Der Bund definiert in Art. 3 VKL stationäre Behandlungen als
- «Aufenthalte zur Untersuchung, Behandlung und Pflege im Spital oder im Geburtshaus*
- a. *von mindestens 24 Stunden;*
 - b. *von weniger als 24 Stunden, bei denen während einer Nacht ein Bett belegt wird;*
 - c. *im Spital bei Überweisung in ein anderes Spital;*
 - d. *im Geburtshaus bei Überweisung in ein Spital;*
 - e. *bei Todesfällen.»*

Die übrigen Untersuchungs-, Behandlungs- und Pflegeleistungen eines Spitals sind ambulante Leistungen.

- ⁵⁴ Weiter ist zwischen *Grundversicherungsleistungen und Zusatzleistungen* zu differenzieren. Grundversicherungsleistungen sind Spitalleistungen, die von einer Sozialversicherung, namentlich von der OKP, abgedeckt sind⁹³. Zu den Zusatzleistungen gehören Leistungen, die von einer Zusatzversicherung übernommen werden, sowie Leistungen, die der Patient selbst bezahlt. Bei den zusatzversicherten Leistungen muss zudem zwischen Leistungen mit und ohne Sockelbeitrag aus der Grundversicherung unterschieden werden. Bei ersteren handelt es sich um Behandlungen, die von der Grundversicherung abgedeckt und darüber hinaus mit privat oder halbprivat versicherten Zusatzleis-

⁹³ Daneben zählen Leistungen der obligatorischen Unfallversicherung (UV), der Invalidenversicherung (IV) sowie der Militärversicherung (MV) zu den Grundversicherungsleistungen.

tungen (freie Arztwahl, Einzelzimmer u.a.) verbunden sind. Letztere sind demgegenüber ausschliesslich zusatzversicherte Leistungen wie z.B. gewisse Leistungen im Bereich der Zahnmedizin, der Komplementärmedizin oder der Fortpflanzungsmedizin.

Gesondert zu betrachten sind ferner Leistungen im Bereich der *Aus- und Weiterbildung von Medizinalpersonen sowie der medizinischen Forschung*, wie sie vor allem an Universitätsspitalern stattfinden. Auch in diesen Bereichen können Patientendaten involviert sein. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn Patienten an klinischen Studien teilnehmen. ⁵⁵

Eine Sonderkategorie bilden schliesslich die *Notfalldienste*, die ebenfalls spezifischen gesetzlichen Bestimmungen unterliegen. ⁵⁶

42 Stationäre Grundversicherungsleistungen

Zuerst wird untersucht, ob die von Spitalern stationär erbrachten Leistungen im Bereich der Grundversicherung öffentliche Aufgaben darstellen. Stationäre Grundversicherungsleistungen sind zweifellos *Aufgaben* im Sinne von dauerhaften Tätigkeiten⁹⁴. Es handelt sich dann um *öffentliche* Aufgaben, wenn sie auf einem Auftrag des Verfassungs- oder Gesetzgebers beruhen und mit einer gesetzlichen Erfüllungspflicht verbunden sind. Im Folgenden ist anhand der massgebenden Rechtsgrundlagen zu prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind. ⁵⁷

421 Bundesverfassung

Der *Zuständigkeitsteil* der Bundesverfassung enthält keinen Auftrag zur Erbringung von Spitalleistungen. Art. 117 BV statuiert einen Auftrag an den Gesetzgeber, Vorschriften zur Kranken- und Unfallversicherung – nicht aber zur Gesundheitsversorgung – zu erlassen. Auch Art. 118 BV (Schutz der Gesundheit) vermittelt keinen Versorgungsauftrag, sondern verleiht dem Bund gesundheitspolizeiliche Kompetenzen⁹⁵. ⁵⁸

Art. 12 BV gewährleistet ein *Recht auf Hilfe in Notlagen*, welches auch medizinische Nothilfe umfasst⁹⁶. Diese Bestimmung nimmt – wie jedes Grundrecht ⁵⁹

⁹⁴ Zum Aufgabenbegriff oben Rz. 28 ff.

⁹⁵ Vgl. BIAGGINI (Fn. 72), Art. 118, Rz. 4.

⁹⁶ Namentlich JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER; Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 775; THOMAS GÄCHTER/IRENE VOLLENWEIDER, Gesundheitsrecht, 2. Aufl., Basel 2010, S. 34 f.

– die staatlichen Behörden in die Pflicht. Die Behörden müssen gewährleisten, dass in einer Notlage die notwendige medizinische Hilfe geleistet wird. Die Bestimmung beauftragt indessen nicht bestimmte Personen oder Organisationen wie namentlich Spitäler damit, medizinische Nothilfe zu leisten. Wer mit welchen Mitteln Nothilfe zu leisten hat, ist erst noch durch den Gesetzgeber oder im Einzelfall durch Behörden und Gerichte festzulegen. Aus Art. 12 BV allein kann deshalb nicht abgeleitet werden, dass *Spitäler* die öffentliche Aufgabe haben, medizinische Nothilfe zu leisten.

- ⁶⁰ Keine Spitalversorgungsauftrage ergeben sich schliesslich aus der *Sozialzielbestimmung*, insbesondere aus Art. 41 Abs. 1 Bst. b BV. Danach setzen sich Bund und Kantone in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält. Abgesehen davon, dass der Verpflichtungsgrad dieser Bestimmung schwach ist («setzen sich dafür ein»), erfasst sie nur Pflegeleistungen, nicht aber akutsomatische Krankheitsbehandlungen oder medizinische Leistungen im Bereich der Rehabilitation und Psychiatrie.

422 Krankenversicherungsrecht

- ⁶¹ Das Krankenversicherungsrecht des Bundes enthält detaillierte Vorschriften zu stationären Spitalleistungen. Von zentraler Bedeutung ist Art. 39 KVG, der die krankenversicherungsrechtliche *Zulassung von Spitälern* regelt. Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG verpflichtet die Kantone dazu, eine Planung für eine bedarfsgerechte Spitalversorgung aufzustellen. Gestützt auf diese Versorgungsplanung erstellen die Kantone eine Spitalliste, auf der die Leistungsaufträge der Spitäler («Listenspitäler») aufgeführt sind (Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG). Mit den Leistungsaufträgen umschreibt der Kanton die Leistungen, die ein Spital zu lasten der OKP erbringen darf⁹⁷.
- ⁶² Mit der in Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG verankerten *Planungspflicht* verfolgt der Gesetzgeber drei Ziele: Koordination der Leistungserbringer, optimale Ressourcennutzung und Eindämmung der steigenden Kosten im Gesundheitswesen⁹⁸. Die Sicherstellung der Spitalversorgung ist hingegen kein Ziel von Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG⁹⁹. Vielmehr geht der Bundesgesetzgeber in dieser

⁹⁷ Zum Ganzen namentlich BERNHARD RÜTSCHE, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, Bern 2011, Rz. 9 ff.

⁹⁸ Botschaft KVG 1994, BBl 1992 I 167; BGE 125 V 448 E. 3b S. 454; 126 V 172 E. 4a S. 176; 132 V 6 E. 2.4.1 S. 11 f.

⁹⁹ Anders GEBHARD EUGSTER, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), in: Erwin Murer/Hans-Ulrich Stauffer (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Zürich 2010, Art. 39, Rz. 8 (Versorgungssicherheit als Ziel von Art. 39 Abs. 2 lit. d KVG und Art. 58a KVV).

Bestimmung davon aus, dass ein hinreichendes Angebot an stationären Leistungen bereits vorhanden ist¹⁰⁰. Die bundesrechtliche Planungspflicht verlangt von den Kantonen, aus diesem Angebot nach den Kriterien der Wirtschaftlichkeit und Qualität dasjenige auszuwählen, das notwendig ist, um den Bedarf der Bevölkerung nach stationären OKP-Leistungen zu decken. Die Pflicht zu einer bedarfsgerechten *Planung* kann mithin nicht als Pflicht zu einer bedarfsgerechten *Bereitstellung* von Spitalleistungen verstanden werden. Aus Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG folgt somit kein Auftrag zur Erbringung von Spitalleistungen¹⁰¹.

Aus dem in Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG verwendeten *Begriff des Leistungsauftrags* lässt sich ebenso wenig ein gesetzlicher Versorgungsauftrag ableiten. Der Begriff «Leistungsauftrag» wird zwar in der Regel vom Gesetzgeber für Rechtsakte gebraucht, mit denen öffentliche Aufgaben übertragen werden¹⁰². Der Begriffsgebrauch allein kann jedoch nicht ausschlaggebend sein. Der Begriff «Leistungsauftrag» kann in diesem Kontext auch als blosser Ermächtigung bzw. Bewilligung verstanden werden, zulasten der OKP Leistungen zu erbringen.

Art. 41a Abs. 1 KVG statuiert eine *Aufnahmepflicht*. Danach sind die Listenspitäler im Rahmen ihrer Leistungsaufträge und ihrer Kapazitäten verpflichtet, für alle versicherten Personen mit Wohnsitz im Standortkanton des Listenspitals eine Aufnahmebereitschaft zu gewährleisten. Auch diese Aufnahmepflicht macht als solche die Erbringung von stationären Leistungen nicht zu einer öffentlichen Aufgabe. Denn die Aufnahmepflicht ist an Leistungsaufträge geknüpft, die von kantonalen Behörden erteilt werden. Die Aufnahmepflicht geht somit nicht direkt auf einen Auftrag des Gesetzgebers zurück. Es verhält sich dabei wie im Fall von Konzessionen: Auch Konzessionen können mit einer Leistungspflicht verbunden sein, ohne dass daraus *per se* folgen würde, dass die konzessionierte Tätigkeit eine öffentliche Aufgabe darstellt¹⁰³.

Ein bundesrechtlicher Versorgungsauftrag könnte sich indessen aus Art. 45 KVG ergeben, welcher die Überschrift «*Sicherung der medizinischen Versorgung*» trägt. Diese Bestimmung steht vor dem Hintergrund, dass Listenspitäler es ablehnen können, Leistungen zulasten der OKP zu erbringen (Ausstand gemäss Art. 44 Abs. 2 KVG). Ist wegen eines Ausstandes von Listenspitälern die Behandlung der Versicherten im Rahmen des KVG nicht mehr gewährleis-

¹⁰⁰ Ebenso ANDREAS MÜLLER, Grundlegende Überlegungen zur Privatisierung öffentlicher Spitäler, in: Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht, Zürich 2000, 9-36, S. 17 f.

¹⁰¹ Anders HOFER/SCHMID-GEENE (Fn. 27), S. 197, 199.

¹⁰² Dazu oben Rz. 36.

¹⁰³ Vgl. oben Rz. 38.

tet, so sorgt nach Art. 45 KVG die Kantonsregierung für deren Sicherstellung, indem sie beispielsweise Spitäler in anderen Kantonen zur Erbringung von OKP-Leistungen heranzieht. Es handelt sich um einen notstandsmässigen Beihelf, mit dem gewährleistet werden soll, dass ohne Unterbruch genügend stationäre Leistungen *nach den Bedingungen der sozialen Krankenversicherung* erbracht werden¹⁰⁴. Die Sicherstellung einer ausreichenden Spitalversorgung als solcher ist jedoch kein Ziel von Art. 45 KVG und kann mit dieser Bestimmung auch nicht erreicht werden. Denn sie greift lediglich im Fall eines Ausstands einzelner Leistungserbringer, bietet aber keine Handhabe, wenn von Anfang an zu wenig Spitäler Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG übernehmen wollen¹⁰⁵. Umso weniger vermag Art. 45 KVG etwas auszurichten, wenn das Spitalangebot aus infrastrukturellen Gründen (Personalmangel, fehlende Kapazitäten wegen Unter- oder Fehlinvestitionen u.a.) mangelhaft ist. Wenn somit Art. 45 KVG nicht geeignet ist, die stationäre Versorgung sicherzustellen, kann dieser Vorschrift auch nicht entnommen werden, dass die stationäre Versorgung eine öffentliche Aufgabe ist.

- 66 Um die Rechtsnatur von Spitalleistungen zu bestimmen, könnte alsdann Art. 49a KVG von Bedeutung sein. Diese Bestimmung regelt die *Abgeltung stationärer Leistungen*. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KVG werden die geschuldeten Vergütungen für stationäre OKP-Leistungen vom Kanton und den Versicherern anteilmässig übernommen (sog. «dual-fixe» Abgeltung¹⁰⁶). Der in der Überschrift des Artikels verwendete Terminus «Abgeltung» würde dafür sprechen, dass die Erbringung stationärer OKP-Leistungen eine öffentliche Aufgabe darstellt, welche durch Steuer- und Prämienfelder abgegolten wird¹⁰⁷. Auch an dieser Stelle gilt jedoch, dass die Wortwahl des Gesetzgebers unscharf sein kann und daraus nicht *tel quel* auf das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe geschlossen werden darf.
- 67 Bedenkenswerter ist der Umstand, dass in die Berechnung der Abgeltung nach Art. 49a KVG nicht nur die Betriebs-, sondern auch die *Investitionskostenanteile* einbezogen werden¹⁰⁸. Damit bietet die Abgeltung für Spitäler grosse Anreize, OKP-Leistungen zu erbringen. Trotzdem macht auch dies die Er-

¹⁰⁴ Vgl. Botschaft KVG 1994, BBl 1991 178: Art. 45 KVG als «logische Ergänzung zur allgemeinen Versicherungspflicht im Rahmen der Volksversicherung».

¹⁰⁵ Eine zwangsweise Heranziehung von Leistungserbringern zur Sicherstellung der Spitalversorgung bedarf damit einer gesetzlichen Grundlage im kantonalen Recht. Eine solche kennt etwa der Kanton Bern. So bestimmt Art. 28 Abs. 1 SpVG/BE: «Kommt kein Leistungsvertrag zustande, kann der Regierungsrat einen Leistungserbringer mit Verfügung zu Leistungen verpflichten, soweit dies für die Versorgungssicherheit notwendig ist.»

¹⁰⁶ Botschaft KVG 2007, BBl 2004 5552, 5571.

¹⁰⁷ Zum Unterschied zwischen Abgeltungen und Finanzhilfen oben Rz. 37.

¹⁰⁸ Dazu RÜTSCHÉ (Fn. 97), Rz. 64, 68.

bringung von OKP-Leistungen noch nicht zur öffentlichen Aufgabe¹⁰⁹. Auch Finanzhilfen wie z.B. Direktzahlungen in der Landwirtschaft können eine Tätigkeit zu einem grossen Teil finanzieren, um die Erfüllung einer vom Empfänger selbst gewählten Aufgabe zu erhalten. Die Aufgabe wird deswegen nicht zur öffentlichen Aufgabe. Ansonsten wären Landwirte Behörden im Sinne der Datenschutzgesetzgebung und anderer Gesetze.

Insgesamt ist festzuhalten, dass das KVG die *Auswahl* eines hinreichenden Spitalangebots für die OKP regelt, für die *Sicherstellung* hinreichender Spitalkapazitäten jedoch keine Vorkehrungen trifft. Der Bund hätte dafür grundsätzlich auch gar keine Kompetenz. Art. 117 BV überträgt dem Bund nur Kompetenzen im Bereich der Kranken- und Unfallversicherung, nicht aber im Bereich der Spitalversorgung. Für Letzteres sind die Kantone zuständig. Anschliessend ist deshalb zu prüfen, ob die Kantone die Spitalversorgung zu einer öffentlichen Aufgabe gemacht haben.

423 Kantonsverfassungen

Die öffentlichen Aufgaben der Kantone sind in Grundzügen zum Teil schon auf Verfassungsebene umschrieben. Im Bereich der Gesundheits- und Spitalversorgung sind etwa folgende verfassungsrechtlichen *Aufgaben- bzw. Zielnormen* zu verzeichnen:

- Art. 113 Abs. 1 KV/ZH:
«Kanton und Gemeinden sorgen für eine ausreichende und wirtschaftlich tragbare Gesundheitsversorgung.»
- Art. 41 Abs. 1 KV/BE:
«Kanton und Gemeinden schützen und fördern die Gesundheit. Sie sorgen für eine ausreichende und wirtschaftlich tragbare medizinische und pflegerische Versorgung der Bevölkerung und stellen die dafür notwendigen Einrichtungen bereit.»
- § 26 Abs. 2 KV/BS:
«[Der Staat] gewährleistet eine allen zugängliche medizinische Versorgung.»
- Art. 15 Bst. a KV/SG:
«Der Staat setzt sich zum Ziel, dass die Bevölkerung zu für sie tragbaren Bedingungen eine ausreichende Gesundheitsversorgung erhält.»

Die erwähnten Verfassungsbestimmungen verlangen demnach von Kanton und Gemeinden, für eine ausreichende und wirtschaftlich tragbare Gesundheits-

¹⁰⁹ Zum Verhältnis von Subventionen und öffentlichen Aufgaben oben Rz. 37, 46.

versorgung zu sorgen. Zumindest in den ersten drei Fällen (ZH, BE, BS) erklärt der kantonale Verfassungsgeber die *Sicherstellung einer ausreichenden Gesundheitsversorgung* damit zu einer kantonalen Aufgabe. Im letzten Fall (SG) liesse sich demgegenüber argumentieren, dass angesichts der Formulierung als Zielbestimmung der Verpflichtungsgrad zu schwach ist, um von einem verfassungsrechtlichen Auftrag zu sprechen¹¹⁰.

- 71 Auch wenn die Sicherstellung einer ausreichenden Gesundheitsversorgung durch eine Kantonsverfassung zur öffentlichen Aufgabe erklärt wird, ist damit noch nicht gesagt, dass die Erbringung stationärer Leistungen durch *Spitäler* ebenfalls eine öffentliche Aufgabe darstellt. Dies ist nur soweit der Fall, als der *kantonale Gesetzgeber* Spitäler als Leistungserbringer heranzieht, um den verfassungsrechtlichen Versorgungsauftrag zu erfüllen. Umgekehrt kann aus der Tatsache, dass ein Kanton auf Verfassungsebene keinen Versorgungsauftrag kennt, nicht geschlossen werden, dass in einem solchen Kanton überhaupt kein solcher Auftrag existiert. Der Versorgungsauftrag kann immer noch auf Gesetzebene verankert sein.

424 Kantonale Gesetze (vor der Umsetzung der KVG-Revision 2007)

- 72 Das kantonale Spitalrecht ist gegenwärtig im Umbruch. Kantonale Spital- und Gesundheitsgesetze müssen infolge der KVG-Revision von 2007 (neue Spitalfinanzierung) angepasst werden. Einige Kantone haben die notwendigen Anpassungen bereits vorgenommen, in anderen sind die Revisionsarbeiten noch im Gang. Die Kantone müssen ihr Spitalrecht bis spätestens Ende 2011 (Spitalfinanzierung) bzw. bis Ende 2014 (Spitalplanung) an die KVG-Revision von 2007 angepasst haben¹¹¹.
- 73 Bei allen Unterschieden zwischen den kantonalen Spitalgesetzgebungen lässt sich eine Gemeinsamkeit feststellen: Sowohl vor als auch nach den Revisionen enthalten die kantonalen Gesetze *Versorgungsaufträge im Spitalbereich*. Die Versorgung der Bevölkerung mit Spitalleistungen gilt in der Schweiz geradezu selbstverständlich als Aufgabe, der sich die kantonalen Gesetzgeber angenommen haben. Beispielhaft sei an dieser Stelle § 1 des ausser Kraft getretenen Spitalgesetzes von Basel-Stadt vom 26. März 1981 erwähnt:

¹¹⁰ Vgl. Verfassung des Kantons St. Gallen, Botschaft und Verfassungsentwurf der Verfassungskommission vom 17. Dezember 1999, Amtsblatt des Kantons St. Gallen Nr. 4a/2000, S. 213, 225 f.

¹¹¹ Vgl. Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 21. Dezember 2007, Absätze 1 und 3.

«¹ Der Kanton gewährleistet die Behandlung seiner Einwohner in Spitälern.

² Die Behandlung umfasst die medizinische Untersuchung und Betreuung sowie die Pflege der Patienten.»

Das bisherige kantonale Gesetzesrecht, d.h. das Recht vor den Anpassungen an die neue Spitalfinanzierung des Bundes, sah grundsätzlich vor, dass die Spitalversorgung durch den Bau und Berieb eigener, staatlicher Spitäler sowie durch Unterstützung des Baus und Betriebs nichtstaatlicher Spitäler sichergestellt wird. Die öffentliche Aufgabe der Spitalversorgung wurde demnach durch stationäre Leistungen von *öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern* erbracht. So statuierte – um beim Beispiel zu bleiben – § 2 Abs. 1 des alten Spitalgesetzes von Basel-Stadt:

«Der Kanton erfüllt die in § 1 gestellte Aufgabe durch

- a) Bau und Betrieb staatlicher Spitäler;
- b) Unterstützung des Baues und des Betriebes nichtstaatlicher Spitäler, welche vertraglich festgelegte Aufgaben der Hospitalisation übernehmen;

(...).»

Vor der Umsetzung der KVG-Revision von 2007 erfüllten folglich öffentliche und öffentliche subventionierte Spitäler öffentliche Aufgaben¹¹². Inhalt und Umfang dieser öffentlichen Aufgaben wurden durch den kantonalen Gesetzgeber sowie durch Leistungsvereinbarungen zwischen Kanton und Spitälern festgelegt. Diese *auf selbständiges kantonales Recht abgestützten Leistungsaufträge* waren nicht notwendigerweise deckungsgleich mit den bundesrechtlich vorgesehenen Leistungsaufträgen in den Spitallisten gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG. Vielmehr gab es Privatspitäler, die zwar auf der Spitalliste eines Kantons figurierten und somit ermächtigt waren, zulasten der OKP abzurechnen, gleichzeitig aber keinen Versorgungsauftrag des Kantons hatten¹¹³. Solche Privatspitäler erbrachten zwar OKP-Leistungen, erfüllten aber mangels kantonalen Versorgungsauftrags keine öffentliche Aufgabe.

Als Zwischenfazit ist somit festzuhalten: Vor der Umsetzung der KVG-Revision von 2007 waren die Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG von den kantonalrechtlichen Leistungsaufträgen getrennt zu betrachten: Erstere

¹¹² Dies hat auch das Bundesgericht in mehreren Entscheiden explizit festgehalten; vgl. insbesondere BGE 121 I 218 E. 3 S. 221 ff.; 132 V 6 E. 2.5.4 S. 15 f. sowie oben Rz. O.

¹¹³ Zu solchen nicht-subventionierten Privatspitälern in der Grundversicherung namentlich TOMAS POLEDNA, Die Stellung der Privatspitäler als Leistungserbringer in der sozialen Krankenversicherung und im Bereich der Zusatzversicherungen, in: Jusletter 16.05.2005, Rz. 9 ff.

hatten lediglich sozialversicherungsrechtliche Bedeutung (Zulassung zur OKP), letztere waren dagegen eigentliche Versorgungsaufträge, mit denen Spitäler mit öffentlichen Aufgaben betraut wurden.

425 Kantonale Gesetze (nach der Umsetzung der KVG-Revision 2007)

- ⁷⁷ Mit Inkrafttreten der KVG-Revision von 2007 hat sich das System der Spitalfinanzierung grundlegend geändert. Mit der dual-fixen Abgeltung nach Art. 49a Abs. 1 KVG werden alle Listenspitäler unabhängig von ihrer Rechts- und Organisationsform bei der Finanzierung von Grundversicherungsleistungen *gleichgestellt*. Dabei soll die Abgeltung nach Art. 49a Abs. 1 KVG sowohl die Betriebs- als auch die Investitionskosten der stationären OKP-Leistungen abdecken, so dass in diesem Bereich für kantonale rechtliche Spitalsubventionen grundsätzlich kein Raum mehr bleibt¹¹⁴. Damit wird den Kantonen die Möglichkeit genommen, ihre Spitalversorgungsaufträge mit eigenen, autonom ausgestalteten Leistungsvereinbarungen umzusetzen. Die flexibel auf bestimmte Leistungsträger ausgerichtete kantonale Spitalsubventionierung wird durch eine einheitliche, gleichmässig und bedingungslos geschuldete bundesrechtliche Abgeltung zugunsten aller Listenspitäler abgelöst.
- ⁷⁸ Der kantonale Gesetzgeber verliert somit zwar ein Instrument, um die Spitalversorgung sicherzustellen. Die Spitalversorgung bleibt aber nach wie vor eine öffentliche Aufgabe, die in kantonalen Verfassungen und Gesetzen verankert ist. Dadurch entsteht die etwas paradoxe Situation, dass der Bundesgesetzgeber dafür sorgt, dass kantonale Aufgaben erfüllt werden: Er gleicht mit der in Art. 49a Abs. 1 KVG vorgesehenen Abgeltung die finanziellen Lasten aus, die sich aus der Erfüllung *kantonomer Spitalversorgungsaufgaben* ergeben.
- ⁷⁹ Die Abgeltung nach Art. 49a Abs. 1 KVG ist für alle Leistungen geschuldet, die von Listenspitälern in Erfüllung ihrer Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG erbracht werden¹¹⁵. Damit werden sozialversicherungsrechtliche Zulassung und versorgungsrechtliche Subventionierung in Übereinstimmung gebracht. Spitäler, die einen Leistungsauftrag nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG erhalten, kommen zugleich in den Genuss der Abgeltung nach Art. 49a Abs. 1 KVG, welche wiederum der Erfüllung kantonomer Versorgungsaufträge dient. Das führt dazu, dass die Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG eine neue Funktion erhalten: Es handelt sich nicht mehr um blosse sozialversicherungsrechtliche Zulassungsverfügungen, sondern um

¹¹⁴ Dazu RÜTSCHÉ (Fn. 97), Rz. 68.

¹¹⁵ Namentlich EUGSTER (Fn. 99), Art. 49a, Rz. 2.

echte Leistungsaufträge, mit denen öffentliche Aufgaben, nämlich kantonale Spitalversorgungsaufgaben, übertragen werden.

Die KVG-Revision 2007 hat also die gestützt auf die Versorgungsplanung erstellten Leistungsaufträge gemäss Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG *mit den kantonalen Spitalversorgungsaufgaben verknüpft*. Diese Verknüpfung kommt auch in neuen kantonalen Spital- und Gesundheitsgesetzen zum Ausdruck:

- Gemäss Berner Spitalversorgungsgesetz bezeichnet der Regierungsrat «gestützt auf die Versorgungsplanung» die (öffentlichen und privaten) Leistungserbringer, die für die Sicherstellung der Spitalversorgung im Kanton zuständig sind (Art. 9 Abs. 2 SpVG/BE)¹¹⁶.
- Das Gesundheitsgesetz von Basel-Stadt hält fest, dass der Kanton die stationäre Behandlung der Bevölkerung «nach Massgabe des Sozialversicherungsrechts des Bundes» gewährleistet (§ 7 Abs. 1 GesG/BS).
- Das revidierte Luzerner Spitalgesetz bestimmt in § 4a Abs. 1: «Der Regierungsrat erstellt gestützt auf die Spitalplanung eine Spitalliste. Darauf sind die inner- und ausserkantonalen Spitäler und Geburtshäuser aufgeführt, die notwendig sind, um die stationäre Spitalversorgung und eine angemessene Wahlfreiheit der Bevölkerung des Kantons sicherzustellen (im Folgenden Listenspitäler genannt).»
- Aus dem neuen Spitalplanungs- und -finanzierungsgesetz des Kantons Zürich geht zwar nicht wörtlich, jedoch systematisch hervor, dass die in § 1 als Zweck genannte «Sicherstellung einer ausreichenden und langfristig finanzierbaren Gesundheitsversorgung in Spitälern» mit Hilfe der gestützt auf die Versorgungsplanung bestimmten Listenspitäler erreicht werden soll (vgl. § 4 ff. SPFG/ZH).

Die Versorgungsplanung nach Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG bezieht sich nur auf stationäre OKP-Leistungen, nicht aber auf stationäre Leistungen aus der *Invaliden-, Unfall- und Militärversicherung*. Im Bereich dieser übrigen Sozialversicherungen sind Spitalleistungen keinem bundesrechtlichen Zulassungsregime unterstellt, sondern die Versicherten können unter den Spitälern frei wählen¹¹⁷. Entsprechend gibt es bei den übrigen Sozialversicherungen keine bundesrechtlichen Leistungsaufträge, welche die Erfüllung kantonalen Versorgungsaufgaben sicherstellen. Vielmehr ist es Sache des kantonalen Rechts, Leistungen aus der Invaliden-, Unfall- und Militärversicherung in den kanto-

¹¹⁶ Diese Bestimmung ist mit dem Berner Spitalversorgungsgesetz von 2005 in Kraft getreten, also bereits vor Erlass der neuen Spitalfinanzierung des Bundes. Der Berner Gesetzgeber hat damit die Verknüpfung zwischen Spitalversorgungsaufgabe, Spitalplanung und Spitallisten vorweggenommen.

¹¹⁷ Vgl. Art. 26^{bis} IVG; Art. 10 UVG und Art. 68 UVV; Art. 17 MVG und Art. 11 MVV.

nalen Spitalversorgungsauftrag einzubeziehen. Soweit ersichtlich tun die Kantone dies auch, indem sie im Rahmen der Versorgungsplanung auch Leistungen aus den übrigen Sozialversicherungen erfassen und dafür Leistungsaufträge erteilen¹¹⁸. Diese Leistungsaufträge haben keine sozialversicherungsrechtliche Bedeutung, sondern dienen einzig der Übertragung einer üblichen Versorgungsaufgabe. Soweit Spitäler im Rahmen solcher Leistungsaufträge Behandlungen durchführen, erfüllen sie demzufolge ebenfalls übliche Aufgaben.

- 82 Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass nach Inkrafttreten der KVG-Revision von 2007 *alle Listenspitäler* unabhängig von ihrer Rechtsform im Rahmen ihrer Leistungsaufträge nach Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG übliche Aufgaben wahrnehmen. Es handelt sich dabei um kantonale Versorgungsaufgaben. Stationäre Leistungen aus der Invaliden-, Unfall- und Militärversicherung dienen insoweit der Erfüllung kantonaler Versorgungsaufgaben, als sie im Rahmen kantonaler Leistungsaufträge erbracht werden.

426 Erfüllung ausserkantonaler Leistungsaufträge

- 83 Gemäss Art. 58e Abs. 1 KVV führen die Kantone auf ihren Spitallisten die inner- und ausserkantonalen Einrichtungen auf, die notwendig sind, um das Angebot an stationären OKP-Leistungen sicherzustellen. Die Kantone können somit *ausserkantonale Leistungserbringer heranziehen*, um ihren Versorgungsauftrag zu erfüllen. Entsprechend kann es dazu kommen, dass Spitäler im Bereich der Grundversicherung Leistungsaufträge anderer Kantone erfüllen. In einer solchen Situation fragt sich, welches kantonale Datenschutzgesetz auf die Behandlungsverhaltnisse mit den ausserkantonalen Patienten anwendbar ist und welcher kantonale Datenschutzbeauftragte für die Aufsicht zuständig ist.
- 84 Indem der Bund die Kantone ermächtigt, ausserkantonale Spitäler mit der Erbringung von stationären OKP-Leistungen zu beauftragen, *durchbricht er in einem spezifischen Bereich das Territorialitätsprinzip* und erstreckt den Hoheitsbereich der Kantone auf bestimmte Personen (Spitäler) in anderen Kantonen. Die Kantone, die Leistungsaufträge an ausserkantonale Spitäler erteilen, müssen auch dafür sorgen können, dass diese Aufträge rechtmässig er-

¹¹⁸ Vgl. z.B. Art. 6a Abs. 2 Bst. a Krankenpflegegesetz/GR: «[Die Regierung] vereinbart in einer Leistungsvereinbarung mit den üblichen Spitälern die beitragsberechtigten stationären UVG-, IVG- und MVG-Pflichtleistungen». Ferner Art. 9 Abs. 2 SPFG/ZH: «Die Direktion kann weitere Versorgungsleistungen im Bereich der Unfall-, Invaliden- und Militärversicherung in die Planung einbeziehen.»

füllt werden. Ansonsten hätten die Leistungsaufträge keine Verbindlichkeit, sondern blossen Empfehlungs- oder Wunschcharakter.

Zur Überwachung und Durchsetzung von Leistungsaufträgen ausserkantonaler Spitäler gehört auch die *Datenschutzaufsicht*. Wenn also ein Kanton einem ausserkantonalen Spital einen Auftrag zur Erbringung von OKP-Leistungen für die eigenen Kantonseinwohner erteilt, dann ist dieser Kanton insoweit (d.h. in Bezug auf die Behandlungsverhältnisse mit den eigenen Kantonseinwohnern) auch für die Datenschutzaufsicht über das ausserkantonale Spital zuständig. Vorbehalten bleiben interkantonale Vereinbarungen, welche die Datenschutzaufsicht in solchen Fällen auf andere Weise regeln.

43 Weitere Spitalleistungen

Die bisherigen Überlegungen zur Rechtsnatur von Spitalleistungen bezogen sich auf stationäre Leistungen der Grundversicherung. Nun gilt es zu prüfen, ob und inwieweit Spitalleistungen ausserhalb der stationären Grundversicherung öffentliche Aufgaben darstellen. Dazu gehören ambulante Spitalleistungen (a), Zusatzleistungen (b), Leistungen im Bereich der Lehre und Forschung (c) sowie Notfalldienste (d).

431 Ambulante Spitalleistungen

Ambulante Spitalleistungen sind weder von der Versorgungsplanung und den darauf gestützten Leistungsaufträgen nach Art. 39 Abs. 1 Bst. d und e KVG noch vom Finanzierungsregime nach Art. 49a Abs. 1 KVG erfasst. Die dual-fixe Abgeltung durch Kanton und Krankenversicherungen dient nur der Vergütung stationärer OKP-Behandlungen einschliesslich Aufenthalt und Pflegeleistungen in einem Spital (Art. 49 Abs. 1 KVG). Somit existieren im ambulanten Bereich – anders als im stationären Bereich – *keine bundesrechtlichen Leistungsaufträge*, mit denen kantonale Versorgungsaufgaben umgesetzt werden.

Ob mit ambulanten Spitalleistungen öffentliche Aufgaben erfüllt werden, hängt demzufolge davon ab, ob entsprechende kantonale Leistungsaufträge bestehen. *Kantonsverfassungen* differenzieren in der Regel nicht zwischen stationärer und ambulanter Versorgung, sondern sprechen allgemein von ausreichender Gesundheitsversorgung oder medizinischer Versorgung¹¹⁹. Eine spezifische Bestimmung zur ambulanten Versorgung kennt die Verfassung von Basel-Landschaft, und zwar in § 111 Abs. 3 KV/BL:

¹¹⁹ Vgl. oben Rz. 69.

«Kanton und Gemeinden stellen in Zusammenarbeit mit Privaten die ambulante medizinische Versorgung der Bevölkerung sicher. Die Gemeinden fördern die örtliche Haus- und Krankenpflege.»

- ⁸⁹ In Kantonen, in denen die Verfassung nicht explizit – wie im Kanton Basel-Landschaft – einen Versorgungsauftrag im ambulanten Bereich enthält, stellt sich die Frage, ob ein solcher Versorgungsauftrag auf *Gesetzesebene* verankert ist. Dies ist beispielsweise im Kanton Graubünden der Fall. Gemäss Art. 6a Abs. 2 Bst. b Krankenpflegegesetz/GR vereinbart die Regierung in einer Leistungsvereinbarung mit den öffentlichen Spitälern u.a. «die beitragsberechtigten, aus Gründen der Sicherstellung der Versorgung oder aus volkswirtschaftlicher Sicht als sinnvoll anerkannten ambulanten KVG-Pflichtleistungen». Auch der Kanton Bern anerkennt – allerdings erst auf Verordnungsstufe –, dass zur Spitalversorgung der kantonalen Bevölkerung auch Leistungen der ambulanten Versorgung gehören (Art. 1 Abs. 2 SpVV/BE). Entsprechend können gemäss Art. 23 Abs. 2 Bst. b SPVV/BE Leistungsverträge mit Spitälern auch Leistungen im ambulanten Bereich erfassen. Weniger klar ist die Situation im Zürcher Recht. Das neue Spitalplanungs- und -finanzierungsgesetz sieht in § 11 Bst. a und b lediglich Subventionsbestimmungen für spitalgebundene ambulante Pflichtleistungen vor, ohne solche Leistungen als Teil von Leistungsaufträgen oder Leistungsvereinbarungen zu deklarieren. Allerdings dient das ganze Gesetz und damit auch die Subventionierung ambulanter Leistungen von Spitälern dem Zweck, eine ausreichende und langfristig finanzierbare Gesundheitsversorgung in Spitälern sicherzustellen (§ 1 SPFG/ZH). Insofern ist die Erbringung von subventionierten ambulanten Spitalleistungen doch als öffentliche Aufgabe zu verstehen.
- ⁹⁰ Somit erfüllen Spitäler mit ambulanten Leistungen insoweit *öffentliche Aufgaben*, als diese Leistungen gemäss kantonalem Recht im Dienst einer ausreichenden Gesundheitsversorgung der Bevölkerung stehen. Ob dies der Fall ist, muss mittels Auslegung des massgebenden kantonalen Rechts eruiert werden. Grundsätzlich lässt sich sagen, dass mit subventionierten ambulanten Leistungen dann öffentliche Aufgaben erfüllt werden, wenn die Subvention nach Wortlaut oder Systematik des Gesetzes als Instrument zur Erfüllung des kantonalen Versorgungsauftrags konzipiert ist.

432 Zusatzleistungen

- ⁹¹ Von Spitälern erbrachte Zusatzleistungen gehören als solche nicht zur medizinischen Grundversorgung. Allerdings können in einem Behandlungsverhältnis Zusatzleistungen mit Grundversicherungsleistungen verbunden sein. Dies ist dann der Fall, wenn Leistungen, die zur Grundversicherung gehören, für *privat oder halbprivat Versicherte* erbracht werden und dafür entsprechend ein So-

ckelbeitrag aus der Grundversicherung geschuldet ist¹²⁰. Das Behandlungsverhältnis kann dabei zwar rechnerisch, nicht aber tatsächlich in einen grundversicherten und einen privat versicherten Teil auseinander dividiert werden. Aus diesem Grund ist das Behandlungsverhältnis als Ganzes entweder als öffentliche oder private Tätigkeit zu qualifizieren.

Das Bundesgericht hat in einem Urteil von 2006 entschieden, dass privat und halbprivat versicherte stationäre Behandlungen in die Spitalplanung einzubeziehen sind, da durch solche Leistungen die Grundversicherung mitbelastet wird¹²¹. Entsprechend sind privat und halbprivat versicherte stationäre Behandlungen auch als *Teil der kantonalen Spitalversorgung* zu betrachten, soweit sie zugleich von der Grundversicherung vergütet werden. Mit solchen Zusatzversicherten Behandlungen wird folglich eine öffentliche Aufgabe erfüllt.

Anders präsentiert sich die Situation in Bezug auf *selbständige Zusatzleistungen*, die nicht mit Grundversicherungsleistungen verbunden sind. Solche Zusatzleistungen laufen vollständig ausserhalb kantonalen Versorgungsaufträge und stellen somit rein private Tätigkeiten dar.

433 Lehre und Forschung

Die Aus- und Weiterbildung von Medizinalpersonen sowie die medizinische Forschung an Spitälern ist von der Versorgungsplanung und den Leistungsaufträgen nach Art. 39 Abs. 1 Bst. d und e KVG nicht erfasst (vgl. Art. 49 Abs. 3 Bst. b KVG). *Kantonale Spital- und Gesundheitsgesetze* sehen indessen vor, dass für Lehre und Forschung Leistungsaufträge erteilt bzw. Leistungsvereinbarungen abgeschlossen werden. Im Vordergrund stehen dabei Leistungsverträge mit Universitätsspitalern.

Beispielhaft erwähnt sei Art. 13 SpVG/BE, der die Lehre und Forschung durch Universitätsspitäler wie folgt regelt:

«¹ Die Universitätsspitäler erbringen zu Gunsten der Universität Bern Leistungen der Lehre und Forschung.

² Die Leistungserbringung wird durch besondere Vereinbarungen gestützt auf die Universitätsgesetzgebung geregelt.

¹²⁰ Dazu oben Rz. 54.

¹²¹ BGE 132 V 6 E. 2.4.2 S. 12 f. Vgl. auch BGE 111 II 149 II E. 5 S. 153 ff.; 112 Ib 334 E. 2 S. 336 ff.; 115 Ib 175 E. 2 S. 179: Chefärzte, die Privatpatienten behandeln, nehmen dann eine öffentliche Aufgabe wahr, wenn weiteres Spitalpersonal an der Behandlung beteiligt ist.

³ *Den Universitätsspitalern und der Universität stehen gegenseitig angemessene Vertretungsrechte in ihren Führungsorganen zu. Der Regierungsrat regelt die Einzelheiten.*

⁴ *Die Universitätsspitäler können Leistungen der Lehre und Forschung zu Gunsten Dritter erbringen, soweit diese Leistungen mindestens kostendeckend abgegolten werden und die Erfüllung der Verpflichtungen gegenüber der Universität Bern und dem Kanton nicht beeinträchtigt werden.*

⁵ *Die Universität Bern kann Leistungen in Lehre und Forschung bei anderen Leistungserbringern bestellen, soweit dies wirtschaftlich günstiger oder im Interesse der Lehr- und Forschungsqualität nötig ist.»*

Aus dieser Bestimmung geht hervor, dass Universitätsspitäler verpflichtet sind, im Rahmen von besonderen Vereinbarungen Leistungen der Lehre und Forschung *zugunsten der Universität Bern* zu erbringen (Art. 13 Abs. 1 und 2 SpVG/BE). Insoweit stellen Lehre und Forschung eine öffentliche Aufgabe dar. Demgegenüber gehören Leistungen der Lehre und Forschung *zugunsten Dritter*, namentlich für pharmazeutische Unternehmen durchgeführte klinische Versuche, zur privaten Tätigkeit von Spitalern. Universitätsspitäler sind dazu unter gewissen Bedingungen ermächtigt, jedoch nicht verpflichtet (Art. 13 Abs. 4 SpVG/BE).

- ⁹⁶ Leistungen der Lehre und Forschung durch Spitäler sind somit nur dann *öffentliche Aufgaben*, wenn dafür ein kantonaler Leistungsauftrag bzw. eine Leistungsvereinbarung besteht. Dies ist namentlich im Bereich der universitären Lehre und Forschung der Fall. Ansonsten gehören Lehre und Forschung zu den privaten Tätigkeiten der Spitäler.

434 Notfalldienste

- ⁹⁷ Die Bereitstellung und Leistung von Notfalldiensten ist nach kantonalem Recht eine *öffentliche Aufgabe* von Spitalern und anderen Leistungserbringern. Im stationären Bereich sind die Notfalldienste typischerweise Teil der Versorgungsplanung. Listenspitäler werden im Rahmen der Leistungsaufträge dazu verpflichtet, Notfalldienste zu leisten (vgl. § 4 Abs. 3 Bst. b SPFG/ZH; Art. 20 Bst. a SPVG/BE).

5 Datenschutzrecht und Wettbewerb

51 Wettbewerb im Spitalbereich

Nach dem Gesagten erfüllen Spitäler in weiten Bereichen, insbesondere im Bereich stationärer OKP-Leistungen, öffentliche Aufgaben. Insoweit sind Spitäler als öffentliche Organe bzw. Behörden im Sinne der kantonalen Datenschutzgesetzgebung zu qualifizieren. Allerdings ist die Qualifikation als öffentliches Organ noch nicht in jedem Fall ausreichend, um ein Spital dem kantonalen Datenschutzrecht und insbesondere der kantonalen Datenschutzaufsicht zu unterstellen. Denn eine Reihe kantonalen Datenschutzgesetze, etwa jene der Kantone Zürich, Basel-Stadt und St. Gallen, sind wie erwähnt dann nicht anwendbar, wenn öffentliche Organe *am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen* und dabei *nicht hoheitlich bzw. privatrechtlich handeln*¹²².

Mit der KVG-Revision von 2007 (neue Spitalfinanzierung) verfolgte der Bundesgesetzgeber das Ziel, den Qualitätswettbewerb zwischen den Spitälern zu verstärken¹²³. Zu diesem Zweck führte der Gesetzgeber im Bereich der stationären Behandlungen eine Reihe von *Wettbewerbselementen* ein. Die zentralen Wettbewerbselemente sind die folgenden:

- *Freie Spitalwahl*: Gemäss Art. 41 Abs. 1^{bis} KVG können versicherte Personen für die stationäre Behandlung unter den Listenspitalern aller Kantone frei wählen. Allerdings müssen Versicherte, die sich in einem Listenspital eines anderen Kantons behandeln lassen, einen allfälligen Differenzbetrag selber übernehmen.
- *Gleichstellung von öffentlichen und privaten Spitälern* im Bereich der Spitalfinanzierung: Gemäss Art. 49a Abs. 1 KVG übernehmen Kanton und Krankenversicherer anteilmässig die Vergütungen der stationären Behandlungen. Die Vergütungen bilden sowohl die Betriebs- als auch die Investitionskostenanteile ab, weshalb für eine darüber hinausgehende kantonale Spitalsubventionierung grundsätzlich keine Notwendigkeit mehr besteht. Soweit die Kantone im Interesse der Versorgungssicherheit oder zur Abgeltung gemeinwirtschaftlicher Leistungen Spitäler subventionie-

¹²² Dazu oben Rz. 11.

¹²³ Dazu RÜTSCHÉ (Fn. 97), Rz. 77, 88. Zum stark eingeschränkten Wettbewerb im Grundversicherungsbereich vor der KVG-Revision von 2007 THOMAS EICHENBERGER, Wettbewerb aus der Sicht der Spitäler, in: Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht, Zürich 2000, 133-155, S. 138 ff.

ren, müssen sie dies nach dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität für alle Spitäler gleich tun¹²⁴.

- *Institut der Vertragsspitaler*: Gemäss Art. 49a Abs. 4 KVG können die Krankenversicherer mit Spitälern oder Geburtshusern, welche nicht auf der Spitalliste stehen, Verträge über die Vergütung von Leistungen aus der OKP abschliessen. Damit kann den Listenspitälern eine gewisse Konkurrenz durch Nicht-Listenspitäler erwachsen.

100 *Im ambulanten Bereich* können die Versicherten ebenfalls zwischen den zugelassenen Leistungserbringern frei wählen, wobei auch diesbezüglich ein allfälliger Differenzbetrag geschuldet ist, wenn die Behandlung ausserhalb des Wohn- und Arbeitsortes durchgeführt wird (Art. 41 Abs. 1 KVG). Die Spitäler konkurrieren im ambulanten Bereich nicht nur untereinander, sondern auch mit anderen Leistungserbringern, insbesondere mit frei praktizierenden Ärzten und Arztenetzwerken.

101 Spitäler stehen somit untereinander und mit anderen Leistungserbringern *in einem gewissen Wettbewerb*. Daher stellt sich die Frage, ob Spitäler – auch wenn sie im Rahmen von Leistungsaufträgen übliche Aufgaben wahrnehmen – im Sinne der Ausnahmeklausel kantonaler Datenschutzgesetze «am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen». Sollte dies bejaht werden, ist weiter zu klären, ob Spitäler dabei «nicht hoheitlich» bzw. «privatrechtlich» handeln. Wird auch dies bejaht, sind Spitäler vom Anwendungsbereich der entsprechenden kantonalen Datenschutzgesetze ausgenommen, selbst wenn sie kantonale Organe sind.

52 Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb

102 Die Absicht des Gesetzgebers, auch im Bereich stationärer OKP-Leistungen zwischen Spitälern einen Qualitätswettbewerb einzurichten, ändert nichts daran, dass die Erbringung solcher Leistungen eine übliche Aufgabe darstellt. Die Einführung von Wettbewerbselementen im Bereich üblicher Aufgaben ist von einer *Privatisierung üblicher Aufgaben* deutlich zu unterscheiden. Im ersten Fall stellt der Staat den Wettbewerb in den Dienst einer effizienten und qualitativ hochstehenden Erfüllung üblicher Aufgaben. Im zweiten Fall entlässt dagegen der Staat die Erfüllung einer Aufgabe aus seiner

¹²⁴ Vgl. JAAG (Fn. 72), S. 42 f.; RÜTSCHE (Fn. 97), Rz. 68.

Verantwortung. Er zieht sich von der Sicherstellung der Aufgabe zurück und überlässt die Aufgabenerfüllung ganz der Privatwirtschaft¹²⁵.

Dass öffentliche Aufgaben im Wettbewerb erbracht werden, ist nichts Unge-¹⁰³
wöhnliches. So sind weder die Post im Bereich der nicht-reservierten Post-
dienste noch die Swisscom im Fernmeldebereich exklusive Anbieter von
Grundversorgungsdiensten. Vielmehr erfüllen Post und Swisscom diese öffent-
lichen Aufgaben in einer gewissen Konkurrenz zu anderen Anbietern¹²⁶. So-
dann ist nicht von der Hand zu weisen, dass sich beispielsweise kantonale
Universitäten in einem gegenseitigen Wettbewerb befinden. Selbst Gemein-
wesen können miteinander im Wettbewerb stehen, wenn man etwa an den
Standortwettbewerb zwischen Gemeinden und zwischen Kantonen im Bereich
der Steuersätze denkt.

Ein solcher Wettbewerb zwischen Trägern öffentlicher Aufgaben ist etwas an-¹⁰⁴
deres als *privatwirtschaftlicher Wettbewerb*. Privatwirtschaftlicher – oder kurz:
privater – Wettbewerb besteht zwischen Anbietern, die am freien Markt ihre
Produkte und Leistungen anbieten. Dabei handeln die Anbieter von sich aus
in der Absicht, einen Gewinn zu erzielen – und nicht im Auftrag des Staates.
Auch staatliche Behörden und öffentliche Unternehmen können am privaten
Wettbewerb teilnehmen. Man spricht dabei von «wirtschaftender Verwal-
tung»¹²⁷. Im Unterschied dazu können Behörden oder Private, die öffentliche
Aufgaben erfüllen, ihr Angebot nicht frei bestimmen, sondern sind dabei an
den staatlichen Leistungsauftrag gebunden. Aus diesem Grund kann von ei-
nem privaten Wettbewerb keine Rede sein, wenn öffentliche Aufgabenträger
untereinander und allenfalls mit Dritten konkurrenzieren¹²⁸.

Damit stellt sich die Frage, ob sich der kantonale Datenschutzgesetzgeber mit¹⁰⁵
der negativen Voraussetzung der «Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb»
einzig auf den privaten Wettbewerb bezieht oder ob er darüber hinaus auch
Wettbewerbssituationen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben erfasst. Eine

¹²⁵ Zur Aufgabenprivatisierung im Sinne von Aufgabenverzicht namentlich JAAG (Fn. 72), S. 33; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 15), § 11 Rz. 6; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), Rz. 1536.

¹²⁶ Vgl. Art. 4 Abs. 1 PG: «Die Post erbringt die nicht reservierten Dienste in Konkurrenz zu privaten Anbieterinnen und Anbietern.»; Art. 20 ff. FMG: Pflichten von Anbieterinnen, die ohne Grundversorgungskonzession Dienste der Grundversorgung anbieten.

¹²⁷ Dazu oben Rz. 13.

¹²⁸ Bezeichnenderweise setzt die Botschaft zur KVG-Revision von 2007 im Zusammenhang mit dem Spitalwettbewerb im OKP-Bereich die Ausdrücke «Markt» und «Preise» in Anführungszeichen; Botschaft KVG 2007, BBl 2004 5587 f.: «In einem «Markt» jedoch, in dem die Nachfrage zu einem grossen Teil angebotsinduziert ist und in dem die «Preise» durch eine Behörde genehmigt oder fixiert sind und der Konsument nicht unmittelbar für die Kosten der konsumierten Leistungen aufkommt, gilt es indessen, die Regeln für die Teilnahme am «Markt» den besonderen Verhältnissen anzupassen.»

Auslegung der einschlägigen kantonalen Datenschutzgesetze führt zum Schluss, dass nur Ersteres gemeint sein kann. Dies aus folgenden Gründen:

- Die kantonalen Datenschutzgesetze sprechen von Teilnahme am «*wirtschaftlichen*» Wettbewerb. Die Verwendung des Wortes «*wirtschaftlich*» legt nahe, dass nur der privatwirtschaftliche Wettbewerb gemeint ist, nicht aber ein Wettbewerb im Bereich des staatlichen Handelns. Ansonsten würde die Verwendung des qualifizierenden Adjektivs «*wirtschaftlich*» keinen Sinn machen.
- Aus den *Materialien* zu kantonalen Datenschutzgesetzen geht klar hervor, dass der Gesetzgeber an die wirtschaftende Verwaltung gedacht hat, d.h. an Konstellationen, in denen staatliche Behörden oder öffentliche Unternehmen in Konkurrenz zu anderen Anbietern *privatwirtschaftlich* tätig sind. Dies macht insofern Sinn, als der wirtschaftende Staat in solchen Fällen im Bereich des Datenschutzes gleichen Bedingungen wie die privaten Wirtschaftsteilnehmer unterstellt ist¹²⁹.
- Würde der Gesetzgeber öffentliche Organe immer dann vom Geltungsbereich der Datenschutzgesetze ausnehmen, wenn sie sich in irgendeiner Art von Wettbewerbssituation befinden, würde dies zu praktisch unlösbaren *Abgrenzungsproblemen* führen. Es müsste in Bezug auf jede staatliche Dienstleistung entschieden werden, ob das öffentliche Organ in einem Wettbewerb steht. Dabei müsste wohl mit graduellen Kriterien gearbeitet werden, was zu beträchtlichen Rechtsunsicherheiten führen würde. All dies kann offensichtlich nicht Sinn und Zweck der Ausnahmeregelung der Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb sein.

¹⁰⁶ Demzufolge ist der datenschutzrechtliche Ausnahmetatbestand der Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb *ausschliesslich auf privatwirtschaftliche Tätigkeiten öffentlicher Organe anwendbar*. Öffentliche Organe sollen von der kantonalen Datenschutzaufsicht ausgenommen sein, wenn sie in Konkurrenz zu privaten Anbietern am freien Markt auftreten und damit wie Private handeln. Dagegen kommt die Voraussetzung der Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb in keinem Fall zur Anwendung, wenn Verwaltungsträger öffentliche Aufgaben erfüllen. Soweit sie dabei untereinander und allenfalls mit Dritten in einem Wettbewerb stehen, handelt es sich nicht um einen (privat-)wirtschaftlichen Wettbewerb im Sinne der kantonalen Datenschutzgesetzgebung, sondern um einen Wettbewerb zwischen Trägern öffentlicher Aufgaben. Wer im Auftrag des Kantons öffentliche Aufgaben erfüllt, untersteht damit stets dem kantonalen Datenschutzrecht und folglich der kantonalen Datenschutzaufsicht.

¹²⁹ Dazu oben Rz. 14 f.

53 Nicht-hoheitliches bzw. privatrechtliches Handeln

Mit der Feststellung, dass Träger öffentlicher Aufgaben nicht am wirtschaftlichen Wettbewerb im Sinne der kantonalen Datenschutzgesetzgebung teilnehmen, erübrigt sich die Frage, ob Spitäler bei der Erbringung von stationären OKP-Leistungen «*nicht hoheitlich*» bzw. «*privatrechtlich*» handeln. Denn die Voraussetzungen der «Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb» und des «nicht-hoheitlichen» bzw. «privatrechtlichen» Handelns müssen *kumulativ* erfüllt sein, um eine Ausnahme von der kantonalen Datenschutzaufsicht zu begründen. ¹⁰⁷

Ergänzend sei dennoch bemerkt, dass der *Begriff des hoheitlichen Handelns* ¹⁰⁸ mehrdeutig ist und vom Bundesgericht nicht einheitlich verwendet wird. Drei Begriffsverständnisse lassen sich unterscheiden:

- Ein enges Verständnis stellt auf den Zwangscharakter staatlichen Handelns ab. Hoheitliches Handeln bedeutet danach *Ausübung staatlichen Zwangs*, unabhängig vom Willen oder sogar gegen den Willen betroffener Personen¹³⁰. Entsprechend wären lediglich Zwangsbehandlungen oder Zwangsuntersuchungen an Spitälern als hoheitlich zu qualifizieren, nicht aber Behandlungsverhältnisse, denen Patienten oder vertretungsberechtigte Personen zustimmen.
- Nach einem etwas weiteren, auch in der Lehre verbreiteten Verständnis heisst hoheitliches Handeln *einseitiges und verbindliches Handeln* staatlicher Aufgabenträger gegenüber Privaten, die sich dabei in *Subordination* zum Staat befinden¹³¹. Hoheitliches Handeln umfasst demnach die Befugnis, einseitig (von Amtes wegen oder auf Gesuch hin) öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten von Privaten festzulegen – d.h. zu verfügen. Entsprechend werden Verfügungen auch als «Hoheitsakte» bezeichnet¹³². Auch nach diesem Verständnis wären die im Rahmen von Leistungsaufträgen erbrachten stationären Leistungen grundsätzlich nicht als hoheitlich zu qualifizieren, sofern man die rechtliche Grundlage für das

¹³⁰ In diesem Sinn BGE 121 I 230 E. 3g/dd S. 239: Die Honorarabgabe zulasten von Belegärzten ist keine «hoheitliche Abgabe», da die Tätigkeit als Belegarzt freiwillig ist.

¹³¹ BGE 114 V 219 E. 3c S. 221. Aus der Lehre namentlich TOBIAS JAAG, Hoheitliche und nicht-hoheitliche staatliche Tätigkeiten, in: Peter Hänni (Hrsg.), Mensch und Staat, Festschrift für Thomas Fleiner, Freiburg 2003, 619-637, S. 633; ANDREAS LIENHARD, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Bern 2005, S. 211 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 15), Rz. 22 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 15), § 27 Rz. 11.

¹³² Statt vieler BGE 136 I 229 E. 2.3 S. 232 (in Anlehnung an die altrechtliche staatsrechtliche Beschwerde, deren Anfechtungsobjekt als «Hoheitsakt» bezeichnet wurde).

Behandlungsverhältnis zwischen Spital und Patient in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag (und nicht in einer Verfügung) erblickt¹³³.

- Eine noch weitere Begriffsauffassung versteht unter hoheitlichem Handeln nichts anderes als Handeln in *Ausübung öffentlicher Aufgaben*¹³⁴. Demnach wären alle im Rahmen von Leistungsaufträgen erbrachten Spitalleistungen hoheitlicher Natur.

109 Eine historische und rechtsvergleichende Auslegung der kantonalen Datenschutzgesetze spricht dafür, den Ausdruck «hoheitlich» im letztgenannten Sinn zu verstehen¹³⁵. «Nicht hoheitlich» heisst entsprechend im Kontext des Datenschutzrechts «*nicht in Erfüllung öffentlicher Aufgaben*»¹³⁶. Die Begriffe «Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb» und «nicht hoheitlich» bedeuten demnach letztlich dasselbe: Staatliche Organe, die nicht in Erfüllung öffentlicher Aufgaben – d.h. privat – handeln, sind vom kantonalen Datenschutzrecht ausgenommen. Dazu gehören beispielsweise die privatwirtschaftlichen Tätigkeiten der folgenden, teilweise auch in den Materialien zu kantonalen Datenschutzgesetzen erwähnten öffentlichen Unternehmen von Kantonen:

- Tätigkeiten von Kantonalbanken¹³⁷;
- Angebote von Gebäudeversicherungen ausserhalb des Monopolbereichs wie etwa die Wasserschaden-Zusatzversicherung¹³⁸;
- Dienstleistungen, welche kantonale Elektrizitätswerke oder Verkehrsbetriebe freiwillig am Markt erbringen¹³⁹;

¹³³ So zu Recht LUKAS BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenschutz*, Zürich 1996, S. 46; HOFER/SCHMID-GEENE (Fn. 27), S. 198 f.

¹³⁴ In diesem Sinn BGE 128 I 280 E. 3 S. 281: öffentliche Beurkundung durch Notare als «amtliche, hoheitliche Tätigkeit». Dazu kritisch namentlich MATTHIAS OESCH, *Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU*, in: SZIER 2011 583 S. 618 ff. Vgl. demgegenüber BGE 129 I 207 E. 5 S. 214 f.: Das Bundesgericht qualifizierte in dieser Entscheid – mit Blick auf Art. 6 EMRK und die Praxis der Organe der Europäischen Union – die Tätigkeit von Mittelschullehrern an öffentlichen Schulen nicht als hoheitliche Tätigkeit, «weil es sich beim Vermitteln von Schulbildung – obschon dies zu den zentralen Aufgaben unseres Staatswesens gehört – nicht um eine der öffentlichen Hand vorbehaltene Aktivität handelt».

¹³⁵ Dazu oben Rz. 14.

¹³⁶ So explizit § 2 Abs. 3 Satz 1 IDAG/AG.

¹³⁷ Vgl. Vortrag der Justizdirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates des Kantons Bern vom 2. Oktober 1985 betreffend das Datenschutzgesetz, S. 3; Ratschlag Nr. 08.0637.01 des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 10. Februar 2009 betreffend Informations- und Datenschutzgesetz, S. 18.

¹³⁸ Vgl. Ratschlag Nr. 08.0637.01 des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 10. Februar 2009 betreffend Informations- und Datenschutzgesetz, S. 18.

¹³⁹ Vgl. Auszug aus dem Protokoll des Stadtrates Zürich vom 10. September 2008 zum Öffentlichkeitsgrundsatz, Nr. 1053, S. 3.

- Vermietung von Liegenschaften zu Marktpreisen durch kantonale Liegenschaftsverwaltungen, sofern die Liegenschaften Finanzvermögen darstellen, d.h. nicht unmittelbar durch ihren Gebrauchswert der Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben dienen¹⁴⁰.

Abschliessend sei betont, dass auch ein *engeres Verständnis* des Begriffs «hoheitlich» im Sinne von Verfügungshandeln oder gar staatlicher Zwangsausübung nichts am Ergebnis ändern würde: Spitäler sind in keinem Fall vom Geltungsbereich kantonaler Datenschutzgesetze ausgenommen, wenn sie öffentliche Aufgaben erfüllen. Denn wer öffentliche Aufgaben erfüllt, ist öffentlich – und nicht privatwirtschaftlich – tätig und nimmt damit von vornherein nicht am (privat-)wirtschaftlichen Wettbewerb teil. Ob die Tätigkeit zudem nicht-hoheitlich ist, spielt wie erwähnt keine Rolle, wenn bereits das Erfordernis der Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb nicht erfüllt ist¹⁴¹.

¹⁴⁰ Zu den Begriffen des Finanz- und Verwaltungsvermögens statt vieler TSCHANNEN/ZIMMELI/MÜLLER (Fn. 15), § 48 Rz. 12 ff.

¹⁴¹ Vgl. oben Rz. 107.

6 Einheitliche Betrachtung?

- 111 Gemäss den vorstehenden Ausführungen (Kap. 4 und 5) erfüllen Spitäler in folgenden Bereichen übliche Aufgaben im Auftrag der Kantone und unterstehen folglich – unabhängig von ihrer Rechtsform – der *kantonalen Datenschutzaufsicht*:
- stationäre OKP-Leistungen von Listenspitälern im Rahmen krankensicherungsrechtlicher Leistungsaufträge;
 - stationäre Leistungen aus anderen Sozialversicherungen (IV, UV, MV), soweit diesbezüglich kantonalrechtliche Leistungsaufträge bestehen;
 - ambulante Leistungen, soweit diesbezüglich kantonalrechtliche Leistungsaufträge bestehen;
 - zusatzversicherte Leistungen, wenn dafür ein Sockelbeitrag aus der Grundversicherung geschuldet ist;
 - Leistungen der Lehre und Forschung, soweit diesbezüglich kantonalrechtliche Leistungsaufträge bestehen (wie vor allem im Bereich der universitären Lehre und Forschung);
 - Notfalldienste im Rahmen von Leistungsaufträgen.
- 112 Ausserhalb der genannten Bereiche sind Spitäler demgegenüber privatwirtschaftlich tätig und damit grundsätzlich der Datenschutzgesetzgebung des Bundes und entsprechend der *Aufsicht des EDÖB* unterstellt. Dies gilt wiederum nicht für jene Kantone, die bestimmte Organisationseinheiten des üblichen Rechts als solche der kantonalen Datenschutzaufsicht unterstellen, d.h. unabhängig davon, ob sie übliche Aufgaben erfüllen oder privatwirtschaftlich tätig sind (organisatorischer Organbegriff). Dazu gehören namentlich die Kantone Bern¹⁴², Luzern¹⁴³, Genve¹⁴⁴ und Waadt¹⁴⁵. In solchen Kantonen unterstehen übliche Spitäler auch im Bereich des privatwirtschaftlichen

¹⁴² Vgl. Art. 2 Abs. 6 Bst. a i.V.m. Art. 4 Abs. 2 Bst. a KDSG: Spitalbetriebe, die zur Zentralverwaltung gehören wie namentlich die Universitären Psychiatrischen Dienste Bern (UPD), unterstehen auch dann der kantonalen Datenschutzaufsicht, wenn sie privatwirtschaftlich tätig sind.

¹⁴³ Vgl. § 2 Abs. 8 Datenschutzgesetz/LU: Für Behörden, Dienststellen und Verwaltungseinheiten, die für ein Gemeinwesen handeln, gilt das Datenschutzgesetz unabhängig davon, ob sie übliche Aufgaben erfüllen. Entsprechend unterstehen das Luzerner Kantonsspital und die Luzerner Psychiatrie als üblich-rechtliche Anstalten generell der kantonalen Datenschutzaufsicht (vgl. auch § 6g Abs. 1 Spitalgesetz/LU).

¹⁴⁴ Vgl. Art. 3 LIPAD/GE.

¹⁴⁵ Vgl. Art. 3 LPrD/VD.

Handelns der kantonalen Datenschutzaufsicht, soweit sie unter den organisatorischen Organbegriff des kantonalen Datenschutzgesetzes fallen.

Damit wird ersichtlich, dass sich die Regelung der Datenschutzaufsicht im Spitalwesen reichlich *kompliziert und unübersichtlich* darbietet. Vor allem Patientinnen und Patienten, aber auch andere Akteure und nicht zuletzt die Spitäler selber können unter Umständen erst aufgrund rechtlicher Abklärungen und nach Konsultation von – nicht immer allgemein zugänglichen – Leistungsvereinbarungen wissen, ob eine öffentliche Aufgabe vorliegt und wer für die Datenschutzaufsicht zuständig ist. ¹¹³

Im Bereich des *Haftpflichtrechts*, wo die Rechtslage ähnlich komplex ist, hat das Bundesgericht die Kantone ermächtigt, alle in einem öffentlichen Spital vorgenommenen medizinischen Pflege- und Behandlungsmassnahmen einer einheitlichen Regelung zu unterstellen¹⁴⁶. In casu ging es um private Tätigkeiten von Chefärzten, und zwar unabhängig davon, ob diese alleine oder in Zusammenarbeit mit anderem Spitalpersonal ausgeübt wurden. Solche an sich privaten Tätigkeiten dürfen gemäss Bundesgericht dem kantonalen Staatshaftungsrecht unterstellt werden, da es sich um nebensächliche Tätigkeiten (*«occupation accessoire»*) handle und ein einheitliches Haftungsregime offensichtlich im Interesse der Patienten liege. Ein Verstoss gegen Bundesrecht (Art. 61 Abs. 1 OR) liege dabei nicht vor. ¹¹⁴

Eine einheitliche Regelung wäre im Interesse aller Beteiligten und im Sinne der Rechtssicherheit auch *im Datenschutzrecht* zu begrüssen¹⁴⁷. Allerdings ist fraglich, ob die Kantone befugt wären, sämtliche Tätigkeiten von (Listen-)Spitalern ihrer Datenschutzaufsicht zu unterstellen. Der zitierte Bundesgerichtsentscheid bezog sich auf eine nebensächliche Tätigkeit an einem öffentlichen Spital. Demgegenüber sind Listenspitäler unter Umständen überwiegend privatwirtschaftlich tätig und haben nur in Teilbereichen öffentliche Leistungsaufträge. Eine integrale Unterstellung solcher Listenspitäler unter die kantonale Datenschutzaufsicht kommt nur dann in Frage, wenn in einem Spital die Datenbearbeitung bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben von der Datenbearbeitung in privatwirtschaftlichen Bereichen technisch-organisatorisch nicht getrennt und daher eine Aufteilung der Datenschutzaufsicht *faktisch* gar nicht durchführbar ist¹⁴⁸. Andernfalls würde jedoch eine Unterstellung der pri-

¹⁴⁶ BGE 122 III 101 E. 2a S. 103 ff.

¹⁴⁷ Dazu grundlegend BEAT RUDIN, Ein Datenschutzgesetz – eine neue Aufsicht. Wege zur Verbesserung der Effizienz und Effektivität des Persönlichkeits- und Grundrechtsschutzes, in: digma 2011 18, insbesondere S. 21 (in Bezug auf Privatspitäler).

¹⁴⁸ Vgl. URS MAURER-LAMBROU/SIMON KUNZ, in: Urs Maurer-Lambrou/Nedim Peter Vogt, Basler Kommentar Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006, Art. 2, Rz. 14; URS BELSER, in: Urs Maurer-Lambrou/Nedim Peter Vogt, Basler Kommentar Datenschutzgesetz, 2. Aufl.,

vatwirtschaftlichen Datenbearbeitung unter die kantonale Datenschutzaufsicht mit dem auf private Tätigkeiten anwendbaren Datenschutzgesetz des Bundes in Konflikt geraten. Ein einheitliches Datenschutzregime für Spitäler würde insoweit eine Revision des eidgenössischen Datenschutzrechts bedingen.

Basel 2006, Art. 3, Rz. 35; YVONNE JÖHRI/DAVID ROSENTHAL, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, Art. 3, Rz. 104.

7 Schlussfolgerungen

Das vorliegende Gutachten kommt zum Ergebnis, dass Spitäler nach der Umsetzung der KVG-Revision von 2007 (neue Spitalfinanzierung) in folgenden Bereichen kantonale öffentliche Aufgaben erfüllen und damit der kantonalen Datenschutzaufsicht unterstehen: ¹¹⁶

- stationäre OKP-Leistungen von Listenspitalern im Rahmen krankensicherungsrechtlicher Leistungsaufträge;
- stationäre Leistungen aus anderen Sozialversicherungen (IV, UV, MV), soweit diesbezüglich kantonalrechtliche Leistungsaufträge bestehen;
- ambulante Leistungen, soweit diesbezüglich kantonalrechtliche Leistungsaufträge bestehen;
- zusatzversicherte Leistungen, wenn dafür ein Sockelbeitrag aus der Grundversicherung geschuldet ist;
- Leistungen der Lehre und Forschung, soweit diesbezüglich kantonalrechtliche Leistungsaufträge bestehen (wie vor allem im Bereich der universitären Lehre und Forschung);
- Notfalldienste im Rahmen von Leistungsaufträgen.

Im Bereich stationärer OKP-Leistungen erstreckt sich die Zuständigkeit des Datenschutzbeauftragten eines Kantons auch auf ausserkantonale Spitäler, soweit diese Leistungsaufträge des betreffenden Kantons erfüllen. Vorbehalten bleiben dabei interkantonale Vereinbarungen, welche die Datenschutzaufsicht über ausserkantonale Spitäler anders regeln. ¹¹⁷

Ausserhalb kantonalen Leistungsaufträge sind Spitäler privatwirtschaftlich tätig. Sie unterstehen dabei grundsätzlich der Datenschutzgesetzgebung des Bundes und entsprechend der Aufsicht des EDÖB. Dies gilt allerdings nicht für jene Kantone, die bestimmte Organisationseinheiten des öffentlichen Rechts als solche der kantonalen Datenschutzaufsicht unterstellen, d.h. unabhängig davon, ob sie öffentliche Aufgaben erfüllen oder privatwirtschaftlich tätig sind (namentlich die Kantone BE, LU, GE und VD). In solchen Kantonen unterstehen öffentliche Spitäler auch im Bereich des privatwirtschaftlichen Handelns der kantonalen Datenschutzaufsicht, soweit sie unter den organisatorischen Organbegriff des kantonalen Datenschutzgesetzes fallen. ¹¹⁸

Die erwähnten Fälle, in denen der organisatorische Organbegriff für die Datenschutzaufsicht massgebend ist, bilden jedoch die Ausnahme. Grundsätzlich ist im Spitalbereich für die Abgrenzung zwischen kantonalen und eidgenössischen ¹¹⁹

nössischer Datenschutzaufsicht entscheidend, ob Patientinnen und Patienten im Rahmen eines Leistungsauftrags behandelt werden. Das führt dazu, dass Spitäler zugleich der kantonalen Datenschutzaufsicht und dem EDÖB unterstellt sind, wenn sie sowohl öffentliche Aufgaben erfüllen als auch privatwirtschaftlich tätig sind und die Datenbearbeitung in den beiden Bereichen organisatorisch getrennt ist. Diese Situation mag als unbefriedigend erachtet werden. Sie kann jedoch nicht im Rahmen der Rechtsanwendung, sondern nur durch eine Revision der massgebenden Datenschutzgesetze bereinigt werden. Dabei müsste auch das Datenschutzgesetz des Bundes geändert werden, sofern man die kantonale Datenschutzaufsicht im privatwirtschaftlichen Bereich auf Privatspitäler ausdehnen will.

Erlass- und Materialienverzeichnis

BGBM	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz), SR 943.02.
BJ-Gutachten Spitex	Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 24. November 2005 betreffend Datenschutz im Bereich der Spitex-Dienste, VPB 70.54.
Botschaft KVG 1994	Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBI 1992 I 93 ff.
Botschaft KVG 2007	Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (Spitalfinanzierung) vom 15. September 2004, BBI 2004 5551 ff.
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.
Datenschutzgesetz/LU	Gesetz des Kantons Luzern vom 2. Juli 1990 über den Schutz von Personendaten, SRL 38.
Datenschutzgesetz/SG	Datenschutzgesetz des Kantons St. Gallen vom 20. Januar 2009, sGS 142.1.
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz, SR 235.1.
IDAG	Gesetz des Kantons Aargau vom 24. Oktober 2006 über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen, SAR 150.700.
FMG	Fernmeldegesetz vom 30. April 1997, SR 784.10.
GesG/BS	Gesundheitsgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 21. September 2011, SG 300.100.
IDG/BS	Gesetz des Kantons Basel-Stadt vom 9. Juni 2010 über die Information und den Datenschutz (Informations- und Datenschutzgesetz), SG 153.260.
IDG/ZH	Gesetz des Kantons Zürich vom 12. Februar 2007 über die Information und den Datenschutz, LS 170.4.
IVG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, SR 831.20.
KDSG/BE	Datenschutzgesetz des Kantons Bern vom 19. Februar 1986, BSG 152.04.

KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), SR 251.
Krankenpflegegesetz/GR	Gesetz des Kantons Graubünden vom 2. Dezember 1979 über die Förderung der Krankenpflege und der Betreuung von betagten und pflegebedürftigen Personen (BR 506.000).
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1995, SR 832.10.
KVG 2007	AS 2008 2049 2057, BBl 2004 5551 ff.
KVV	Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995, SR 832.102.
KV/ZH	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, SR 131.211.
LIPAD/GE	Loi de la République et canton de Genève du 5 octobre 2001 sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, RSG A 2 08.
LPrD	Loi du canton de Vaud du 11 septembre 2007 sur la protection des données personnelles, RSV 172.65.
LVG	Bundesgesetz vom 8. Oktober 1982 über die wirtschaftliche Landesversorgung (Landesversorgungsgesetz), SR 531.
MVG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über die Militärversicherung, SR 833.1.
MVV	Verordnung vom 10. November 1993 über die Militärversicherung, SR 833.11.
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220.
PBG	Bundesgesetz vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz), SR 745.1.
PG	Postgesetz vom 30. April 1997, SR 783.0.
PüG	Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985, SR 942.20.

RTVG	Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen, SR 784.40.
SPFG/ZH	Spitalplanungs- und -finanzierungsgesetz des Kantons Zürich vom 2. Mai 2011, LS 813.20.
Spitalgesetz/LU	Spitalgesetz des Kantons Luzern vom 11. September 2006, SRL 800a.
SpVG/BE	Spitalversorgungsgesetz des Kantons Bern vom 5. Juni 2005, BSG 812.11.
SpVV/BE	Spitalversorgungsverordnung des Kantons Bern vom 30. November 2005, BSG 812.112.
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.
SuG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG; SR 616.1)
TUG	Bundesgesetz vom 30. April 1997 über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes (Telekommunikationsunternehmensgesetz), SR 784.11.
UVG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung, SR 832.20.
UVV	Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung, SR 832.202.
VKL	Verordnung über die Kostenermittlung und die Leistungserfassung durch Spitäler, Geburtshäuser und Pflegeheime in der Krankenversicherung vom 3. Juli 2002, SR 832.104.
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, SR 221.229.1.
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz), SR 172.021.

Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux suite à la mise en œuvre du nouveau financement hospitalier

Avis de droit
réalisé sur mandat de privatim

(Deutsche Fassung ab Seite 3)

Table des matières

1	Point de la situation et mandat	59
2	Champ d'application des lois cantonales sur la protection des données	61
21	Traitement des données par des organes cantonaux	61
22	Participation à la concurrence économique	63
3	Notion de tâche publique	67
31	Doctrine et jurisprudence	67
311	Portée juridique de la notion	67
312	Acceptions de la notion dans la doctrine.....	67
313	Casuistique du Tribunal fédéral	68
32	Les différents éléments de la notion	71
321	Aperçu	71
322	Tâches (1)	72
323	Mandat du pouvoir constituant ou législatif (2)	72
324	Obligation de réalisation (3)	74
33	Critères non déterminants	77
4	Nature juridique des prestations hospitalières	82
41	Types de prestations hospitalières	82
42	Prestations hospitalières de l'assurance de base	83
421	Constitution fédérale	83
422	Droit de l'assurance-maladie	84
423	Constitutions cantonales	87
424	Lois cantonales (avant la mise en œuvre de la révision de la LAMal de 2007)	88
425	Lois cantonales (après la mise en œuvre de la révision de la LAMal de 2007)	90
426	Réalisation de mandats de prestations extra-cantonaux	92
43	Autres prestations hospitalières	93
431	Prestations hospitalières ambulatoires	93
432	Prestations complémentaires	95
433	Enseignement et recherche	96
434	Services d'urgence	97
5	Droit de la protection des données et concurrence	98
51	Concurrence dans le secteur hospitalier	98
52	Participation à la concurrence économique	99
53	Organe non investi de la puissance publique ou dont l'activité relève du droit privé	102
6	Contrôle unique ?	105
7	Conclusions	108

1 Point de la situation et mandat

Le législateur fédéral a institué un *nouveau système de financement des hôpitaux* dans le cadre de la révision partielle de la LAMal du 21 décembre 2007. La révision est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 et doit être mise en œuvre par les cantons au plus tard à la fin 2011 (financement hospitalier) et 2014 (planification hospitalière)¹.

La révision de la LAMal de 2007 a à la fois créé un nouveau système de financement hospitalier et introduit une série d'*éléments de concurrence dans le secteur hospitalier*. Il s'agit notamment du libre choix de l'hôpital, de la mise sur un pied d'égalité des hôpitaux publics et privés dans le domaine du financement hospitalier et de l'autorisation des hôpitaux conventionnés. Eu égard à ces modifications institutionnelles à l'échelon fédéral se pose la question de savoir si et dans quelle mesure les hôpitaux assument (encore) des tâches publiques suite à la révision de la LAMal de 2007. Cela dépend si les hôpitaux sont soumis au droit cantonal ou fédéral de la protection des données et si la surveillance des hôpitaux relève par conséquent de la compétence du préposé cantonal ou fédéral (PFPDT) à la protection des données.

La question de savoir qui assume la surveillance de la protection des données dans les hôpitaux revêt une *importance pratique* considérable à plusieurs égards. D'une part, il s'agit de protéger des quantités importantes de données personnelles particulièrement sensibles (données des patients en lien avec les rapports thérapeutiques notamment). D'autre part, la surveillance assurée par le préposé cantonal à la protection des données est plus développée au plan juridique que celle du PFPDT, qui doit en principe se limiter à un contrôle du système dans le secteur privé (art. 29, al. 1, let. a, LPD). La proximité des entreprises inspectées plaide aussi pour les préposés cantonaux à la protection des données. De fait, la surveillance cantonale devrait généralement être plus efficace. Les entreprises inspectées sont donc surveillées de manière plus étroite quand elles sont soumises à la surveillance cantonale en matière de protection des données.

L'association « Commissaires suisses à la protection des données (privatim) » a *commandé* le présent avis de droit le 15 décembre 2011 afin de déterminer la surveillance de la protection des données à laquelle sont soumis les hôpitaux suite à la mise en œuvre du nouveau financement hospitalier (révision de

¹ Cf. dispositions transitoires de la modification de la LAMal du 21 décembre 2007, al. 1 et 3.

la LAMal de 2007). Ce faisant, il est nécessaire d'examiner l'ensemble des hôpitaux (hôpitaux publics, privés et extracantonaux) de même que les différents types de prestations hospitalières (prestations hospitalières et ambulatoires, prestations dans le domaine de l'assurance de base et des assurances complémentaires, etc.) et de trouver des réponses différenciées le cas échéant.

- 5 Le présent avis de droit expose tout d'abord les champs d'application des lois fédérale et cantonales sur la protection des données (chap. 2), puis la notion de tâche publique, fondamentale pour la question du droit applicable en matière de protection des données (chap. 3). Il précise dans quelle mesure les hôpitaux assument des tâches publiques en mettant en évidence la situation avant et après la mise en œuvre du nouveau financement des hôpitaux (chap. 4). Il examine en outre si l'introduction de la concurrence dans le secteur hospitalier influe sur la question de la surveillance de la protection des données (chap. 5). Il cherche ensuite à savoir si les hôpitaux qui assument en partie une tâche publique et sont en partie actifs dans le secteur de l'économie privée doivent être soumis au contrôle unique soit du préposé fédéral, soit des préposés cantonaux à la protection des données (chap. 6). Enfin, il résume les principaux résultats (chap. 7).

2 Champ d'application des lois cantonales sur la protection des données

21 Traitement des données par des organes cantonaux

La *loi fédérale sur la protection des données* régit le traitement de données⁶ personnelles effectué par des personnes privées et des organes fédéraux (art. 2, al. 1, LPD). Elle n'est donc pas applicable quand les données sont traitées par des organes cantonaux². Ce cas de figure est en principe régi par le droit cantonal de la protection des données. Sont réservées les dispositions matérielles spéciales de la Confédération en la matière, à l'instar de l'obligation, pour les fournisseurs de prestations, d'annoncer aux caisses-maladie, dans le domaine de l'assurance obligatoire des soins (AOS), les données médicales personnelles afin de vérifier le caractère économique des prestations (art. 42, al. 3 et 4, LAMa³). Il faut en outre tenir compte de l'art. 37 LPD, qui prévoit l'applicabilité de dispositions matérielles de la loi sur la protection des données si, pour l'exécution du droit fédéral, il n'existe pas de dispositions cantonales de protection des données assurant un niveau de protection adéquat.

Le champ d'application des *lois cantonales sur la protection des données* doit évoluer dans le cadre du droit fédéral supérieur⁴. En d'autres termes, ces lois cantonales doivent se limiter à réglementer le traitement des données par des organes cantonaux, tandis que le traitement des données par des organes fédéraux et des personnes privées est fixé de manière exhaustive dans la législation fédérale sur la protection des données.

Toutefois, le législateur cantonal dispose, dans la définition des organes cantonaux, d'une certaine marge de manœuvre entre les définitions organisationnelle et fonctionnelle de l'organe : la *notion organisationnelle* se fonde sur la forme juridique et compte l'ensemble des personnes juridiques de droit public avec leurs unités organisationnelles parmi les organes des collectivités publiques. La *notion fonctionnelle* repose par contre sur le fait qu'une personne assume une tâche publique, qu'il s'agisse d'une personne de droit public ou

² ATF 122 I 153 consid. 2c p. 155.

³ Cf. SONJA ANDREA FÜNFKIRCHEN, Der « Datenschutz » im KVG und die fragwürdige « ZWZ-Überprüfung » im SwissDRG-System, in : Jusletter du 30 janvier 2012.

⁴ Cf. BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in : Eva Maria Belsler/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Datenschutzrecht : Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, § 13, ch. 13.

de droit privé. Les organes publics du canton seraient donc toutes les personnes et organisations que le canton charge d'assumer des tâches publiques.

- 8 Pour l'applicabilité des lois cantonales sur la protection des données, peu importe si les organes agissants assument des tâches publiques pour un canton ou la Confédération. L'*exécution du droit fédéral* seule ne fait pas de l'organe agissant un organe de la Confédération⁵. Les aspects suivants sont déterminants : l'organe en question est-il constitué selon le droit public du canton (notion organisationnelle de l'organe), assume-t-il des tâches publiques qui lui sont confiées par le canton ou des communes, qu'il s'agisse de tâches relevant du droit cantonal ou fédéral (notion fonctionnelle de l'organe) ?
- 9 Les lois cantonales en vigueur en matière de protection des données reposent en premier lieu sur la notion organisationnelle de l'organe, mais elles l'enrichissent aussi d'une composante fonctionnelle. En d'autres termes, les lois cantonales sur la protection des données s'appliquent au premier chef au *canton et aux communes*, à leurs autorités et autres services respectifs⁶. Les *unités administratives décentralisées de droit public*, notamment les établissements dotés de la personnalité juridique, sont en partie soumises au droit cantonal de la protection des données en tant qu'organisations⁷, mais en partie seulement dans la mesure où le canton ou des communes les chargent d'assumer des tâches publiques⁸. Les *personnes privées* relèvent uniquement du champ d'application des lois cantonales sur la protection des données si elles assument des tâches publiques pour le canton ou des communes⁹.
- 10 A titre d'exemple, mentionnons la *notion d'organe mixte (organisationnelle et fonctionnelle)* de la loi sur l'information et la protection des données du canton de Zurich (Gesetz über die Information und den Datenschutz des Kantons Zürich ; IDG/ZH) :

⁵ ATF 122 I 153 consid. 2d p. 156 avec l'exemple de la privation de liberté à des fins d'assistance dans des cliniques cantonales. Voir aussi Ratschlag Nr. 08.0637.01 des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 10. Februar 2009 betreffend Informations- und Datenschutzgesetz, p. 9.

⁶ Cf. § 3, let. a et b, IDG/ZH ; art. 2, al. 6, let. a, LCPD/BE ; § 2, al. 2, let. a, IDG/BS ; art. 3, al. 1, let. a et b, LIPAD/GE ; art. 3, al. 2, let. a à d, LPrD/VD ; § 2, al. 8, Datenschutzgesetz/LU ; art. 1, al. 1, let. h, ch. 1 et 3, Datenschutzgesetz/SG.

⁷ Voir § 2, al. 2, let. b, IDG/BS ; art. 3, al. 1, let. c, LIPAD/GE ; § 2, al. 8, Datenschutzgesetz/LU ; art. 1, al. 1, let. h, ch. 2, 4 et 5, Datenschutzgesetz/SG.

⁸ Voir § 3, let. c, IDG/ZH ; art. 2, al. 6, let. b, LCPD/BE ; art. 3, al. 2, let. e, LPrD/VD.

⁹ § 3, let. c, IDG/ZH ; art. 2, al. 6, let. b, LCPD/BE ; § 2, al. 2, let. c, IDG/BS ; art. 3, al. 2, let. b, LIPAD/GE ; art. 3, al. 2, let. e, LPrD/VD ; § 2, al. 8, Datenschutzgesetz/LU ; art. 1, al. 2, Datenschutzgesetz/SG.

« § 2. *Geltungsbereich*

¹ *Dieses Gesetz gilt für die öffentlichen Organe. Für die Gerichte gilt es nur, soweit sie Verwaltungsaufgaben erfüllen.*

(...).

§ 3. *Begriffe*

In diesem Gesetz bedeuten:

Öffentliche Organe:

- a. *Der Kantonsrat, die Gemeindeparlamente sowie die Gemeindeversammlungen,*
- b. *Behörden und Verwaltungen des Kantons und der Gemeinden,*
- c. *Organisationen und Personen des öffentlichen und privaten Rechts, soweit sie mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraut sind.*

(...). »

22 Participation à la concurrence économique

Plusieurs lois cantonales sur la protection des données prévoient une exclusion du champ d'application si un organe public est « *en situation de concurrence économique* » et s'il n'agit pas en tant qu'organe investi de la puissance publique¹⁰ ou que ses activités relèvent du droit privé¹¹. D'autres lois cantonales en la matière ne connaissent pas de telle exception¹². La loi du canton de Berne sur la protection des données comporte une réglementation particulière : elle déclare uniquement inapplicables les dispositions de droit matériel et non les dispositions de la loi en matière de surveillance « au cas où une autorité est en concurrence économique avec des personnes de droit privé et qu'elle n'agit pas en tant qu'organe investi de la puissance publique »¹³. Dans le canton de Berne, les autorités cantonales sont donc aussi soumises à la surveillance du préposé cantonal à la protection des données si elles sont en concurrence économique et qu'elles n'agissent pas en tant qu'organes investis de la puissance publique.

Eu égard à la question de la surveillance de la protection des données, il est ainsi nécessaire de clarifier ce que signifient les clauses d'exception « en

¹⁰ *Nicht hoheitlich* en allemand, p. ex. § 2, al. 2, IDG/ZH ; art. 2, al. 2, let. a, Datenschutzgesetz/SG.

¹¹ *Privatrechtlich* en allemand, § 2, al. 2, let. a, IDG/BS.

¹² Notamment les lois sur la protection des données des cantons de Genève, Vaud et Lucerne.

¹³ Art. 4, al. 2, let. a, LCPD/BE.

situation de concurrence économique » et activité exercée par un organe « non investi de la puissance publique » ou « de droit privé ». En premier lieu, on peut préciser que les notions « non investi de la puissance publique » (« nicht hoheitlich ») et « de droit privé » (« privatrechtlich ») sont synonymes dans le présent contexte. C'est ce qui découle, d'une part, d'une étude comparative des lois sur la protection des données dans les cantons de Bâle-Ville (« privatrechtlich »), Zurich, Saint-Gall et Berne (« nicht hoheitlich »). D'autre part, il résulte des travaux préparatoires des différentes lois sur la protection des données que les notions ont la même signification¹⁴.

- ¹³ Sur le fond, ces trois notions portent sur l'*administration en situation de concurrence économique*¹⁵, qui a cours lorsque des unités administratives de l'Etat (autorités centrales ou organisations décentralisées) prennent part à la concurrence privée, c.-à-d. proposent des produits et prestations sur le marché. Ces unités agissent de leur propre initiative pour réaliser des bénéfices et non sur mandat de l'Etat. L'administration en situation de concurrence économique ne sert pas directement à assumer des tâches publiques, mais vise la réalisation de produits financiers et l'obtention de valeurs en capital. Exemples d'activités privées d'entreprises publiques : activités des banques cantonales, prestations privées des entreprises électriques ou des assurances immobilières de l'Etat¹⁶.
- ¹⁴ Il découle sans équivoque des *travaux préparatoires* correspondants que les dispositions d'exception en question dans les lois cantonales sur la protection des données se réfèrent à l'administration en situation de concurrence économique :

¹⁴ Ratschlag des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 11. Februar 2009 betreffend Informations- und Datenschutzgesetz, p. 11 : « Der in § 3 Abs. 3 DSG enthaltene Begriff 'nicht hoheitlich', wird durch 'privatrechtlich' ersetzt, da er in der Praxis immer wieder zu Diskussionen Anlass gab und letzterer viel klarer ist (vgl. auch Art. 23 DSG-Bund, SR 235.1). » ; Botschaft und Entwurf der Regierung des Kantons St. Gallen zum Datenschutzgesetz vom 20. Mai 2008, p. 11 : « Keine Anwendung findet das Datenschutzgesetz nach Art. 2 Abs. 2 Bst. a GE, wenn das öffentliche Organ am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnimmt und dabei nicht hoheitlich handelt, das heisst, wenn es privatrechtlich tätig ist. In diesem Fall gelten gleichermassen wie für die privatrechtliche Tätigkeit von Bundesorganen die Bestimmungen des Datenschutzgesetzes des Bundes für die Bearbeitung von Personendaten durch private Personen (vgl. Art. 23 Abs. 1 eid-gDSG). »

¹⁵ Sur la notion d'« administration en situation de concurrence économique » (anc. « régime de concurrence fiscale »), voir PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., Bern 2009, § 4, ch. 12 ss. Sur celle d'activité de l'Etat non investie de la puissance publique et de droit privé – « hoheitliches Handeln », « privatrechtliches Handeln », voir ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Zürich 2010, ch. 24 ss, 272 ss.

¹⁶ Voir les autres exemples chez HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 15), ch. 25. Sur les banques cantonales, voir aussi ATF 120 II 321 consid. 2d p. 325 s.

- Ad art. 4, al. 2, let. a, LPCD/BE : « Concerne avant tout la Banque cantonale et la Caisse hypothécaire. Ces deux instituts seront soumis à la future loi fédérale sur la protection des données dans le domaine privé ; jusqu'à l'entrée en vigueur de cette loi fédérale, ils devront respecter les dispositions du Code civil garantissant la protection de la personnalité et jouissent ainsi du même traitement que les autres banques. »¹⁷
- Ad § 2, al. 2, IDG/ZH : « Ausgenommen von der Geltung des IDG sind öffentliche Organe, die am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen und dabei nicht hoheitlich handeln. Dies trifft beispielsweise auf ewz zu, soweit es am Markt Dienstleistungen für Dritte erbringt, ebenso auf die VBZ, soweit diese im Auftrag Dritter (z. B. Verkehrsbetriebe Glattal) Tram- und Buslinien betreiben oder andere Dienstleistungen erbringen. »¹⁸
- Ad § 2, al. 2, let. a, IDG/BS : « Mit 'privatrechtlich' ist – wie bisher – gemeint als Anbieter in Konkurrenz zu anderen Anbietern, wie z.B. die Basler Kantonalbank zu anderen Banken oder die Gebäudeversicherung ausserhalb des Monopolbereichs, wie bei der Wasserschaden-Zusatzversicherung. Handelt ein öffentliches Organ (z.B. die Kantonalbank) nur privatrechtlich, ist sie immer 'Private'. Das Bearbeiten von Personendaten durch solche Organe fällt in den Geltungsbereich des Bundesdatenschutzgesetzes (DSG-Bund), und es besteht keine Veranlassung, diesen Organen andere Transparenzpflichten aufzuerlegen als ihren Konkurrenten. »¹⁹

Ces passages montrent pourquoi l'administration en situation de concurrence économique doit être entièrement ou partiellement, comme dans le canton de Berne, exclue du champ d'application du droit cantonal de la protection des données : elle a pour but de donner aux organes cantonaux *de mêmes moyens* en matière de protection des données s'ils prennent part à l'activité économique en concurrence avec des prestataires privés.

Si les lois cantonales sur la protection des données excluent l'administration en situation de concurrence économique du champ d'application, elles reposent en fin de compte entièrement sur la *notion fonctionnelle de l'organe* : les

¹⁷ Rapport du 2 octobre 1985 présenté par la Direction de la justice au Conseil-exécutif, à l'intention du Grand Conseil, concernant la loi sur la protection des données, p. 3.

¹⁸ Auszug aus dem Protokoll des Stadtrates Zürich vom 10. September 2008 zum Öffentlichkeitsgrundsatz, Nr. 1053, p. 3.

¹⁹ Ratschlag des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 11. Februar 2009 betreffend Informations- und Datenschutzgesetz, p. 18. Voir aussi ce qui suit juste après : « Handelt ein öffentliches Organ teils hoheitlich, teils privatrechtlich (z.B. die Gebäudeversicherung öffentlich-rechtlich im Monopolbereich und privatrechtlich bei der Anstellung der Mitarbeitenden und bei Versicherungsprodukten ausserhalb des Monopolbereichs), dann untersteht es für das jeweilige Handeln dem kantonalen Recht bzw. als Private dem Bundesdatenschutzgesetz. »

personnes et organisations de droit public et privé sont ainsi soumises au droit cantonal de la protection des données si elles assument des tâches publiques – mais pas si elles agissent en privé ou comme des personnes privées²⁰. Dans l'ensemble, on constate que cette question a une importance primordiale pour l'applicabilité du droit cantonal de la protection des données. Il faut donc clarifier ci-après la signification de la notion de tâche publique en détail.

²⁰ Ce qui ressort clairement du § 2, al. 3, phrase 1, IDAG/AG : « Dieses Gesetz gilt nicht für öffentliche Organe, soweit sie am wirtschaftlichen Wettbewerb teilnehmen und dabei *nicht in Erfüllung öffentlicher Aufgaben handeln* » (mise en évidence par l'auteur).

3 Notion de tâche publique

31 Doctrine et jurisprudence

311 Portée juridique de la notion

Comme nous l'avons vu, la notion de tâche publique a une portée décisive¹⁷ pour le champ d'application des lois cantonales sur la protection des données et, par conséquent, de la surveillance cantonale en la matière. Elle joue aussi un rôle important pour l'application des lois *dans d'autres domaines*, notamment le droit de la responsabilité de l'Etat²¹, de la procédure administrative²², des marchés publics et du marché intérieur²³ ou des subventions²⁴.

Par ailleurs, la notion de tâche publique – et les notions apparentées de « tâche de l'Etat » ou « tâche de l'administration » – a une *portée constitutionnelle*. En vertu de l'art. 35, al. 2, Cst., quiconque assume une tâche publique (« tâche de l'Etat ») est tenu de respecter les droits fondamentaux. L'art. 178, al. 3, Cst. exige en outre une base légale formelle pour confier des tâches publiques (« tâches de l'administration ») à des organismes et personnes qui sont extérieurs à l'administration fédérale. Au niveau cantonal, plusieurs constitutions comprennent des catalogues définissant les tâches publiques du canton et des communes²⁵.

312 Acceptions de la notion dans la doctrine

Eu égard à sa portée juridique, il est étonnant que la notion de tâche publique présente encore des *contours flous* et ne soit pas utilisée de manière uniforme²⁶.

²¹ Cf. art. 146 Cst. : « dans l'exercice de leurs fonctions ». Puis ATF 122 III 101 consid. 2a/aa p. 104 avec renvois.

²² Cf. art. 1, al. 2, let. e, PA : applicabilité de la PA à « d'autres autorités ou organisations indépendantes de l'administration fédérale, en tant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées par la Confédération ».

²³ Cf. art. 2, al. 2, art. 5, art. 8, al. 1 et art. 11, al. 1, LMI. Puis ATF 125 I 209 consid. 6b p. 213 ; 135 II 49 consid. 4.3.2 p. 54 s.

²⁴ Cf. art. 3 LSU : distinction entre aides financières et indemnités.

²⁵ Notamment art. 95 s. KV/ZH.

²⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 15), § 1, ch. 14 conseillent par conséquent d'éviter la notion en raison de l'équivoque possible.

- ²⁰ La doctrine comprend en partie la notion *au sens large* en qualifiant de tâches publiques toute tâche relevant de l'intérêt public²⁷. Au sens *strict*, elle place par contre la notion au niveau de celle de tâche de l'Etat²⁸. Les tâches étatiques sont communément définies comme des tâches attribuées aux autorités de l'Etat (parlements, tribunaux, gouvernement ou administration) par la constitution et la loi²⁹. Si elles sont effectuées par des autorités administratives, on parle de « tâches de l'administration »³⁰.

313 Casuistique du Tribunal fédéral

- ²¹ A ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas non plus mis au point de notion uniforme et suffisamment précise de la tâche publique. Néanmoins, il s'est prononcé sur la qualification de certaines tâches comme tâches publiques, tâches de l'Etat ou de l'administration dans nombre d'arrêts, dont il faut déduire la notion de tâche publique. D'un point de vue méthodologique, il s'agit de reconstruire la notion générale de tâche publique qui sous-tend la pratique du Tribunal fédéral. Il est nécessaire de dégager des critères généraux qui cadrent avec la compréhension de la notion dans l'ensemble ou du moins la plupart des arrêts du Tribunal fédéral en la matière. L'*analyse reconstructive de la notion de tâche publique* se fonde sur la casuistique suivante du Tribunal fédéral, classée par thèmes. A noter que tous les cas mentionnés dans le secteur hospitalier remontent à l'ancien régime de financement des hôpitaux.

²⁷ Notamment ANDREAS MÜLLER, Staats- und verwaltungsrechtliche Kriterien für die Privatisierung von Staatsaufgaben, in : PJA 1998 65 p. 66 ; MONIQUE WEBER-MANDRIN, Öffentliche Aufgaben der Kantonsverfassungen, Zürich 2001, p. 18 ss ; PETER UEBERSAX, Privatisierung der Verwaltung, in : ZBI 2001 393 p. 395 ; MARTIN HOFER/SASKIA SCHMID-GEENE, Die Haftung privatisierter Spitäler – ein Überblick, in : HAVE/REAS 2002 196 p. 197 ; URS ACHERMANN, Privatisierung im öffentlichen Verkehr, Zürich 2008, p. 46 s.

²⁸ Notamment FELIX UHLMANN, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Basel 1997, p. 230 ; STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, Zürich 2000, p. 30 ; MARKUS HEER, Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private, Zürich 2006, p. 95 s ; ALAIN THIÉBAUD, Die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf verwaltungsexterne Rechtsträger nach Massgabe der neuen Züricher Kantonsverfassung, in : ZBI 2008 509 p. 511. Voir aussi FELIX HAFNER, Staatsaufgaben und öffentliche Interessen – ein (un)geklärtes Verhältnis ?, in : BJM 2004 281, p. 297 s ; KURT NUSPLIGER, in : Stephan C. Brunner/Luzius Mader (Hrsg.), Handkommentar Öffentlichkeitsgesetz, Bern 2008, Art. 5, ch. 19.

²⁹ PHILIPP HÄSLER, Geltung der Grundrechte für öffentliche Unternehmen, Bern 2005, p. 71 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 15), § 1, ch. 14.

³⁰ THOMAS SÄGESSER, Handkommentar Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, Bern 2007, Art. 2, ch. 119 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 15), § 1, ch. 18.

Domaine des hôpitaux et de la santé :

- Le traitement des patients dans les hôpitaux publics est considéré comme une tâche publique³¹.
- Par contre, l'activité médicale privée des médecins-chefs dans les hôpitaux publics n'est pas une tâche publique³².
- Le traitement de patients dans une clinique psychiatrique ayant la forme juridique d'une société anonyme privée relève de la tâche publique, car il est entrepris sur la base d'un mandat de prestations du canton, qu'il est facturé selon des tarifs définis officiellement et qu'il est soumis à un contrôle public³³.
- La décision relevant de la planification hospitalière de ne plus subventionner un hôpital constitué en société de droit privé mais subventionné par des fonds publics ou de le faire à d'autres conditions affecte cet hôpital dans une tâche publique³⁴.
- Les hôpitaux publics et les hôpitaux subventionnés par des fonds publics assument des tâches publiques dans le domaine de l'assurance de base³⁵.
- Dans le domaine de l'assurance de base, les caisses-maladie sont des organes de l'administration indirecte de l'Etat et, en cette qualité, elles assument une tâche étatique (pratique de l'assurance-maladie sociale)³⁶.
- Les centres d'observation médicale (COMAI) qui réalisent des expertises médicales pour le compte des assurances sociales accomplissent une tâche publique en l'espèce, même si elles forment des sociétés de capitaux à but lucratif³⁷.

³¹ ATF 122 III 101 consid. 2a/aa p. 104 avec renvois.

³² Cf. ATF 111 II 149 II consid. 5 p. 153 ss ; 112 Ib 334 consid. 2 p. 336 ss ; 115 Ib 175 consid. 2 p. 179 ; 122 III 101 consid. 2a/aa p. 104. – Bien que l'activité médicale privée des médecins-chefs dans les hôpitaux publics ne constitue pas une tâche publique en soi, elle est soumise au droit cantonal de la responsabilité de l'Etat en vertu des arrêts précités lorsque du personnel hospitalier supplémentaire est impliqué dans le rapport thérapeutique ou que le droit cantonal le prévoit ainsi (principe de l'unité de la base régissant la responsabilité).

³³ ATF 122 I 153 consid. 2e p. 156 s.

³⁴ ATF 121 I 218 consid. 3 p. 221 ss.

³⁵ ATF 132 V 6 consid. 2.5.4 p. 15 s.

³⁶ ATF 124 V 393 consid. 2c p. 399.

³⁷ ATF 137 V 210 consid. 2.4.3 p. 239.

23 Service public³⁸ :

- La SSR, une association de droit privé, assume un mandat de service public dans le domaine des programmes, mais pas dans celui de la publicité. En effet, ni la Constitution ni la loi ni la concession ne l'obligent à recourir à la publicité comme moyen de financement³⁹.
- La Poste assume une tâche étatique uniquement dans le domaine du service universel (au sens de l'art. 92, al. 2, Cst.), mais pas dans celui des services libres⁴⁰.
- Le service universel dans le domaine des télécommunications, que Swisscom doit fournir en tant que concessionnaire en la matière, est une tâche publique⁴¹.
- La commune de Davos a conclu un contrat d'approvisionnement avec EWD Elektrizitätswerk Davos AG, en vertu duquel l'entreprise est tenue d'approvisionner les consommateurs sur l'ensemble du territoire communal (raccordement, distribution et vente d'électricité). EWD assume ainsi une tâche publique⁴².
- L'enlèvement des ordures ménagères peut être considéré comme une tâche publique à part entière sans représenter une simple activité accessoire de l'élimination des déchets dans son ensemble. Les cantons peuvent toutefois le caractériser comme une activité accessoire dans le cadre de l'accomplissement d'une tâche publique⁴³.

24 Utilisation des choses du domaine public :

- La mise à disposition de patrimoine administratif à des fins commerciales par des personnes privées s'apparente à une tâche publique, même par le biais de contrats de droit privé⁴⁴.
- En autorisant l'utilisation du domaine public pour organiser une fête populaire, la commune de La Chaux-de-Fonds n'a pas confié de tâche

³⁸ A ce propos, voir aussi l'art. 43a, al. 4, Cst. : « Les prestations de base doivent être accessibles à tous dans une mesure comparable. » comme principe applicable lors de « l'accomplissement des tâches étatiques » (titre de l'article).

³⁹ ATF 123 II 402 consid. 2 et 3 p. 406 ss.

⁴⁰ ATF 129 III 35 consid. 5.2 p. 40.

⁴¹ ATF 127 II 8 consid. 4c p. 17.

⁴² ATF 131 II 1 consid. 3.2 p. 6.

⁴³ ATF 134 II 297 consid. 3.3 p. 302.

⁴⁴ ATF 127 I 84 consid. 4c p. 89 s concernant les transports publics lucernois (Verkehrsbetriebe Luzern), qui mettent leurs véhicules à la disposition de privés comme support publicitaire.

publique au requérant, une association de droit privé. Car il serait possible de renoncer à l'activité si l'association ne s'en occupait pas⁴⁵.

- L'attribution d'emplacements – n'appartenant pas au domaine public – à la foire internationale ART Basel par l'organisateur, une société d'économie mixte, ne s'apparente pas à une tâche publique⁴⁶.

Octroi de concessions :

25

- L'octroi d'une concession de monopole ou d'usage privatif ne constitue pas de délégation d'une tâche publique⁴⁷.
- La promotion de la mobilité douce est une tâche publique tandis que la mise à disposition de vélos en libre-service par des concessionnaires est un moyen de l'accomplir⁴⁸.

Divers :

26

- La Banque nationale reste liée à sa mission publique au sens large quand elle agit en tant que société anonyme de droit privé. Elle doit donc respecter les droits fondamentaux constitutionnels par analogie dans ses activités de droit privé⁴⁹.
- Dresser un acte authentique est une tâche étatique, qu'un fonctionnaire ou qu'un notaire ou avocat indépendant soit chargé de l'acte selon le droit cantonal⁵⁰.
- Les organisations privées qui certifient certains produits et sont accréditées par l'administration pour le faire accomplissent une tâche publique⁵¹.

32 Les différents éléments de la notion

321 Aperçu

La pratique présentée ci-dessus permet de déduire les critères sur lesquels le Tribunal fédéral se fonde pour qualifier les tâches publiques. Il convient de distinguer *trois critères* expliqués ci-après. Les tâches publiques sont donc :

⁴⁵ ATF 2P.96/2000 du 8.6.2001, consid. 4c/aa (« Braderie »).

⁴⁶ ATF 126 I 250 consid. 2c p. 255 s.

⁴⁷ ATF 125 I 209 consid. 6b p. 213 ; 135 II 49 consid. 4.3.2 p. 55.

⁴⁸ ATF 135 II 49 consid. 5.2.2 p. 58.

⁴⁹ ATF 109 Ib 146 consid. 4 p. 155.

⁵⁰ ATF 128 I 280 consid. 3 p. 281.

⁵¹ ATF 134 II 272 consid. 54 p. 285.

- (1) des tâches qui,
- (2) sur mandat du pouvoir constituant ou législatif,
- (3) doivent être accomplies.

322 Tâches (1)

- ²⁸ La notion de tâche revêt une signification triple : il s'agit tout d'abord d'*activités*, c'est-à-dire d'agir, et non de tolérer ou de s'abstenir⁵². Par conséquent, les obligations de tolérer et de s'abstenir ou les interdictions de certaines activités prévues dans le droit public ne fondent pas des tâches publiques.
- ²⁹ Ensuite, la notion de tâche comprend l'aspect de *durabilité*. Seules les activités exercées sur une certaine durée peuvent être considérées comme une tâche. Les obligations de comportement liées à une situation, comme celles de participer aux inspections des autorités ou de prêter secours aux personnes en danger de mort imminent dans des limites raisonnablement exigibles au sens de l'art. 128 CP ne sont pas des tâches (publiques)⁵³.
- ³⁰ Enfin, la notion de tâche se réfère au « si » et non au « comment » d'une activité. En d'autres termes, seules les prescriptions qui *obligent à exécuter une certaine activité* fondent des tâches, mais pas celles qui fixent les modalités d'une activité exercée librement. Ainsi, les conditions fixées dans les concessions, autorisations ou décisions d'octroi d'une subvention de même que les règles de conduite spécifiques imposées par la loi, à observer dans l'exercice d'une activité (privée), ne sont pas des tâches publiques en tant que telles. Autrement, toute personne privée qui doit observer un code de conduite de droit public dans le cadre de ses activités assumerait une tâche publique. Une telle interprétation distendrait clairement la lettre de la notion et ne serait de toute évidence pas compatible avec la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux tâches publiques.

323 Mandat du pouvoir constituant ou législatif (2)

- ³¹ Par ailleurs, les tâches publiques se caractérisent par le fait qu'elles se fondent sur un mandat du pouvoir constituant ou législatif. En d'autres termes, la tâche est précisée par des règles de droit (*générales et abstraites*). Les normes concernant les tâches peuvent être formulées de manière très abstrai-

⁵² Cf. WEBER-MANDRIN (note 27), p. 19.

⁵³ Cf. HÄSLER (note 29), p. 79.

te⁵⁴ ou présenter une forte densité normative et être concrétisées jusqu'au niveau de l'ordonnance et de la directive⁵⁵.

Pour être inscrites dans la Constitution ou la loi, les tâches publiques doivent revêtir un *intérêt public*. Aussi ne faut-il pas le comprendre comme un critère déterminant de la tâche publique mais, à l'instar de chaque intervention de l'Etat, comme une condition préalable qui va de soi (cf. art. 5, al. 2, Cst.)⁵⁶.

En règle générale, le mandat du pouvoir constituant ou législatif s'adresse aux *autorités de l'Etat au sens organisationnel* (parlement, gouvernement, administration centrale et tribunaux). Le mandat du législateur visant l'accomplissement d'une tâche publique peut cependant aussi s'adresser directement à des tiers (unités administratives décentralisées ou personnes privées). Exemples : mandat légal de prestations attribué à la SSR⁵⁷ ; mandat, inscrit dans la loi sur la transplantation, de la fondation de droit privé Swiss-transplant concernant la tâche publique de l'attribution d'organes⁵⁸ ; délégation de la tâche publique de dresser les actes authentiques aux notaires⁵⁹.

Les autorités de l'Etat peuvent confier à des tiers les tâches que leur attribuent la Constitution ou la loi dans les limites de la jurisprudence. Une telle délégation de tâches publiques à des tiers nécessite dans tous les cas une base légale formelle (cf. art. 178, al. 3, Cst.). L'acte de délégation peut être une décision ou un contrat de droit administratif ; on le qualifie d'ordinaire de « *mandat de prestations* »⁶⁰.

Aucune tâche publique n'est déléguée si l'administration se procure les moyens nécessaires pour accomplir ses tâches publiques auprès de personnes privées. Il faut clairement faire la distinction entre délégation de tâches et financement. Ce dernier est soumis à la législation sur les marchés publics (droit de soumission). C'est à l'autorité administrative de décider en toute

⁵⁴ P. ex. l'art. 163, al. 1, Cst. : « L'Assemblée fédérale édicte les dispositions fixant des règles de droit sous la forme d'une loi fédérale ou d'une ordonnance. »

⁵⁵ P. ex. les tâches publiques dans le domaine du service universel en matière de services postaux et de télécommunications, dans le domaine de l'approvisionnement énergétique ou des médias électroniques.

⁵⁶ Cf. HEER (note 28), p. 94.

⁵⁷ Art. 24 LRTV.

⁵⁸ Art. 38 de l'ordonnance sur l'attribution d'organes (ordonnance du 16 mars 2007 sur l'attribution d'organes destinés à une transplantation ; RS 810.212.4).

⁵⁹ Cf. ATF 128 I 280 consid. 3 p. 281.

⁶⁰ Si la délégation de la tâche publique repose sur un contrat de droit administratif, celui-ci est généralement appelé « contrat de prestations » ou « convention de prestations ». Parfois, le législateur qualifie l'acte de délégation, de manière inhabituelle, de « concession », par exemple dans l'art. 14 ss LTC (concession de service universel dans le domaine des télécommunications).

indépendance si et quels moyens elle veut se procurer pour assumer ses tâches. En d'autres termes, les prestations fournies par des personnes privées ne reposent pas sur un mandat du législateur, mais uniquement sur une offre de l'administration. Dans le droit des marchés publics, les personnes privées n'accomplissent ainsi aucun mandat du législateur, mais de l'administration, non imposé par celui-ci. La notion de « *tâche administrative de soutien* »⁶¹, qui désigne aussi le financement de l'administration, l'exprime de manière appropriée⁶².

324 Obligation de réalisation (3)

- ³⁶ Le critère du mandat du législateur implique que la tâche publique doit être accomplie. Cette obligation légale de réalisation peut se manifester de deux manières : soit le législateur impose à la personne ou à l'organisation mandatée (autorités de l'Etat ou tiers) de fournir elle-même les prestations nécessaires à l'accomplissement de la tâche (*mandat légal de prestations*⁶³), soit il exige des autorités de garantir ou d'assurer l'accomplissement de la tâche (*mandat légal d'assurer une prestation*). Dans le second cas, les autorités peuvent octroyer de leur côté des mandats de prestations à des tiers qui doivent effectivement fournir les prestations exigées. Ce faisant, le législateur met des instruments de pilotage à la disposition des autorités afin de garantir la fourniture de prestations, par exemple une offre suffisante de prestations du service universel. Il peut s'agir d'instruments relevant de la puissance publique, telle la possibilité d'obliger des entreprises à fournir des

⁶¹ Voir HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 15), ch. 279.

⁶² Dans l'ATF 134 II 297, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question de savoir si une entreprise de transports privée chargée par des communes de Haute-Engadine d'enlever les ordures ménagères exécutait une tâche publique ou simplement une activité auxiliaire. Ce faisant, il a remarqué que la délimitation entre la délégation d'une tâche véritablement publique et d'une simple activité auxiliaire n'est pas fixe (ATF 134 II 297 consid. 3.3 p. 302). On ne peut suivre cette assertion. Car la délimitation entre une tâche publique et une tâche administrative de soutien est définie selon le critère suivant, en soi évident : l'activité en question fait-elle partie du mandat du législateur ? C'était le cas en l'espèce, même si la loi cantonale déterminante chargeait notamment les communes de la collecte des déchets urbains et de leur transport vers les installations de traitement des déchets (ATF 134 II 297 consid. 3.1 p. 301). En conséquence, il aurait fallu qualifier cette activité exécutée par l'entreprise privée d'accomplissement d'une tâche publique.

⁶³ P. ex. la fourniture d'un service universel par la Poste en vertu de l'art. 2, al. 1, LPO.

prestations⁶⁴, ou d'instruments d'incitation, notamment l'octroi de subventions⁶⁵.

En tant que telles, les *subventions* ne font toutefois pas d'une activité une tâche publique. Est déterminante la question de savoir si l'activité concernée est liée à une obligation légale de réalisation, donc si le bénéficiaire de la subvention est tenu de par la loi d'exercer l'activité subventionnée ou si les autorités ont l'obligation légale de veiller à son accomplissement. Si une telle obligation est donnée, la subvention est une *indemnité*⁶⁶. Sinon, elle prend la forme d'une *aide financière*, où une activité privée librement choisie est soutenue financièrement⁶⁷, à l'instar des paiements directs dans le domaine de l'agriculture⁶⁸. En effet, les paysans qui reçoivent des subventions ne sont pas tenus par le droit fédéral de produire certains biens agricoles, et l'Office fédéral de l'agriculture n'est pas non plus chargé de garantir la production de certains biens. Il en va différemment des prestations privées concernant l'approvisionnement économique du pays, où la Confédération a une obligation de fournir une garantie de prestation⁶⁹.

Le critère de l'obligation légale de réalisation permet de délimiter d'autres tâches publiques par rapport aux *activités privées bénéficiant d'une concession*. Les concessions de monopole ou d'usage privatif telles que les concessions d'utilisation des eaux ou de radiocommunication peuvent être liées, comme des tâches publiques, à une obligation de prestation (obligation d'exercer ou d'exploiter)⁷⁰. De telles obligations de la part des concessionnaires ne font

⁶⁴ P. ex. l'art. 14, al. 4, LTC : « S'il apparaît d'emblée que l'appel d'offres public ne pourra pas se dérouler dans des conditions de concurrence ou si l'appel d'offres ne suscite aucune candidature adéquate, la commission fait appel à un ou plusieurs fournisseurs de services de télécommunication pour assurer le service universel. »

⁶⁵ Par exemple l'indemnisation des coûts non couverts en matière de service universel assuré auprès de la population par des prestations de transports publics en vertu de l'art. 28 ss LTV. Voir le message complémentaire du 9 mars 2007 sur la réforme des chemins de fer 2, FF 2007 2524 : « Il appartient aux pouvoirs publics de garantir à la population l'accès aux prestations de transport public ('service public'). »

⁶⁶ Cf. art. 3, al. 2, LSu : « Sont des indemnités les prestations accordées à des bénéficiaires étrangers à l'administration fédérale et destinées à atténuer ou à compenser les charges financières découlant de l'accomplissement : a. de tâches prescrites par le droit fédéral ; b. de tâches de droit public déléguées par la Confédération. »

⁶⁷ Cf. art. 3, al. 1, LSu : « Sont des aides financières (aides) les avantages monnayables accordés à des bénéficiaires étrangers à l'administration fédérale aux fins d'assurer ou de promouvoir la réalisation d'une tâche que l'allocataire a décidé d'assumer. »

⁶⁸ ATAF 2010/52 753 consid. 3.4.2 p. 760.

⁶⁹ Cf. art. 3, al. 1, LAP : « Afin de se prémunir contre une menace directe ou indirecte ou contre une autre manifestation de force, la Confédération assure l'approvisionnement du pays en biens et en services d'importance vitale [...] »

⁷⁰ Dans la doctrine, certains parlent de « concessions de service public » : TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 15), § 45, ch. 20 ; il en va autrement chez HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 15), ch. 2592.

cependant pas de cette activité une tâche publique. En effet, l'obligation de prestation ne s'applique qu'à la condition qu'une entreprise se porte candidate et obtienne la concession. Les concessionnaires n'ont donc aucun mandat direct du législateur, indépendant de l'octroi de la concession, d'accomplir une certaine tâche. Pourtant, ils assument des tâches publiques selon les circonstances. C'est le cas quand le législateur, par exemple en matière de service universel pour les services de télécommunications (art. 14, al. 1, LTC), exige des collectivités publiques la garantie d'une offre suffisante de prestations soumises à concession. A défaut d'une telle obligation, l'activité bénéficiant d'une concession est de nature purement privée⁷¹.

- ³⁹ On pourrait objecter que dans le cas du mandat légal d'assurer une prestation, seule la garantie de la tâche par les autorités administratives constitue une tâche publique, et non la fourniture des prestations par des tiers. Les tiers auxquels les collectivités publiques font appel pour réaliser la tâche accompliraient ainsi seulement une tâche administrative de soutien. Une telle interprétation ne serait toutefois pas défendable, rien que sous l'angle du droit fondamental. L'Etat ne peut se soustraire à son obligation de tenir compte des droits fondamentaux en externalisant ses tâches et en les confiant à des personnes privées⁷². Le principe visé à l'art. 35, al. 2, Cst. en vertu duquel quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux serait un échec si les activités exécutées sur la base des mandats de prestations étaient classées comme des activités privées. Cela irait aussi clairement à l'encontre de la pratique du Tribunal fédéral. Celui-ci qualifie régulièrement les prestations assurées par des entreprises privées ou publiques de tâches publiques si le législateur exige des autorités de les garantir. Notamment à l'égard des prestations relevant du service universel et assurées par des hôpitaux privés subventionnés par des fonds publics⁷³, des fournisseurs de services de télécommunication⁷⁴ ou des entreprises électriques⁷⁵.

⁷¹ Cf. ATF 125 I 209 consid. 6b p. 213 ; 135 II 49 consid. 4.3.2 p. 55.

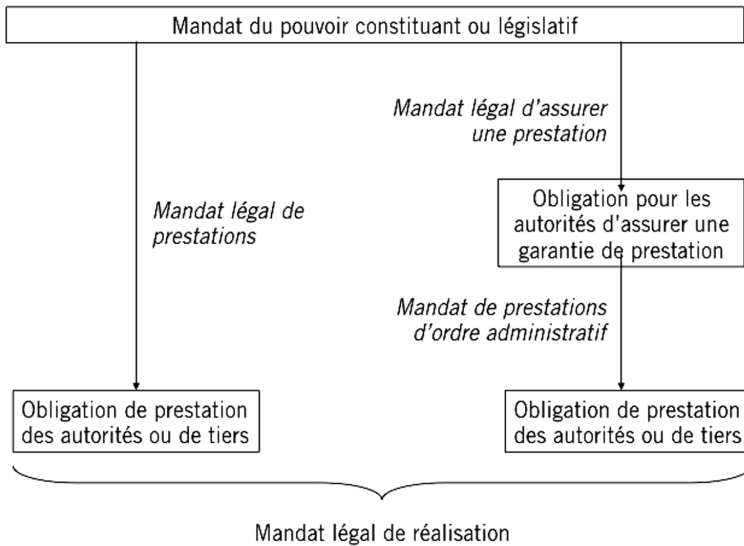
⁷² Notamment MARTIN PHILIPP WYSS, *Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit*, Bern 2001, p. 53 s ; GIOVANNI BIAGGINI, *BV-Kommentar*, Zürich 2007, art. 35, ch. 9 ss et art. 178, ch. 21 (« Die Aufgabe bleibt eine *staatliche* Aufgabe »). Voir ensuite TOBIAS JAAG, *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben : Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen*, in : Tobias Jaag (Hrsg.), *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Zürich 2000, p. 23 ss, p. 32 s ; HAFNER (note 28), p. 304 s ; THIÉBAUD (note 28), p. 511 ; VIVIANE SOBOTICH, in : Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach, *Kommentar zur Züricher Kantonsverfassung*, Zürich 2007, *Vorbemerkungen zu Art. 95-121*, ch. 9.

⁷³ ATF 121 I 218 consid. 3 p. 221 ss ; 132 V 6 consid. 2.5.4 p. 15 s. Voir aussi ATF 122 I 153 consid. 2e p. 156 s.

⁷⁴ ATF 127 II 8 consid. 4c p. 17 (concernant Swisscom).

⁷⁵ ATF 131 II 1 consid. 3.2 p. 6.

La *représentation schématique* ci-après illustre les deux aspects des obligations légales de réalisation :⁴⁰



33 Critères non déterminants

Pour formuler encore plus précisément la notion de tâche publique, il convient d'aborder des critères qui ne sont pas déterminants pour la définition de la notion. Ce sont notamment les critères suivants :

- forme de l'organisation,
- forme des prestations,
- régime en matière de responsabilité,
- obligation de tenir compte des droits fondamentaux,
- octroi de subventions,
- pilotage de l'Etat,
- surveillance de l'Etat,
- initiative étatique ou privée,

- concurrence,
- subsidiarité de l'accomplissement de la tâche.

- 42 Tout d'abord, il découle du droit en vigueur, et en particulier de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qu'il importe peu pour la notion de tâche publique que la tâche soit accomplie par des personnes de droit public ou de droit privé⁷⁶. La notion de tâche est fonctionnelle, la *forme de l'organisation* de celui qui l'assume ne joue aucun rôle⁷⁷.
- 43 La notion de tâche publique dépend tout aussi peu du fait que la personne assumant la tâche agit dans des *formes de droit public ou de droit privé*. D'après la théorie fonctionnelle, l'accomplissement de tâches publiques se situe dans la sphère du droit public⁷⁸. Le législateur peut cependant prévoir explicitement qu'une tâche publique est assumée conformément au droit privé. Il l'a notamment fait pour le service universel en matière de transport de voyageurs (art. 19 et 24 en relation avec l'art. 56, al. 1, LTV) et dans le domaine des télécommunications (art. 18 LET⁷⁹). On ne peut conclure à partir de la forme des prestations relevant du droit privé que l'activité concernée ne constitue pas une tâche publique⁸⁰.
- 44 Le *droit de la responsabilité* applicable ne joue aucun rôle pour la qualification de tâches publiques. Au contraire, la question de savoir si une activité est soumise au droit de la responsabilité privée ou étatique dépend en règle générale si cette activité constitue une tâche publique. Sur ce point, la question de la nature juridique de la tâche est primordiale pour la question du régime de responsabilité applicable⁸¹. Mais la nature juridique de la tâche et le régime de responsabilité peuvent diverger. C'est par exemple le cas lorsque des organes publics assumant une tâche sont responsables en tant que propriétaires d'ouvrage (art. 58 CO) ou que l'activité médicale privée des médecins-chefs dans les hôpitaux publics est soumise au droit de la responsabilité de l'Etat selon le droit cantonal⁸².

⁷⁶ Voir ATF 128 I 280 consid. 3 p. 281 (acte authentique dressé par un notaire en tant que tâche publique) ou ATF 134 II 272 consid. 54 p. 285 (certification de produits par des organisations privées comme tâche publique).

⁷⁷ C'est aussi le cas de HÄSLER (note 29), p. 106.

⁷⁸ Notamment TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 15), § 18 Rz. 4, 6 ; HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN (note 15), ch. 259 ont un avis différent.

⁷⁹ Cette disposition subordonne au droit privé les rapports de droit entre Swisscom et sa clientèle, et elle est applicable pour l'ensemble du champ d'activité de Swisscom (service universel et activités privées).

⁸⁰ Ce que fait le Tribunal fédéral dans l'ATF 134 II 297 consid. 3.3 p. 302 s. Les remarques de HÄSLER (note 29), p. 34, 88 s, 94, 104 s sont pertinentes en l'espèce.

⁸¹ Voir par exemple ATF 115 Ib 175 consid. 2 p. 179.

⁸² Cf. ATF 122 III 101 consid. 2a/aa p. 104.

Ce que nous avons dit de la forme des prestations et du droit de la responsabilité s'applique par analogie à l'*obligation de tenir compte des droits fondamentaux*, notamment de l'égalité de traitement et de la protection contre l'arbitraire. En vertu de l'art. 35, al. 2, Cst., une entreprise doit respecter les droits fondamentaux si elle assume des tâches étatiques. L'obligation de tenir compte des droits fondamentaux ne peut donc pas fonder une tâche étatique⁸³, mais elle en découle. Du reste, une action assurant l'égalité de traitement et l'absence d'arbitraire peut aussi se présenter à titre exceptionnel dans le secteur de l'économie privée, non comme corollaire d'une obligation de tenir compte des droits fondamentaux, mais sur la base de la protection de la personnalité relevant du droit civil⁸⁴.

Comme nous l'avons déjà mentionné⁸⁵, peu importe si une activité est *subventionnée* par les pouvoirs publics⁸⁶. Les tâches subventionnées ne sont des tâches publiques que si elles doivent être accomplies sur mandat du législateur. En ce cas, la subvention revêt la forme d'une indemnité (cf. art. 3, al. 2, LSu). Si le législateur qualifie une subvention d'« indemnité », c'est un signe que la tâche qui en bénéficie est une tâche publique. Le terme choisi par le législateur peut cependant être imprécis, raison pour laquelle il est nécessaire de contrôler dans chaque cas s'il y a une obligation légale de réalisation et donc une tâche publique.

Dans un avis de droit de 2005 sur la protection des données dans le domaine des services Spitex, l'Office fédéral de la justice a retenu qu'il est déterminant de savoir, pour délimiter les tâches privées des tâches publiques, si la tâche accomplie est prévue dans la loi et s'il existe un rapport de pilotage des prestations entre l'Etat et les organes privés qui l'assument, donc si l'Etat influe directement sur la réalisation de la tâche ou s'il définit des conditions-cadres essentielles⁸⁷. Il y a cependant toujours un *rapport de pilotage des prestations* entre l'Etat et des personnes privées quand l'Etat régule une activité privée, notamment s'il arrête des obligations de comportement ou s'il soumet des activités privées à autorisation. Le pilotage de l'Etat peut aussi porter sur les prix sans que l'on puisse en conclure qu'il s'agit d'une tâche

⁸³ Ainsi BJ-Gutachten Spitex, VPB 70.54, ch. 3.

⁸⁴ Cf. ATF 129 III 35 : obligation de la Poste de contracter dans le domaine des services libres.

⁸⁵ Ci-dessus ch. 37.

⁸⁶ Ainsi HÄSLER (note 29), p. 111 s. BJ-Gutachten Spitex, VPB 70.54, ch. 3 (octroi de subventions comme indice que certaines organisations ou personnes accomplissent des tâches publiques) partage un avis différent.

⁸⁷ BJ-Gutachten Spitex, VPB 70.54, ch. 3 : « ob die erfüllte Aufgabe gesetzlich vorgesehen ist und ob eine Steuerungsbeziehung zwischen Staat und privaten Aufgabenträgern gegeben ist, der Staat also direkten Einfluss auf die Aufgabenerfüllung nimmt oder wesentliche Rahmenbedingungen festlegt ».

publique⁸⁸. La présence d'un pilotage, même intensif, de l'Etat n'est donc pas un critère permettant d'admettre une tâche publique.

- 48 La subordination d'une activité privée à la surveillance de l'Etat ne peut donc pas être un aspect lié à une tâche publique⁸⁹. La surveillance par l'Etat peut notamment s'étendre aux personnes exerçant une profession libérale (avocats, personnes relevant d'une profession médicale, etc.). Partant, l'exercice de ces professions ne s'apparente pas à une tâche publique.
- 49 Peu importe également pour la distinction entre tâche privée et publique s'il est fait *d'office* appel à un fournisseur de prestations pour assumer une tâche ou si celui-ci est actif *de sa propre initiative*, ce qui est toujours le cas quand des personnes privées s'occupent de mandats de prestations visant à fournir des tâches dont l'accomplissement est garanti par l'Etat. On trouve principalement des exemples dans le domaine du service universel avec des prestations d'infrastructure⁹⁰. De telles tâches de service universel sont des tâches publiques, même si leur réalisation découle d'une initiative privée.
- 50 Dans un système où l'administration attribue des mandats de prestations à plusieurs entreprises privées et publiques, une *concurrence* peut se faire jour entre elles le cas échéant. Il ne s'agit pas d'une concurrence efficace au sens du droit des cartels⁹¹, car l'offre est pilotée par l'Etat. Dans ce cadre, une concurrence équitable est néanmoins possible si les fournisseurs de prestations bénéficient d'une égalité des chances⁹² et que les clients peuvent librement les choisir. Il s'agit en quelque sorte d'une *concurrence institutionnelle* entre des organes assumant des tâches publiques, ce qui révèle que la concurrence, en soi, n'est pas un indice laissant supposer qu'une tâche relève du droit public.
- 51 Enfin, peu importe si la tâche en question pourrait être aussi bien voire mieux réalisée dans le cadre d'un système relevant de l'économie privée. C'est au pouvoir constituant et législatif d'évaluer et de décider s'il est nécessaire d'étatiser une tâche selon le principe de la *subsidiarité de l'activité de l'Etat*

⁸⁸ Voir la compétence du Surveillant des prix d'interdire des augmentations de prix abusives ou d'ordonner un abaissement du prix (art. 10 LSP), ou la compétence de la Commission fédérale de la communication (ComCom) de fixer des prix alignés sur les coûts en cas de différends sur l'accès aux ressources et services des entreprises occupant une position dominante (art. 11, al. 1 et art. 11a, al. 1, LTC).

⁸⁹ C'est la position du Tribunal fédéral dans l'ATF 122 I 153 consid. 2e p. 157.

⁹⁰ Voir ci-dessus, ch. 23.

⁹¹ Cf. art. 5 LCart.

⁹² L'égalité des chances présuppose notamment un subventionnement égal des prestataires. Ce n'était p. ex. pas le cas dans l'ancien système de financement hospitalier, car certains hôpitaux répertoriés bénéficiaient de subventions publiques et d'autres non (voir ATF 132 V 6 consid. 2.5.4 p. 16).

(art. 5a Cst.). Si celui-ci a décidé d'étatiser une tâche, il s'agit d'une tâche publique, même s'il existe des doutes quant au respect du principe de subsidiarité. La privatisation de la tâche requiert dans tous les cas une modification au niveau constitutionnel ou légal.

4 Nature juridique des prestations hospitalières

4.1 Types de prestations hospitalières

⁵² La définition des critères permet d'évaluer si les hôpitaux assument des tâches publiques. Si c'est le cas, les hôpitaux sont considérés comme des organes ou des autorités publiques au sens de la législation cantonale sur la protection des données. Les services des hôpitaux ne sont néanmoins pas tous réglementés de la même manière. Selon le type de prestation hospitalière, plusieurs exigences légales sont au contraire applicables, pouvant entraîner une qualification différente de leur nature juridique.

⁵³ Il faut en premier lieu distinguer entre *prestations hospitalières* et *prestations ambulatoires* des hôpitaux. La Confédération qualifie, à l'art. 3 OCP, de traitements hospitaliers

« pour des examens, des traitements et des soins à l'hôpital ou dans une maison de naissance, les séjours :

- a. d'au moins 24 heures ;*
- b. de moins de 24 heures au cours desquels un lit est occupé durant une nuit ;*
- c. à l'hôpital, en cas de transfert dans un autre hôpital ;*
- d. dans une maison de naissance en cas de transfert dans un hôpital ;*
- e. en cas de décès. »*

Les autres prestations hospitalières pour des examens, des traitements et des soins sont des prestations ambulatoires.

⁵⁴ Par ailleurs, il convient de faire la distinction entre *prestations de l'assurance de base* et *prestations complémentaires*. Les prestations de l'assurance de base sont des prestations hospitalières prises en charge par une assurance sociale, en l'occurrence l'AOS⁹³. Parmi les prestations complémentaires, on compte les prestations couvertes par une assurance complémentaire de même que les prestations que le patient paie lui-même. Pour les prestations assurées à titre complémentaire, il faut en outre faire la distinction entre les prestations avec ou sans contribution de base de l'assurance obligatoire des

⁹³ Les prestations de l'assurance-accidents obligatoire (AA), de l'assurance-invalidité (AI) et de l'assurance militaire (AM) comptent aussi parmi les prestations de l'assurance de base.

soins. Dans le premier cas, il s'agit de traitements couverts par l'assurance de base et liés de surcroît à des prestations complémentaires assurées à titre privé ou semi-privé (libre choix du médecin, chambre individuelle, etc.). A l'inverse, les prestations sans contribution de base sont exclusivement des prestations assurées à titre complémentaire, dont certaines prestations dans les domaines de la médecine dentaire, de la médecine complémentaire ou de la procréation médicalement assistée.

En outre, il convient de considérer à part les prestations dans les domaines de la *formation de base et postgrade des personnes relevant d'une profession médicale* ainsi que de la *recherche médicale*, pratiquées principalement dans les hôpitaux universitaires et pouvant aussi impliquer les données des patients. C'est notamment le cas quand des patients prennent part à des études cliniques. ⁵⁵

Enfin, les *services d'urgence*, qui sont soumis à des dispositions légales spécifiques, forment une catégorie à part. ⁵⁶

42 Prestations hospitalières de l'assurance de base

Il s'agit tout d'abord d'examiner si les prestations fournies par les hôpitaux de manière stationnaire dans le domaine de l'assurance de base constituent des tâches publiques. Les prestations hospitalières de l'assurance de base sont sans conteste des *tâches* au sens d'activités durables⁹⁴. Ce sont des tâches *publiques* si elles reposent sur un mandat du pouvoir constituant ou législatif et si elles sont liées à une obligation légale de réalisation. Nous allons examiner à l'aide des bases légales déterminantes si ces conditions sont remplies. ⁵⁷

421 Constitution fédérale

La partie de la Constitution fédérale consacrée aux *compétences* ne comporte aucun mandat de fourniture de prestations hospitalières. L'art. 117 Cst. Confie au législateur le mandat d'édicter des dispositions sur l'assurance-maladie et sur l'assurance-accidents, mais pas sur les soins de santé. L'art. 118 Cst. (protection de la santé) ne donne aucun mandat relatif aux soins médicaux, mais attribue à la Confédération des compétences en matière de politique sanitaire⁹⁵. ⁵⁸

⁹⁴ Sur la notion de tâche, voir ci-dessus ch. 28 ss.

⁹⁵ Cf. BIAGGINI (note 72), art. 118, ch. 4.

- ⁵⁹ L'art. 12 Cst. garantit le *droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse*, qui comprend aussi l'urgence médicale⁹⁶. Comme tout droit fondamental, cette disposition engage les autorités de l'Etat. Elles doivent garantir que l'aide médicale nécessaire est fournie dans une situation de détresse. La disposition ne charge cependant pas certaines personnes ou organisations telles que les hôpitaux en particulier de fournir une aide médicale d'urgence. C'est au législateur ou, dans des cas spéciaux, aux autorités et aux tribunaux de définir qui doit fournir de l'aide d'urgence et avec quels moyens. On ne peut donc pas déduire du seul art. 12 Cst. que les *hôpitaux* assument la tâche publique de fournir une aide médicale d'urgence.
- ⁶⁰ Enfin, aucun mandat de soins hospitaliers ne découle de l'*article sur les buts sociaux*, en particulier de l'art. 41, al. 1, let. b, Cst., en vertu duquel la Confédération et les cantons s'engagent, en complément de la responsabilité individuelle et de l'initiative privée, à ce que toute personne bénéficie des soins nécessaires à sa santé. Hormis le fait que le caractère contraignant de cette disposition est faible (« s'engagent à ce que »), elle ne recense que les prestations de soins, et non les traitements de soins aigus ou les prestations médicales dans les domaines de la réadaptation et de la psychiatrie.

422 Droit de l'assurance-maladie

- ⁶¹ Le droit fédéral de l'assurance-maladie comprend des dispositions détaillées sur les prestations hospitalières stationnaires. L'art. 39 LAMal, qui règle l'*admission des hôpitaux* relevant du droit de l'assurance-maladie, revêt une importance centrale. L'art. 39, al. 1, let. d, LAMal oblige les cantons à établir une planification afin de couvrir les besoins en soins hospitaliers. Sur la base de cette planification des soins, les cantons dressent une liste des hôpitaux où figurent les mandats de prestations des hôpitaux (« hôpitaux répertoriés ») (art. 39, al. 1, let. e, LAMal). Dans les mandats de prestations, le canton définit les prestations qu'un hôpital peut fournir à la charge de l'AOS⁹⁷.
- ⁶² Le législateur poursuit trois buts avec l'*obligation de planification* inscrite à l'art. 39, al. 1, let. d, LAMal : la coordination des fournisseurs de prestations, l'utilisation optimale des ressources et la maîtrise de l'évolution des coûts dans le système de santé⁹⁸. Par contre, la garantie des soins hospitaliers n'est

⁹⁶ Notamment JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl., Bern 2008, p. 775 ; THOMAS GÄCHTER/IRENE VOLLENWEIDER, *Gesundheitsrecht*, 2. Aufl., Basel 2010, p. 34 s.

⁹⁷ Sur l'ensemble, voir notamment BERNHARD RÜTSCHKE, *Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung*, Bern 2011, ch. 9 ss.

⁹⁸ Message LAMal 1994, FF 1992 I 77 ; ATF 125 V 448 consid. 3b p. 454 ; 126 V 172 consid. 4a p. 176 ; 132 V 6 consid. 2.4.1 p. 11 s.

pas un but visé par l'art. 39, al. 1, let. d, LAMal⁹⁹. Au contraire, le législateur fédéral part du principe dans cette disposition que l'offre de prestations hospitalières est déjà suffisante¹⁰⁰. L'obligation de planification inscrite dans le droit fédéral impose aux cantons de choisir au sein de cette offre, conformément aux critères de qualité et d'économicité, ce qui est nécessaire afin de couvrir le besoin de la population en prestations hospitalières AOS. L'obligation d'une *planification* adaptée aux besoins ne peut donc pas être comprise comme une obligation de *mise à disposition* adaptée aux besoins de prestations hospitalières. Aucun mandat de fourniture de prestations hospitalières ne découle ainsi de l'art. 39, al. 1, let. d, LAMal¹⁰¹.

La *notion de mandat de prestations* utilisé à l'art. 39, al. 1, let. e, LAMal ne permet pas non plus de conclure à un mandat de soins légal. Le législateur utilise généralement la notion de « mandat de prestations » pour des actes juridiques par lesquels sont déléguées des tâches publiques¹⁰². A elle seule, l'acception générale ne peut toutefois pas être déterminante. Dans ce contexte, la notion de « mandat de prestations » peut s'entendre comme une simple procuration ou autorisation de fournir des prestations à la charge de l'AOS.

L'art. 41a, al. 1, LAMal prévoit une *obligation d'admission*. Dans les limites de leurs mandats de prestations et de leurs capacités, les hôpitaux répertoriés sont tenus de garantir la prise en charge de tous les assurés résidant dans le canton où se situe l'hôpital. En tant que telle, cette obligation d'admission ne fait pas de la fourniture de prestations hospitalières une tâche publique. Car elle est associée à des mandats de prestations confiés par des autorités cantonales. Elle ne remonte donc pas directement à un mandat du législateur, comme dans le cas des concessions : celles-ci peuvent aussi être liées à une obligation de prestation sans pour autant que l'activité bénéficiant d'une concession constitue nécessairement une tâche publique¹⁰³.

Un mandat de soins relevant du droit fédéral pourrait néanmoins découler de l'art. 45 LAMal, qui a pour titre « *Garantie du traitement* ». Cette disposition a pour contexte le fait que les hôpitaux répertoriés peuvent refuser de fournir

⁹⁹ Autrement GEBHARD EUGSTER, Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), in: Erwin Murer/Hans-Ulrich Stauffer (Hrsg), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Zürich 2010, Art. 39, ch. 8 (Versorgungssicherheit als Ziel von Art. 39 Abs. 2 lit. d KVG und Art. 58a KVV).

¹⁰⁰ Ainsi ANDREAS MÜLLER, Grundlegende Überlegungen zur Privatisierung öffentlicher Spitäler, in : Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht, Zürich 2000, 9-36, p. 17 s.

¹⁰¹ Autrement HOFER/SCHMID-GEENE (note 27), p. 197, 199.

¹⁰² Voir ci-dessus, ch. 36.

¹⁰³ Cf. ci-dessus ch. 38.

des prestations à la charge de l'AOS (récusation au sens de l'art. 44, al. 2, LAMal). Si, du fait de la récusation d'hôpitaux répertoriés, le traitement des assurés n'est pas garanti dans le cadre de la LAMal, le gouvernement cantonal veille à ce qu'il le soit en vertu de l'art. 45 LAMal en faisant par exemple appel à des hôpitaux d'autres cantons pour fournir les prestations AOS. Il s'agit d'une solution provisoire d'urgence visant à garantir la fourniture sans interruption de prestations hospitalières suffisantes *conformément aux conditions de l'assurance-maladie sociale*¹⁰⁴. En tant que telle, la garantie de soins hospitaliers suffisants n'est néanmoins pas un but de l'art. 45 LAMal et cette disposition ne permet pas de l'atteindre. En effet, elle s'applique uniquement en cas de récusation d'un fournisseur de prestations, mais elle n'offre aucun recours quand, dès le début, un nombre insuffisant d'hôpitaux souhaitent assumer des mandats de prestations au sens de l'art. 39, al. 1, let. e, LAMal¹⁰⁵. L'art. 45 LAMal a d'autant moins d'effets quand l'offre hospitalière est lacunaire pour des raisons infrastructurelles (manque d'effectifs ou de capacités découlant d'investissements insuffisants ou stériles, p. ex.). Si l'art. 45 LAMal est ainsi inapproprié pour assurer les soins hospitaliers, on ne peut conclure de cette disposition que les soins hospitaliers sont une tâche publique.

- 66 L'art. 49a LAMal pourrait revêtir de l'importance pour la définition de la nature juridique des prestations hospitalières. Cette disposition règle la *rémunération des prestations hospitalières*. En vertu de l'art. 49a, al. 1, LAMal, les rémunérations dues pour les prestations hospitalières AOS sont prises en charge par le canton et les assureurs, selon leur part respective (financement dual-fixe¹⁰⁶). Le terme de « rémunération » utilisé dans le titre de l'article plaiderait pour que la fourniture de prestations hospitalières AOS constitue une tâche publique indemnisée par les impôts et les primes¹⁰⁷. Ici aussi, le terme choisi par le législateur peut être imprécis et ne dénote pas tel quel une tâche publique.
- 67 Un autre fait mérite plus ample réflexion : que le calcul de la rémunération visée à l'art. 49a LAMal prend en compte non seulement la part des coûts d'exploitation, mais aussi *celle des coûts d'investissement*¹⁰⁸. Pour les

¹⁰⁴ Cf. message LAMal 1994, FF 1991 160 : art. 45 LAMal comme « complément logique de l'obligation générale d'assurance ».

¹⁰⁵ Mettre les fournisseurs de prestations à contribution par coercition afin de garantir les soins hospitaliers requiert ainsi une base dans le droit cantonal. Le canton de Berne, par exemple, en a une. L'art. 28, al. 1, LSH/BE précise : « Le Conseil-exécutif peut obliger par voie de décision un prestataire à fournir des prestations en l'absence de contrat de prestations si la couverture en soins l'exige. »

¹⁰⁶ Message LAMal 2007, FF 2004 5207, 5227.

¹⁰⁷ Sur la différence entre indemnité et aide financière, voir ci-dessus ch. 37.

¹⁰⁸ Voir RÜTSCHÉ (note 97), ch. 64, 68.

hôpitaux, la rémunération offre donc d'importantes incitations à fournir des prestations AOS. Pourtant, cela ne fait pas non plus de la fourniture de prestations AOS une tâche publique¹⁰⁹. Les aides financières telles que les paiements directs dans l'agriculture peuvent financer une activité en grande partie afin de réaliser une tâche librement choisie par le bénéficiaire. Ce n'est pas pour cela que la tâche devient une tâche publique. Sinon, les paysans seraient des autorités au sens de la législation sur la protection des données et d'autres lois.

Dans l'ensemble, il faut relever que la LAMal règle la *sélection* d'une offre hospitalière suffisante pour l'AOS, mais qu'elle ne prend pas de mesures visant à *garantir* des capacités hospitalières suffisantes. En principe, la Confédération n'aurait même aucune compétence en la matière. L'art. 117 Cst. délègue à la Confédération uniquement des compétences dans les domaines de l'assurance-maladie et de l'assurance-accidents, mais pas dans celui des soins hospitaliers, qui relève de la compétence des cantons. Il s'agit donc d'examiner si les cantons ont fait des soins hospitaliers une tâche publique.

423 Constitutions cantonales

Dans les grandes lignes, les tâches publiques des cantons sont en partie déjà⁶⁹ définies au niveau de la Constitution. Dans le domaine des soins de santé et hospitaliers, on recense à peu près les *dispositions* constitutionnelles suivantes *relatives aux tâches et aux buts* :

- Art. 113, al. 1, Cst./ZH :
« L'Etat et les communes veillent à ce que le système de santé soit suffisant et économiquement supportable. »
- Art. 41, al. 1 Cst./BE :
« Le canton et les communes protègent la santé de la population et encouragent les mesures de prévention dans ce domaine. Ils veillent à ce que l'assistance médicale et paramédicale soit suffisante et économiquement supportable. Ils créent à cet effet les institutions nécessaires. »
- § 26, al. 2, Cst./BS :
« [L'Etat] garantit à chacun l'accès aux soins médicaux. »
- Art. 15, let. a, Cst./SG :
« L'Etat se fixe pour but de faire en sorte que la population puisse bénéficier de services de santé suffisants à des conditions supportables. »

¹⁰⁹ Sur le rapport entre subventions et tâches publiques, voir ci-dessus ch. 37, 46.

- 70 Les dispositions constitutionnelles précitées demandent par conséquent au canton et aux communes de veiller à des soins de santé suffisants et économiquement supportables. Dans les trois premiers cas du moins (ZH, BE, BS), le pouvoir constituant cantonal interprète la *garantie de soins de santé suffisants* comme une tâche cantonale. Dans le dernier cas (SG), on peut par contre argumenter qu'au vu de la formulation sous la forme de but, le caractère contraignant est trop faible pour que l'on puisse parler d'un mandat constitutionnel¹¹⁰.
- 71 L'interprétation par une constitution cantonale de la garantie de soins de santé suffisants comme une tâche publique ne veut pas encore dire que la fourniture de prestations stationnaires par des *hôpitaux* constitue également une tâche publique. C'est uniquement le cas lorsque le *législateur cantonal* fait appel aux hôpitaux comme prestataires afin d'assumer le mandat constitutionnel relatif aux soins. A l'inverse, on ne peut déduire du fait qu'un canton ne prévoit pas de mandat de soins dans sa constitution qu'un tel mandat n'existe pas du tout dans le canton, car il peut être inscrit dans la loi.

424 Lois cantonales (avant la mise en œuvre de la révision de la LAMal de 2007)

- 72 Le droit hospitalier cantonal est en pleine mutation. Les lois cantonales sur les hôpitaux et la santé doivent être adaptées suite à la révision de la LAMal de 2007 (nouveau financement hospitalier). Certains cantons ont déjà procédé aux adaptations nécessaires, tandis que dans d'autres, les travaux de révision sont encore en cours. Les cantons doivent avoir adapté leur droit hospitalier à la révision de la LAMal de 2007 pour la fin 2011 (financement hospitalier) ou 2014 (planification hospitalière)¹¹¹.
- 73 Les différences entre les législations cantonales sur les hôpitaux présentent un point commun : tant avant qu'après les révisions, les lois cantonales comportent des *mandats de soins dans le secteur hospitalier*. En Suisse, l'offre de soins hospitaliers est naturellement considérée comme une tâche dont se chargent les législateurs cantonaux. Mentionnons à titre d'exemple le § 1 de la loi du canton de Bâle-Ville du 26 mars 1981 sur les hôpitaux, qui a été abrogée :

¹¹⁰ Cf. Verfassung des Kantons St. Gallen, Botschaft und Verfassungsentwurf der Verfassungskommission vom 17. Dezember 1999, Amtsblatt des Kantons St. Gallen Nr. 4a/2000, p. 213, 225 s.

¹¹¹ Cf. dispositions transitoires de la modification du 21 décembre 2007, al. 1 et 3.

« ¹ Der Kanton gewährleistet die Behandlung seiner Einwohner in Spitälern.

² Die Behandlung umfasst die medizinische Untersuchung und Betreuung sowie die Pflege der Patienten. »

Le droit positif cantonal alors en vigueur, c.-à-d. le droit applicable avant les adaptations au nouveau financement hospitalier de la Confédération, prévoyait en principe la garantie des soins hospitaliers par la construction et l'exploitation d'hôpitaux publics ainsi que par le soutien apporté à la construction et à l'exploitation d'hôpitaux privés. La tâche publique des soins hospitaliers a donc été assurée par des prestations stationnaires d'hôpitaux publics ou subventionnés par des fonds publics. Pour en rester à l'exemple de l'ancienne loi hospitalière du canton de Bâle-Ville, le § 2, al. 1 précise les faits suivants :

« Der Kanton erfüllt die in § 1 gestellte Aufgabe durch

- a) Bau und Betrieb staatlicher Spitäler ;
- b) Unterstützung des Baues und des Betriebes nichtstaatlicher Spitäler, welche vertraglich festgelegte Aufgaben der Hospitalisation übernehmen ;

[...]. »

Avant la mise en œuvre de la révision de la LAMal de 2007, les hôpitaux publics et subventionnés par des fonds publics assumaient par conséquent des tâches publiques¹¹². La teneur et l'étendue de ces tâches publiques ont été définies par le législateur cantonal de même que par les conventions de prestations entre le canton et les hôpitaux. Ces mandats de prestations fondés sur un droit cantonal autonome n'étaient pas forcément identiques aux mandats de prestations prévus dans le droit fédéral dans les listes d'hôpitaux selon l'art. 39, al. 1, let. e, LAMal. Au contraire, il y avait des hôpitaux privés qui figuraient sur la liste des hôpitaux d'un canton et étaient ainsi autorisés à facturer des prestations à la charge de l'AOS sans avoir de mandat de soins du canton¹¹³. De tels hôpitaux privés fournissaient des prestations AOS, mais n'assumaient pas de tâche publique faute de mandat cantonal relatif aux soins.

¹¹² C'est aussi ce que le Tribunal fédéral a relevé dans plusieurs arrêts ; voir notamment ATF 121 I 218 consid. 3 p. 221 ss ; 132 V 6 consid. 2.5.4 p. 15 s et ci-dessus ch. 22.

¹¹³ Sur de tels hôpitaux privés non subventionnés dans l'assurance de base, voir notamment TOMAS POLEDNA, Die Stellung der Privatspitäler als Leistungserbringer in der sozialen Krankenversicherung und im Bereich der Zusatzversicherungen, in : Jusletter 16.5. 2005, ch. 9 ss.

- ⁷⁶ Nous pouvons retenir à titre de bilan intermédiaire : avant la mise en œuvre de la révision de la LAMal de 2007, les mandats de prestations au sens de l'art. 39, al. 1, let. e, LAMal devaient être considérés à part par rapport aux mandats de prestations relevant du droit cantonal. Les premiers avaient uniquement une portée en termes de droit des assurances sociales (autorisation de pratiquer à la charge de l'AOS), tandis que les seconds constituaient de véritables mandats de soins par lesquels les hôpitaux étaient chargés de tâches publiques.

425 Lois cantonales (après la mise en œuvre de la révision de la LAMal de 2007)

- ⁷⁷ Suite à l'entrée en vigueur de la révision de la LAMal de 2007, le système du financement hospitalier a fondamentalement changé. La rémunération duale-fixe prévue par l'art. 49a, al. 1, LAMal a *mis sur un pied d'égalité* l'ensemble des hôpitaux répertoriés pour le financement des prestations de l'assurance de base, indépendamment de leur forme juridique ou de leur structure organisationnelle. Ce faisant, la rémunération visée à l'art. 49a, al. 1, LAMal doit couvrir à la fois les coûts d'exploitation et les coûts d'investissement des prestations hospitalières AOS de sorte qu'il ne reste en principe plus de place dans ce domaine pour des subventions cantonales aux hôpitaux¹¹⁴. On enlève ainsi aux cantons la possibilité de concrétiser leurs mandats de soins hospitaliers avec leurs propres conventions de prestations développées de manière autonome. Les subventions cantonales octroyées aux hôpitaux, adaptées avec flexibilité à certains prestataires, sont remplacées par une rémunération de droit fédéral uniforme, égale et due sans conditions en faveur de l'ensemble des hôpitaux répertoriés.
- ⁷⁸ Le législateur cantonal perd ainsi un instrument permettant de garantir les soins hospitaliers. Ceux-ci restent cependant une tâche publique inscrite dans les constitutions et lois cantonales. Il en résulte la situation quelque peu paradoxale que le législateur fédéral veille à ce que les tâches cantonales soient assumées : avec la rémunération prévue à l'art. 49a, al. 1, LAMal, il compense les charges financières découlant de la réalisation des *tâches cantonales relatives aux soins hospitaliers*.
- ⁷⁹ La rémunération visée à l'art. 49a, al. 1, LAMal est due pour l'ensemble des prestations fournies par les hôpitaux répertoriés dans le cadre de leurs mandats de prestations au sens de l'art. 39, al. 1, let. e, LAMal¹¹⁵, ce qui permet de concilier l'admission (droit des assurances sociales) et l'octroi de subven-

¹¹⁴ Voir RÜTSCHÉ (note 97), ch. 68.

¹¹⁵ Notamment EUGSTER (note 99), art. 49a, ch. 2.

tions (droit aux soins). Les hôpitaux qui reçoivent un mandat de prestations selon l'art. 39, al. 1, let. e, LAMal bénéficient en même temps de la rémunération visée à l'art. 49a, al. 1, LAMal, qui sert à nouveau à réaliser les mandats cantonaux relatifs aux soins. Avec pour corollaire que les mandats de prestations au sens de l'art. 39, al. 1, let. e, LAMal revêtent une nouvelle fonction : il ne s'agit plus de simples décisions d'autorisation relevant du droit des assurances sociales, mais de *véritables mandats de prestations* par lesquels sont déléguées des tâches publiques, en particulier les tâches cantonales relatives aux soins hospitaliers.

La révision de la LAMal de 2007 a ainsi *lié* les mandats de prestations établis sur la base de la planification des soins selon l'art. 39, al. 1, let. e, LAMal *avec les tâches cantonales relatives aux soins hospitaliers*. Ce lien apparaît également dans les nouvelles lois cantonales sur les hôpitaux et la santé : ⁸⁰

- En vertu de la loi bernoise sur les soins hospitaliers, le Conseil-exécutif désigne, « se fondant sur la planification des soins », les prestataires (publics et privés) chargés d'assurer les soins hospitaliers dans le canton (art. 9, al. 2, LSH/BE)¹¹⁶.
- La loi sur la santé du canton de Bâle-Ville précise que le canton garantit le traitement hospitalier de la population conformément au droit fédéral des assurances sociales (« nach Massgabe des Sozialversicherungsrechts des Bundes », § 7, al. 1, GesG/BS).
- La révision de la loi hospitalière du canton de Lucerne définit au § 4a, al. 1 : « Der Regierungsrat erstellt gestützt auf die Spitalplanung eine Spitalliste. Darauf sind die inner- und ausserkantonalen Spitäler und Geburtshäuser aufgeführt, die notwendig sind, um die stationäre Spitalversorgung und eine angemessene Wahlfreiheit der Bevölkerung des Kantons sicherzustellen (im Folgenden Listenspitäler genannt). »
- Il ne ressort pas littéralement mais dans la systématique de la nouvelle loi sur la planification et le financement des hôpitaux du canton de Zurich que la garantie de soins de santé suffisants et financièrement réalisables à long terme dans les hôpitaux (« Sicherstellung einer ausreichenden und langfristig finanzierbaren Gesundheitsversorgung in Spitälern ») mentionnée comme but au § 1 doit être concrétisée à l'aide des hôpitaux répertoriés sur la base de la planification des soins (cf. § 4 ss SPFG/ZH).

¹¹⁶ Cette disposition est entrée en vigueur avec la loi bernoise sur les soins hospitaliers de 2005, soit avant la promulgation du nouveau financement hospitalier par la Confédération. Le législateur bernois a ainsi anticipé le lien entre tâche relative aux soins hospitaliers, planification hospitalière et liste des hôpitaux.

- ⁸¹ La planification des soins visée à l'art. 39, al. 1, let. d, LAMal se réfère uniquement aux prestations hospitalières AOS et non aux prestations hospitalières des *assurances invalidité, accidents et militaire*. Pour ces autres assurances sociales, les prestations hospitalières ne sont pas soumises à un régime d'admission relevant du droit fédéral ; les assurés peuvent librement choisir parmi les hôpitaux¹¹⁷. Par conséquent, il n'y a pas, pour les autres assurances sociales, de mandats de prestations relevant du droit fédéral qui assurent la réalisation des tâches cantonales relatives aux soins. Au contraire, il appartient au droit cantonal d'intégrer les prestations des assurances invalidité, accidents et militaire dans le mandat cantonal relatif aux soins hospitaliers. Dans la mesure où il est possible d'en juger, les cantons le font aussi en englobant les prestations des autres assurances sociales dans la planification des soins et en attribuant des mandats de prestations en l'espèce¹¹⁸. Ces mandats de prestations n'ont aucune portée en matière de droit des assurances sociales, mais servent exclusivement à déléguer une tâche publique relative aux soins. Si les hôpitaux réalisent des traitements dans le cadre de tels mandats de prestations, ils accomplissent par conséquent aussi des tâches publiques.
- ⁸² Comme résultat intermédiaire, on peut ainsi retenir que suite à l'entrée en vigueur de la révision de la LAMal de 2007, *tous les hôpitaux répertoriés* assument des tâches publiques, indépendamment de leur forme juridique, dans le cadre de leurs mandats de prestations au sens de l'art. 39, al. 1, let. e, LAMal. Il s'agit de tâches cantonales relatives aux soins. Les prestations hospitalières des assurances invalidité, accidents et militaire servent à l'accomplissement des tâches cantonales relatives aux soins dans la mesure où elles sont réalisées dans le cadre de mandats de prestations au niveau cantonal.

426 Réalisation de mandats de prestations extra-cantonaux

- ⁸³ En vertu de l'art. 58e, al. 1, OAMal, les cantons inscrivent sur leur liste des hôpitaux les établissements cantonaux et extra-cantonaux nécessaires pour garantir l'offre de prestations hospitalières AOS. Les cantons peuvent ainsi *faire appel à des prestataires extra-cantonaux* afin d'accomplir leurs mandats de soins. Par conséquent, il peut arriver que des hôpitaux exercent des

¹¹⁷ Cf. art. 26^{bis} LAI ; art. 10 LAA et art. 68 OLAA ; art. 17 LAM et art. 11 OAM.

¹¹⁸ Voir p. ex. l'art. 6a, al. 2, let. a, Krankenpflegegesetz/GR : « [Die Regierung] vereinbart in einer Leistungsvereinbarung mit den öffentlichen Spitälern die beitragsberechtigten stationären UVG-, IVG- und MVG-Pflichtleistungen ». Puis l'art. 9, al. 2, SPFG/ZH : « Die Direktion kann weitere Versorgungsleistungen im Bereich der Unfall-, Invaliden- und Militärversicherung in die Planung einbeziehen. »

mandats de prestations d'autres cantons dans le domaine de l'assurance de base. En pareille situation se pose la question de savoir quelle loi cantonale sur la protection des données est applicable aux rapports thérapeutiques avec les patients extra-cantonaux et quel préposé cantonal à la protection des données est chargé de la surveillance.

En autorisant les cantons à confier à des hôpitaux extra-cantonaux la fourniture de prestations hospitalières AOS, la Confédération *viole le principe de territorialité dans un domaine spécifique* et étend la juridiction des cantons à certaines personnes (hôpitaux) dans d'autres cantons. Les cantons qui donnent des mandats de prestations à des hôpitaux extra-cantonaux doivent aussi pouvoir veiller à ce que ces mandats soient réalisés en conformité avec le droit. Sinon, les mandats de prestations n'auraient aucun caractère contraignant, mais un simple caractère de recommandation ou de volonté.

La *surveillance de la protection des données* est aussi un instrument permettant de contrôler et de faire adopter des mandats de prestations d'hôpitaux extra-cantonaux. Si un canton confie à un hôpital extra-cantonal un mandat visant à fournir des prestations AOS à ses habitants, il est responsable de la surveillance de la protection des données concernant cet hôpital sur ce point (c.-à-d. en référence aux rapports thérapeutiques avec les habitants du canton). Sont réservées les conventions intercantionales qui règlent différemment la surveillance de la protection des données en pareils cas.

43 Autres prestations hospitalières

Les considérations sur la nature juridique des prestations hospitalières se sont référées jusqu'à présent aux prestations hospitalières de l'assurance de base. Il convient d'examiner si et dans quelle mesure les prestations hospitalières hors de l'assurance de base dans le secteur hospitalier constituent des tâches publiques. En font partie les prestations hospitalières ambulatoires (a), les prestations complémentaires (b), les prestations dans les domaines de l'enseignement et de la recherche (c) de même que les services d'urgence (d).

431 Prestations hospitalières ambulatoires

Les prestations hospitalières ambulatoires ne sont pas couvertes par la planification des soins et les mandats de prestations qui en découlent au sens de l'art. 39, al. 1, let. d et e, LAMal, ni par le régime de financement visé à l'art. 49a, al. 1, LAMal. La rémunération duale-fixe par le canton et les assureurs-maladie ne sert qu'à rembourser les traitements hospitaliers AOS, y compris séjour et prestations de soins dans un hôpital (art. 49, al. 1, LAMal).

Contrairement au secteur hospitalier, il n'existe pas, dans le secteur ambulatoire, de *mandats de prestations relevant du droit fédéral* permettant de concrétiser des tâches cantonales relatives aux soins.

- ⁸⁸ La question de savoir si des tâches publiques sont assumées en fournissant des prestations hospitalières ambulatoires dépend par conséquent s'il existe des mandats de prestations cantonaux correspondants. Les *constitutions cantonales* ne font en principe pas de différence entre les soins hospitaliers et ambulatoires, mais parlent de manière générale de soins de santé ou de soins médicaux suffisants¹¹⁹. La Constitution du canton de Bâle-Campagne prévoit une disposition spécifique sur les soins ambulatoires au § 111, al. 3, Cst./BL :

«Le canton et les communes assurent à la population, en collaboration avec les particuliers, des soins médicaux ambulatoires suffisants. Les communes encouragent les soins à domicile et les soins infirmiers. »

- ⁸⁹ Dans les cantons où la constitution ne comprend explicitement de mandat de soins dans le secteur ambulatoire comme dans le canton de Bâle-Campagne, la question se pose de savoir si un tel mandat de soins est inscrit à *l'échelon de la loi*. C'est par exemple le cas dans le canton des Grisons. En vertu de l'art. 6a, al. 2, let. b de la loi sur les soins (Krankenpflegegesetz/GR), le gouvernement conclut notamment, dans une convention de prestations avec les hôpitaux publics, les prestations obligatoires en ambulatoire selon la LAMal qui donnent droit à une subvention et sont reconnues comme appropriées sous l'angle de la garantie des soins ou de l'économie. Le canton de Berne reconnaît aussi, au niveau de l'ordonnance, que les prestations de soins ambulatoires font aussi partie des soins hospitaliers fournis à la population du canton (art. 1, al. 2, OSH/BE). Selon l'art. 23, al. 2, let. b, OSH/BE, les contrats de prestations avec des hôpitaux peuvent par conséquent aussi porter sur des prestations dans le secteur ambulatoire. La situation est moins claire dans le droit cantonal zurichois. La nouvelle loi sur la planification et le financement des hôpitaux prévoit uniquement au § 11, al. a et b des dispositions en matière de subventions pour les prestations obligatoires dans le secteur ambulatoire hospitalier sans les lier à des mandats ou conventions de prestations. Ce faisant, la loi et, ainsi, l'octroi de subventions aux prestations ambulatoires des hôpitaux servent le but de garantir des soins de santé suffisants et financièrement réalisables à long terme dans les hôpitaux (§ 1 SPFG/ZH). Sur ce point, il faut néanmoins considérer la fourniture de prestations hospitalières ambulatoires subventionnées comme une tâche publique.

¹¹⁹ Voir ci-dessus ch. 69.

Ainsi, les hôpitaux assument des *tâches publiques* avec les prestations ambulatoires dans la mesure où ces prestations sont au service de soins de santé suffisants pour la population conformément au droit cantonal. Pour déterminer si tel est le cas, il est nécessaire d'interpréter le droit cantonal déterminant. En principe, on peut dire que des tâches publiques sont accomplies dans le cadre de prestations ambulatoires subventionnées quand la subvention est conçue d'après la teneur ou la systématique de la loi comme un instrument permettant de réaliser un mandat de soins au niveau cantonal.⁹⁰

432 Prestations complémentaires

En tant que telles, les prestations complémentaires fournies par les hôpitaux ne font pas partie des soins médicaux de base. Mais elles peuvent être liées à des prestations de l'assurance de base dans un rapport thérapeutique. C'est le cas quand des prestations relevant de l'assurance de base sont fournies pour des *assurés en privé ou demi-privé* et qu'une contribution de base de l'assurance obligatoire des soins est due en conséquence¹²⁰. Le rapport thérapeutique peut être divisé en deux parties, l'une liée à l'AOS et l'autre assurée en privé, par voie de calcul mais pas dans les faits. Partant, il faut qualifier le rapport thérapeutique dans son ensemble comme une activité publique ou privée.

Dans un arrêt de 2006, le Tribunal fédéral a statué que les traitements hospitaliers assurés en privé et demi-privé devaient être pris en compte dans la planification hospitalière, car de telles prestations grèvent aussi l'assurance de base¹²¹. Par conséquent, il faut aussi considérer ces traitements comme une *partie des soins hospitaliers cantonaux* s'ils sont pris en charge en même temps par l'assurance de base. De tels traitements relevant des assurances complémentaires fondent donc une tâche publique.

La situation est différente en lien avec les *prestations complémentaires indépendantes* qui ne sont pas associées à des prestations de l'assurance de base. De telles prestations complémentaires ne relèvent pas du tout des mandats cantonaux en matière de soins et constituent ainsi des activités purement privées.⁹³

¹²⁰ Voir ci-dessus ch. 54.

¹²¹ ATF 132 V 6 consid. 2.4.2 p. 12 s. Voir aussi ATF 111 II 149 II consid. 5 p. 153 ss ; 112 Ib 334 consid. 2 p. 336 ss ; 115 Ib 175 consid. 2 p. 179 : les médecins-chefs qui prennent en charge des patients privés assument une tâche publique quand d'autres membres du personnel hospitalier sont impliqués dans le traitement.

433 Enseignement et recherche

- 94 La formation de base et postgrade des personnes relevant d'une profession médicale et la recherche médicale dans les hôpitaux ne sont pas prises en compte par la planification des soins et les mandats de prestations au sens de l'art. 39, al. 1, let. d et e, LAMal (cf. art. 49, al. 3, let. b, LAMal). Les *lois cantonales sur les hôpitaux et la santé* prévoient néanmoins que des mandats de prestations puissent être donnés et des conventions de prestations conclues pour l'enseignement et la recherche. Les conventions de prestations avec les hôpitaux universitaires figurent ce faisant au premier plan.
- 95 Mentionnons à titre d'exemple l'art. 13 LSH/BE, qui règle l'enseignement et la recherche dans les hôpitaux universitaires comme suit :
- « ¹ *Les hôpitaux universitaires fournissent des prestations relevant de l'enseignement et de la recherche en faveur de l'Université de Berne.*
- ² *La fourniture des prestations est réglée par voie de conventions particulières fondées sur la législation sur l'Université.*
- ³ *Les hôpitaux universitaires et l'Université s'accordent des droits de représentation appropriés au sein de leurs organes de direction. Le Conseil-exécutif règle les modalités de détail.*
- ⁴ *Les hôpitaux universitaires peuvent fournir des prestations relevant de l'enseignement et de la recherche en faveur de tiers, à condition que ces coûts soient couverts et que cette activité ne les empêche pas de remplir leurs engagements envers l'Université de Berne et le canton.*
- ⁵ *L'Université de Berne peut commander des prestations relevant de l'enseignement et de la recherche à d'autres prestataires si celles-ci sont plus avantageuses du point de vue des coûts ou nécessaires pour assurer la qualité. »*

Il découle de cette disposition que les hôpitaux universitaires sont tenus, dans le cadre des conventions particulières, de fournir des prestations relevant de l'enseignement et de la recherche *en faveur de l'Université de Berne* (art. 13, al. 1 et 2, LSH/BE). Sur ce point, l'enseignement et la recherche constituent une tâche publique. Par contre, les prestations relevant de l'enseignement et de la recherche *en faveur de tiers*, notamment les essais cliniques réalisés pour des entreprises pharmaceutiques, font partie de l'activité privée des hôpitaux. Les hôpitaux universitaires y sont autorisés à certaines conditions, mais ne sont pas tenus de le faire (art. 13, al. 4, LSH/BE).

- 96 Les prestations des hôpitaux relevant de l'enseignement et de la recherche sont ainsi uniquement des *tâches publiques* s'il existe pour ce faire un mandat ou une convention de prestations au niveau cantonal. C'est notamment le

cas dans le domaine de l'enseignement et de la recherche universitaires. Sinon, l'enseignement et la recherche relèvent des activités privées des hôpitaux.

434 Services d'urgence

La mise à disposition et la prestation de services d'urgence sont une *tâche* ⁹⁷ *publique* des hôpitaux et des autres fournisseurs de prestations selon le droit cantonal. Dans le secteur hospitalier, les urgences font généralement partie de la planification des soins. Dans le cadre des mandats de prestations, les hôpitaux répertoriés sont tenus de fournir des services d'urgence (cf. § 4, al. 3, let. b, SPFG/ZH ; art. 20, let. a, LSH/BE).

5 Droit de la protection des données et concurrence

51 Concurrence dans le secteur hospitalier

⁹⁸ Il ressort des considérations préalables que les hôpitaux assument des tâches publiques dans des domaines étendus, en particulier celui des prestations hospitalières AOS. Sur ce point, les hôpitaux doivent être qualifiés d'autorités ou d'organes publics au sens de la législation cantonale sur la protection des données. Néanmoins, la qualification en tant qu'organe public ne suffit pas dans tous les cas pour soumettre un hôpital au droit cantonal de la protection des données, et en particulier à la surveillance cantonale en la matière. En effet, une série de lois cantonales sur la protection des données, à l'instar de celles des cantons de Zurich, Bâle-Ville et Saint-Gall, ne sont pas applicables, comme nous l'avons déjà mentionné, si des organes publics sont « *en situation de concurrence économique* » et s'ils n'agissent *pas* en tant qu'organes *investis de la puissance publique* ou que leurs activités relèvent du *droit privé*¹²².

⁹⁹ En révisant la LAMal en 2007 (nouveau financement hospitalier), le législateur fédéral a poursuivi l'objectif de renforcer la concurrence entre les hôpitaux en termes de qualité¹²³. A cette fin, il a introduit une série d'*éléments de concurrence* dans le domaine des traitements hospitaliers. En voici les principaux :

- *Libre choix de l'hôpital* : en vertu de l'art. 41, al. 1^{bis}, LAMal, les assurés ont le libre choix entre les hôpitaux répertoriés de tous les cantons pour le traitement hospitalier. Ce faisant, les assurés qui se font traiter dans un hôpital répertorié d'un autre canton doivent prendre la différence à leur charge.
- *Mise sur un pied d'égalité des hôpitaux publics et privés* dans le domaine du financement hospitalier : en vertu de l'art. 49a, al. 1, LAMal, le canton et les assureurs-maladie prennent en charge les rémunérations des traitements hospitaliers selon leur part respective. Les rémunérations représentent à la fois la part des coûts d'exploitation et des coûts d'investissement, raison pour laquelle les subventions cantonales

¹²² Voir ci-dessus, ch. 11.

¹²³ Voir RÜTSCHÉ (note 97), ch. 77, 88. Sur la concurrence fortement limitée dans le domaine de l'assurance de base avant la révision de la LAMal de 2007, voir THOMAS EICHENBERGER, Wettbewerb aus der Sicht der Spitäler, in: Privatisierung und Wettbewerb im Gesundheitsrecht, Zürich 2000, 133-155, p. 138 ss.

supplémentaires accordées aux hôpitaux ne sont en principe plus nécessaires. Si les cantons subventionnent des hôpitaux dans l'intérêt de la sécurité des soins ou pour rémunérer des prestations de service public, ils doivent le faire de manière égale pour l'ensemble des hôpitaux conformément au principe de la neutralité concurrentielle¹²⁴.

- *Liste des hôpitaux répertoriés* : en vertu de l'art. 49a, al. 4, LAMal, les assureurs-maladie peuvent conclure avec les hôpitaux ou les maisons de naissance qui ne figurent pas sur la liste des conventions sur la rémunération des prestations fournies au titre de l'AOS. Il peut donc résulter une certaine concurrence des hôpitaux non répertoriés pour les hôpitaux répertoriés.

Dans le secteur ambulatoire, les assurés ont aussi le libre choix entre les fournisseurs de prestations admis, une éventuelle différence étant aussi due si le traitement est suivi en dehors du lieu de résidence ou de travail (art. 41, al. 1, LAMal). Dans le secteur ambulatoire, les hôpitaux sont non seulement en concurrence entre eux, mais aussi avec les autres fournisseurs de prestations, en particulier les médecins exerçant à titre indépendant et les réseaux de médecins.

Les hôpitaux connaissent ainsi *une certaine concurrence* entre eux et avec d'autres prestataires. Aussi la question se pose-t-elle de savoir si les hôpitaux, même s'ils assument des tâches publiques dans le cadre de mandats de prestations, « sont en situation de concurrence économique » au sens de la clause d'exception des lois cantonales sur la protection des données. Si la réponse est positive, il s'agit de clarifier si les hôpitaux agissent en tant qu'organes *non investis de la puissance publique* ou de *droit privé*. En cas de réponse positive, les hôpitaux sont exclus du champ d'application des lois cantonales correspondantes sur la protection des données, même si ce sont des organes cantonaux.

52 Participation à la concurrence économique

La volonté du législateur d'instaurer aussi une concurrence entre les hôpitaux en termes de qualité dans le domaine des prestations hospitalières AOS ne change rien au fait que la fourniture de telles prestations constitue une tâche publique. L'introduction d'éléments de concurrence en matière de tâches publiques doit être clairement différenciée par rapport à une *privatisation de tâches publiques*. Dans le premier cas, l'Etat place la concurrence au service d'une réalisation de tâches publiques qui soit efficace et de qualité. Dans le

¹²⁴ Cf. JAAG (note. 72), p. 42 s ; RÜTSCHÉ (note 97), ch. 68.

second cas, il se décharge de la responsabilité d'assumer une tâche. Il abandonne la garantie de la tâche et délègue entièrement sa réalisation à l'économie privée¹²⁵.

- 103 Il n'y a rien d'inhabituel au fait que des tâches publiques soient réalisées en situation de concurrence. Ni la Poste dans le domaine des services postaux non réservés, ni Swisscom dans celui des télécommunications ne sont des fournisseurs exclusifs de prestations du service universel. Au contraire, la Poste et Swisscom assument ces tâches publiques dans le cadre d'une certaine concurrence avec d'autres fournisseurs¹²⁶. Ensuite, il est bien probable que les universités cantonales, par exemple, se trouvent en situation de concurrence réciproque. Même les collectivités publiques peuvent être en situation de concurrence, si l'on pense notamment à la *concurrence* entre communes et entre cantons dans le domaine des taux d'imposition.
- 104 Une telle concurrence entre organes assumant des tâches publiques est quelque peu différente de la *concurrence dans l'économie privée*. Il y a concurrence dans l'économie privée – ou tout simplement privée – entre deux fournisseurs qui proposent leurs produits et prestations sur le marché libre. Ce faisant, les fournisseurs agissent de leur propre initiative dans l'intention de réaliser un bénéfice, et non sur mandat de l'Etat. Les autorités de l'Etat et les entreprises publiques peuvent aussi prendre part à la concurrence privée. On parle d'« administration en situation de concurrence économique »¹²⁷. A la différence de l'économie privée, les autorités ou personnes privées qui assument des tâches publiques ne peuvent pas librement déterminer leur offre, mais sont liées en l'espèce à un mandat de prestations de l'Etat. Partant, il ne peut être question d'une concurrence privée quand des organes assumant des tâches publiques sont en situation de concurrence entre eux et éventuellement avec des tiers¹²⁸.

¹²⁵ Sur la privatisation des tâches au sens d'un renoncement, voir notamment JAAG (note 72), p. 33 ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 15), § 11, ch. 6 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note. 15), ch. 1536.

¹²⁶ Cf. art. 4, al. 1, LPO : « La Poste fournit les services non réservés, en concurrence avec les opérateurs privés. » ; art. 20 ss LTC : obligations des fournisseurs qui proposent des prestations relevant du service universel sans concession de service universel.

¹²⁷ Voir ci-dessus, ch. 13.

¹²⁸ Fait révélateur, le message concernant la révision de la LAMal de 2007 met les expressions « marché » et « prix » entre guillemets en lien avec la concurrence hospitalière dans le domaine de l'AOS ; message LAMal 2007, FF 2004 5244 : « Dans un 'marché' où la demande est dans une large mesure induite par l'offre, dans lequel les 'prix' sont approuvés ou fixés par une autorité et où le consommateur ne paie pas directement les coûts liés à la prestation consommée, il y a lieu d'adapter à cette situation particulière les règles de participation au 'marché'. »

Ainsi se pose la question de savoir si, avec la condition négative de la « participation à la concurrence économique », le législateur cantonal sur la protection des données se réfère uniquement à la concurrence privée ou s'il englobe aussi les situations de concurrence dans le cadre de la réalisation de tâches publiques. Une *interprétation* des lois cantonales correspondantes sur la protection des données parvient à la conclusion qu'il s'agit uniquement de la première situation, et ce pour les raisons suivantes :

- Les lois cantonales sur la protection des données parlent de la participation à la concurrence « *économique* ». L'utilisation du terme « économique » suggère que seule est entendue la concurrence dans le secteur de l'économie privée, et non une concurrence dans le cadre de l'intervention étatique. Sinon, l'utilisation de l'adjectif qualificatif « économique » n'aurait aucun sens.
- Il découle clairement des *travaux préparatoires* relatifs aux lois cantonales sur la protection des données que le législateur a pensé à l'administration en situation de concurrence économique, c.-à-d. à des constellations où des autorités de l'Etat ou des entreprises publiques sont actives *dans l'économie privée* en situation de concurrence avec d'autres fournisseurs. Cela fait sens dans la mesure où l'Etat, en situation de concurrence économique, est soumis aux mêmes conditions dans le domaine de la protection des données que les participants du secteur de l'économie privée¹²⁹.
- Si le législateur exclut les organes publics du champ d'application des lois sur la protection des données s'ils se trouvent en situation de concurrence d'une quelconque manière, il en résulte des *problèmes de délimitation* pratiquement insolubles. Il faudrait se prononcer sur chaque prestation de l'Etat pour déterminer si l'organe public est en situation de concurrence. Il faudrait travailler avec des critères graduels, ce qui entraînerait une importante précarité juridique. De toute évidence, ce ne peut être le sens et le but de la réglementation d'exception de la participation à la concurrence économique.

Par conséquent, l'exception dans le droit de la protection des données concernant la participation à la concurrence économique est *uniquement applicable aux activités des organes publics relevant du secteur de l'économie privée*. Les organes publics doivent être exclus de la surveillance cantonale de la protection des données s'ils sont en situation de concurrence avec des prestataires privés et qu'ils agissent ainsi comme des personnes privées. Par contre, la condition de la participation à la concurrence économique ne s'applique en aucun cas si des organes de l'administration accomplissent des

¹²⁹ Voir ci-dessus, ch. 14 s.

tâches publiques. S'ils sont en situation de concurrence entre eux et le cas échéant avec des tiers, il ne s'agit pas de concurrence économique (privée) au sens de la législation cantonale sur la protection des données, mais de concurrence entre organes accomplissant des tâches publiques. Quiconque assume des tâches publiques sur mandat du canton est ainsi soumis au droit cantonal de la protection des données et, par conséquent, à la surveillance cantonale en la matière.

53 **Organe non investi de la puissance publique ou dont l'activité relève du droit privé**

¹⁰⁷ Comme nous avons constaté que les organes accomplissant des tâches publiques ne prennent pas part à la concurrence économique au sens de la législation cantonale sur la protection des données, il n'est pas nécessaire d'examiner si les hôpitaux sont « *investis de la puissance publique* » ou agissent conformément *au « droit privé »* en fournissant des prestations hospitalières AOS. Car les conditions de la « participation à la concurrence économique » et de l'activité en tant qu'« organe investi de la puissance publique » ou relevant du « droit privé » doivent être remplies de manière *cumulative* pour fonder un régime d'exception à la surveillance cantonale de la protection des données.

¹⁰⁸ On peut cependant ajouter que la *notion de puissance publique* est équivoque et qu'elle n'est pas utilisée de manière uniforme par le Tribunal fédéral. On distingue trois acceptions :

- Au sens strict, il s'agit du caractère contraignant de la puissance publique, qui signifie *exercice de la contrainte étatique*, indépendamment de la volonté voire contre la volonté des personnes concernées¹³⁰. Par conséquent, seuls les traitements ou examens réalisés de force dans des hôpitaux seraient qualifiés d'investis de la puissance publique, et non les rapports thérapeutiques auxquels consentent les patients ou les personnes en droit de les représenter.
- Dans un sens un peu plus large et aussi répandu dans la doctrine, la puissance publique signifie une *action unilatérale et contraignante* d'organes de l'Etat accomplissant des tâches à l'égard de personnes privées qui se

¹³⁰ ATF 121 I 230 consid. 3g/dd p. 239 va en ce sens : la remise d'une partie des recettes provenant de l'activité médicale à la charge des médecins agréés n'est pas une « remise relevant de la puissance publique », car l'exercice de l'activité de médecin agréé est volontaire.

trouvent en l'espèce en situation de *subordination* à l'Etat¹³¹. La puissance publique comprend donc le pouvoir de définir, c'est-à-dire de décider unilatéralement (d'office ou sur demande) des droits et obligations relevant du droit public pour des personnes privées. Par conséquent, les décisions sont aussi qualifiées d'« actes d'autorité »¹³². Dans cette acception, les prestations hospitalières fournies dans le cadre de mandats de prestations ne devraient en principe pas être qualifiées comme relevant de la puissance publique dans la mesure où l'on considère la base légale du rapport thérapeutique entre l'hôpital et le patient dans un contrat de droit public (et non dans une décision)¹³³.

- Une conception encore plus large de la notion comprend la puissance publique comme le fait d'agir dans *l'exercice de tâches publiques*¹³⁴. Ainsi, toutes les prestations hospitalières fournies dans le cadre de mandats de prestations relèveraient de la puissance publique.

Une interprétation historique et comparative des lois cantonales sur la protection des données plaide pour une compréhension de l'expression « relevant de la puissance publique » dans le dernier sens précité¹³⁵. Par conséquent, « non investi de la puissance publique » signifie que ce n'est *pas dans l'accomplissement de tâches publiques*¹³⁶ dans le contexte du droit de la protection des données. Les notions « participation à la concurrence économique » et « non investi de la puissance publique » ont donc en fin de compte la même signification : les organes de l'Etat qui n'agissent pas dans le cadre de tâches

¹³¹ ATF 114 V 219 consid. 3c p. 221. Dans la doctrine, voir notamment TOBIAS JAAG, Hoheitliche und nicht-hoheitliche staatliche Tätigkeiten, in : Peter Hänni (Hrsg.), Mensch und Staat, Festschrift für Thomas Fleiner, Freiburg 2003, 619-637, p. 633 ; ANDREAS LIENHARD, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz, Bern 2005, p. 211 s ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 15), ch. 22 ss ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (note 15), § 27 ch. 11.

¹³² Notamment ATF 136 I 229 consid. 2.3 p. 232 (en se fondant sur le recours de droit public selon l'ancien droit, dont l'objet était qualifié d'« acte d'autorité »).

¹³³ A juste titre LUKAS BRÜHWILER-FRÉSEY, Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht, Zürich 1996, p. 46 ; HOFER/SCHMID-GEENE (note 27), p. 198 s.

¹³⁴ En ce sens, voir ATF 128 I 280 consid. 3 p. 281 : actes authentiques dressés par des notaires comme une « activité officielle relevant de la puissance publique ». Est notamment critique à cet égard MATTHIAS OESCH, Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in : SZIER 2011 583 p. 618 ss. A l'inverse, voir ATF 129 I 207 consid. 5 p. 214 s : dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a qualifié, au vu de l'art. 6 CEDH et de la pratique des organes de l'Union européenne, l'activité des professeurs de l'enseignement secondaire dans les écoles publiques comme n'étant pas une activité relevant de la puissance publique, car la transmission de la formation scolaire n'est pas une activité réservée aux pouvoirs publics, bien que ce soit l'une des tâches centrales de l'Etat.

¹³⁵ Voir ci-dessus, ch. 14.

¹³⁶ Aussi explicite : § 2, al. 3, phrase 1 IDAG/AG (« *nicht in Erfüllung öffentlicher Aufgaben* »).

publiques, c.-à-d. de manière privée, sont exclus du droit cantonal de la protection des données. Il s'agit notamment des activités, relevant du secteur de l'économie privée, des entreprises publiques cantonales suivantes, mentionnées aussi en partie dans les travaux préparatoires des lois cantonales sur la protection des données :

- activités des banques cantonales¹³⁷ ;
- offres d'assurances immobilières en dehors du domaine monopolistique, comme l'assurance complémentaire pour les dégâts d'eau¹³⁸ ;
- services que les entreprises électriques ou de transports publics du canton fournissent librement sur le marché¹³⁹ ;
- location de biens immobiliers aux prix du marché par la gérance immobilière cantonale si les biens constituent un patrimoine financier, c.-à-d. si, par leur valeur d'utilisation, ils ne servent pas directement à l'accomplissement de certaines tâches publiques¹⁴⁰.

¹¹⁰ Pour conclure, il convient de souligner qu'une *acceptation plus stricte* de la notion de « puissance publique » au sens d'un acte de décision voire effectué sous la contrainte de l'Etat ne changerait rien au résultat : les hôpitaux ne sont en aucun cas exclus du champ d'application des lois cantonales sur la protection des données s'ils accomplissent des tâches publiques. Car quiconque accomplit une tâche publique exerce une activité relevant du droit public et non de l'économie privée et ne participe donc a priori pas à la concurrence économique (privée). Si, en outre, l'activité ne relève pas de la puissance publique, peu importe, comme nous l'avons mentionné, que la condition de la participation à la concurrence économique ne soit pas remplie¹⁴¹.

¹³⁷ Cf. Rapport du 2 octobre 1985 présenté par la Direction de la justice au Conseil-exécutif, à l'intention du Grand Conseil, concernant la loi sur la protection des données, p. 3 ; Ratschlag des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 11. Februar 2009 betreffend Informations- und Datenschutzgesetz, p. 18.

¹³⁸ Cf. Ratschlag des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt vom 11. Februar 2009 betreffend Informations- und Datenschutzgesetz, p. 18.

¹³⁹ Cf. Auszug aus dem Protokoll des Stadtrates Zürich vom 10. September 2008 zum Öffentlichkeitsgrundsatz, Nr. 1053, p. 3.

¹⁴⁰ Sur les notions de patrimoine financier et de patrimoine administratif, voir par exemple Tschannen/Zimmerli/Müller (note 15), § 48, ch. 12 ss.

¹⁴¹ Voir ci-dessus, ch. 107.

6 Contrôle unique ?

En vertu des considérations précédentes (chap. 4 et 5), les hôpitaux accomplissent des tâches publiques sur mandat des cantons dans les domaines suivants et sont par conséquent soumis à la *surveillance cantonale en matière de protection des données*, indépendamment de leur forme juridique : ¹¹¹

- prestations hospitalières AOS des hôpitaux répertoriés dans le cadre de mandats de prestations relevant du droit de l'assurance-maladie ;
- prestations hospitalières dans le cadre d'autres assurances sociales (AI, AA, AM), pour autant qu'il existe des mandats de prestations correspondants relevant du droit cantonal ;
- prestations ambulatoires, pour autant qu'il existe des mandats de prestations correspondants relevant du droit cantonal ;
- prestations des assurances complémentaires si une contribution de base de l'assurance obligatoire des soins est due en l'espèce ;
- prestations relevant de l'enseignement et de la recherche, pour autant qu'il existe des mandats de prestations correspondants relevant du droit cantonal (comme notamment dans les domaines de l'enseignement et de la recherche universitaires) ;
- services d'urgence dans le cadre de mandats de prestations.

En dehors des domaines précités, les hôpitaux sont actifs dans le secteur de l'économie privée et, ainsi, sont en principe soumis à la législation fédérale sur la protection des données et, par conséquent, à la *surveillance du PFPDT*. Cette disposition ne s'applique par contre pas aux cantons qui soumettent certaines unités organisationnelles de droit public en tant que telles à la surveillance cantonale en matière de protection des données, qu'elles accomplissent donc des tâches publiques ou qu'elles soient actives dans l'économie privée (notion organisationnelle de l'organe). Il s'agit notamment des cantons de Berne¹⁴², Lucerne¹⁴³, Genève¹⁴⁴ et Vaud¹⁴⁵. Dans ces cantons, ¹¹²

¹⁴² Cf. art. 2, al. 6, let. a en relation avec l'art. 4, al. 2, let. a, LCPD : les établissements hospitaliers qui font partie de l'administration centrale, à l'instar des Services psychiatriques universitaires (SPU) de Berne, sont aussi soumis à la surveillance cantonale en matière de protection des données s'ils sont actifs dans l'économie privée.

¹⁴³ Cf. § 2, al. 8, Datenschutzgesetz/LU : pour les autorités, services et unités administratives agissant pour une collectivité publique, la loi sur la protection des données est applicable, qu'ils accomplissent des tâches publiques ou non. Par conséquent, l'hôpital

les hôpitaux publics sont aussi soumis à la surveillance cantonale en matière de protection des données pour les activités relevant de l'économie privée s'ils tombent sous le coup de la notion organisationnelle de l'organe figurant dans la loi cantonale sur la protection des données.

- 113 On voit ainsi que la réglementation de la surveillance de la protection des données dans le secteur hospitalier est très *complexe et peu claire*. Les patients notamment, mais aussi d'autres acteurs et même les hôpitaux ne savent parfois qu'après des examens juridiques et la consultation des conventions de prestations, qui ne sont pas toujours accessibles, s'il existe une tâche publique et qui est compétent en matière de surveillance de la protection des données.
- 114 Dans le domaine du *droit de la responsabilité civile*, où la situation juridique est aussi complexe, le Tribunal fédéral a autorisé les cantons à soumettre l'ensemble des mesures médicales en matière de soins et de traitements entreprises dans un hôpital public à une réglementation uniforme¹⁴⁶. En l'espèce, il s'agissait d'activités privées de médecins-chefs, indépendamment du fait qu'ils les exercent seuls ou en collaboration avec d'autres membres du personnel hospitalier. D'après le Tribunal fédéral, de telles activités en soi privées peuvent être soumises au droit cantonal de la responsabilité de l'Etat, car il s'agit d'*occupations accessoires* et qu'un régime de responsabilité uniforme est de toute évidence dans l'intérêt des patients. Il n'y a pas d'infraction au droit fédéral (art. 61, al. 1, CO).
- 115 Une réglementation uniforme serait aussi souhaitable *dans le droit de la protection des données* dans l'intérêt de toutes les parties impliquées et au sens de la sécurité juridique¹⁴⁷. Reste néanmoins à savoir si les cantons auraient le droit de soumettre l'ensemble des activités des hôpitaux (répertoriés) à leur surveillance de la protection des données. L'arrêt précité du Tribunal fédéral se référait à une occupation accessoire dans un hôpital public. Par contre, les hôpitaux répertoriés sont parfois principalement actifs dans le secteur de l'économie privée et n'ont des mandats de prestations publics que dans des domaines partiels. Soumettre intégralement de tels hôpitaux à la surveillance cantonale en matière de protection des données

cantonal de Lucerne et les services psychiatriques lucernois sont généralement soumis à la surveillance cantonale en matière de protection des données en tant qu'organismes publics (voir aussi § 6g, al. 1, Spitalgesetz/LU).

¹⁴⁴ Cf. art. 3 LIPAD/GE.

¹⁴⁵ Cf. art. 3 LPrD/VD.

¹⁴⁶ ATF 122 III 101 consid. 2a p. 103 ss.

¹⁴⁷ A ce sujet, voir essentiellement BEAT RUDIN, Ein Datenschutzgesetz – eine neue Aufsicht. Wege zur Verbesserung der Effizienz und Effektivität des Persönlichkeits- und Grundrechtsschutzes, in : *digma* 2011 18, notamment p. 21 (en lien avec les hôpitaux privés).

entre uniquement en ligne de compte quand le traitement des données au sein d'un hôpital dans le cadre de l'accomplissement de tâches publiques n'est pas séparé aux niveaux technique et organisationnel du traitement des données dans les domaines relevant de l'économie privée et que, partant, un partage de la surveillance de la protection des données n'est *de fait* même pas réalisable¹⁴⁸. Sinon, soumettre le traitement des données relevant de l'économie privée à la surveillance cantonale en matière de protection des données entrerait en conflit avec la loi fédérale sur la protection des données applicable pour les activités privées. Un régime de protection des données uniforme pour les hôpitaux nécessiterait sur ce point une révision du droit fédéral y afférent.

¹⁴⁸ Cf. URS MAURER-LAMBROU/SIMON KUNZ, in : Urs Maurer-Lambrou/Nedim Peter Vogt, Basler Kommentar Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006, art. 2, ch. 14 ; URS BELSER, in : Urs Maurer-Lambrou/Nedim Peter Vogt, Basler Kommentar Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006, art. 3, ch. 35 ; YVONNE JÖHRI/DAVID ROSENTHAL, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008, art. 3, ch. 104.

7 Conclusions

- 116 Le présent avis de droit parvient à la conclusion que suite à la mise en œuvre de la révision de la LAMal de 2007 (nouveau financement hospitalier), les hôpitaux accomplissent des tâches publiques cantonales dans les domaines suivants et sont donc soumis à la surveillance cantonale en matière de protection des données :
- prestations hospitalières AOS des hôpitaux répertoriés dans le cadre de mandats de prestations relevant du droit de l'assurance-maladie ;
 - prestations hospitalières dans le cadre d'autres assurances sociales (AI, AA, AM), pour autant qu'il existe des mandats de prestations correspondants relevant du droit cantonal ;
 - prestations ambulatoires, pour autant qu'il existe des mandats de prestations correspondants relevant du droit cantonal ;
 - prestations des assurances complémentaires si une contribution de base de l'assurance obligatoire des soins est due en l'espèce ;
 - prestations relevant de l'enseignement et de la recherche, pour autant qu'il existe des mandats de prestations correspondants relevant du droit cantonal (comme notamment dans les domaines de l'enseignement et de la recherche universitaires) ;
 - services d'urgence dans le cadre de mandats de prestations.
- 117 Dans le domaine des prestations hospitalières AOS, la compétence du préposé cantonal à la protection des données s'étend aussi aux hôpitaux extra-cantonaux si ceux-ci accomplissent des mandats de prestations du canton concerné. Sont réservées les conventions intercantionales qui règlent autrement la surveillance de la protection des données dans les hôpitaux extra-cantonaux.
- 118 En dehors des mandats de prestations cantonaux, les hôpitaux sont actifs dans le secteur de l'économie privée. Dans ce cadre, ils sont en principe soumis à la législation fédérale sur la protection des données et, par conséquent, à la surveillance du PFPDT. Cette disposition ne s'applique par contre pas aux cantons qui soumettent certaines unités organisationnelles de droit public en tant que telles à la surveillance cantonale en matière de protection des données, qu'elles accomplissent donc des tâches publiques ou qu'elles soient actives ou non dans l'économie privée (notamment les cantons de Berne, Lucerne, Genève et Vaud). Dans ces cantons, les hôpitaux publics sont aussi soumis à la surveillance cantonale en matière de protection des données pour les activités relevant de l'économie privée s'ils tombent sous le coup de

la notion organisationnelle de l'organe figurant dans la loi cantonale sur la protection des données.

Les cas précités où la notion organisationnelle de l'organe est déterminante pour la surveillance de la protection des données sont néanmoins l'exception.¹¹⁹ Dans le domaine hospitalier, le critère de délimitation décisif entre surveillance cantonale et fédérale de la protection des données est en principe le fait que les patients sont ou non traités dans le cadre d'un mandat de prestations. Il en découle que les hôpitaux sont à la fois soumis à la surveillance cantonale en matière de protection des données et au PFPDT s'ils accomplissent des tâches publiques tout en agissant dans le secteur de l'économie privée et si le traitement des données est séparé dans les deux secteurs au niveau de l'organisation. Cette situation peut être jugée insatisfaisante. Elle ne peut toutefois pas être réglée dans le cadre de l'application du droit, mais uniquement par le biais d'une révision des lois déterminantes sur la protection des données. Il est aussi nécessaire de modifier la loi fédérale sur la protection des données si l'on souhaite étendre aux hôpitaux privés la surveillance cantonale en matière de protection des données dans le secteur de l'économie privée.

Liste des lois et travaux préparatoires

LMI	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le marché intérieur, RS 943.02.
BJ-Gutachten Spitex	Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 24. November 2005 betreffend Datenschutz im Bereich der Spitex-Dienste, VPB 70.54.
Message LAMal 1994	Message concernant la révision de l'assurance-maladie du 6 novembre 1991, FF 1992 I 77 s.
Message LAMal 2007	Message concernant la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (financement hospitalier) du 15 septembre 2004, FF 2004 5207 s.
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.
Datenschutzgesetz/LU	Gesetz des Kantons Luzern vom 2. Juli 1990 über den Schutz von Personendaten, SRL 38.
Datenschutzgesetz/SG	Datenschutzgesetz des Kantons St. Gallen vom 20. Januar 2009, sGS 142.1.
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données, RS 235.1.
IDAG	Gesetz des Kantons Aargau vom 24. Oktober 2006 über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen, SAR 150.700.
LTC	Loi du 30 avril 1997 sur les télécommunications, RS 784.10.
GesG/BS	Gesundheitsgesetz des Kantons Basel-Stadt vom 21. September 2011, SG 300.100.
IDG/BS	Gesetz des Kantons Basel-Stadt vom 9. Juni 2010 über die Information und den Datenschutz (Informations- und Datenschutzgesetz), SG 153.260.

IDG/ZH	Gesetz des Kantons Zürich vom 12. Februar 2007 über die Information und den Datenschutz, LS 170.4.
LAI	Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité, RS 831.20.
LCPD/BE	Loi du canton de Berne du 19 février 1986 sur la protection des données, RSB 152.04.
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels), RS 251.
Krankenpflegegesetz/GR	Gesetz des Kantons Graubünden vom 2. Dezember 1979 über die Förderung der Krankenpflege und der Betreuung von betagten und pflegebedürftigen Personen (BR 506.000).
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1995 sur l'assurance-maladie, RS 832.10.
LAMal 2007	RO 2008 2049 2057, FF 2004 5207 s.
OAMal	Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie, RS 832.102.
KV/ZH	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, SR 131.211.
LIPAD/GE	Loi de la République et canton de Genève du 5 octobre 2001 sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, RSG A 2 08.
LPrD	Loi du canton de Vaud du 11 septembre 2007 sur la protection des données personnelles, RSV 172.65.
LAP	Loi fédérale du 8 octobre 1982 sur l'approvisionnement économique du pays (loi sur l'approvisionnement du pays), RS 531.
LAM	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire, RS 833.1.

OAM	Ordonnance du 10 novembre 1993 sur l'assurance militaire, RS 833.11.
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (livre cinquième : droit des obligations), RS 220.
LTV	Loi du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs, RS 745.1.
LPO	Loi fédérale du 30 avril 1997 sur la poste, RS 783.0.
LSPr	Loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix, RS 942.20.
LRTV	Loi fédérale du 24 mars 2006 sur la radio et la télévision, RS 784.40.
SPFG/ZH	Spitalplanungs- und -finanzierungsgesetz des Kantons Zürich vom 2. Mai 2011, LS 813.20.
Spitalgesetz/LU	Spitalgesetz des Kantons Luzern vom 11. September 2006, SRL 800a.
LSH/BE	Loi du canton de Berne du 5 juin 2005 sur les soins hospitaliers, RSB 812.11.
OSH/BE	Ordonnance du canton de Berne du 30 novembre 2005 sur les soins hospitaliers, RSB 812.112.
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0.
LSu	Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (loi sur les subventions), RS 616.1
LET	Loi fédérale du 30 avril 1997 sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications (loi sur l'entreprise de télécommunications), RS 784.11.
LAA	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents, RS 832.20.

OLAA	Ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents, RS 832.202.
OCP	Ordonnance du 3 juillet 2002 sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux, les maisons de naissance et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie, RS 832.104.
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1.
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021.

Autor/Auteur:

Bernhard Rütsche, Prof. Dr. iur.,
Ordinarius für Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie

c/o Universität Luzern, Rechtswissenschaftliche Fakultät
Frohburgstrasse 3, Postfach 4466, CH-6002 Luzern
bernhard.ruetsche@unilu.ch
www.unilu.ch

Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich (Hrsg.)

Herausforderung Datenschutz

10 Jahre Datenschutzgesetz – eine Zwischenbilanz

mit Beiträgen von Bruno Baeriswyl, Peter L. Heinzmann, Markus Notter,
Kurt Nuspliger und Beat Rudin

digma Schriften zum Datenrecht Band 1

2005, 99 Seiten, broschiert

ISBN 978-3-7255-5088-3

Beat Rudin

Datenschutzgesetze – fit für Europa

Europarechtliche Anforderungen an die schweizerischen Datenschutzgesetze

digma Schriften zum Datenrecht Band 2

2007, 86 Seiten, broschiert

ISBN 978-3-7255-5509-3

Isabelle Häner

Unabhängigkeit der Datenschutzbehörden

Umsetzung am Beispiel der Datenschutzaufsicht des Kantons Zürich

digma Schriften zum Datenrecht Band 3

2008, 42 Seiten, broschiert

ISBN 978-3-7255-5742-4

Swiss Association of Privacy Commissioners (privatim, ed.)

Data Protection in Federal States

Supervision and Cooperation in the Field of Police and Justice

digma Schriften zum Datenrecht Band 4

2009, 86 Seiten, broschiert

ISBN 978-3-7255-5949-7

Bernhard Waldmann / Andre Spielmann

Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht

Rechtsgutachten im Auftrag des Kantons Freiburg

digma Schriften zum Datenrecht Band 5

2010, 76 Seiten, broschiert

ISBN 978-3-7255-6181-0