



## **Arrêt du 16 janvier 2019**

---

Composition

Caroline Bissegger (présidente du collège),  
Madeleine Hirsig-Vouilloz, Michela Bürki Moreni, juges,  
Daphné Roulin, greffière.

---

Parties

**La Tour Hôpital Privé SA,**  
représentée par Maître Tobias Zellweger,  
recourante,

contre

**Conseil d'Etat de la République et canton de Genève,**  
autorité inférieure.

---

Objet

Arrêté du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève déterminant la liste des hôpitaux admis par le canton de Genève au sens de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal), du 24 juin 2015.

**Faits :****A.**

La Tour Hôpital Privé SA (ci-après : La Tour, la recourante ou l'intéressée) est une société anonyme dont le siège est à Meyrin. Elle a pour but statutaire : " exploitation d'un ou plusieurs hôpitaux, de permanences médicales, et de centres médicaux et de soins en Suisse », notamment l'exploitation de « l'Hôpital de la Tour » et de « la Permanence de la Tour », tous deux sis à Meyrin (cf. extrait du registre commerce consulté pour la dernière fois le 7 janvier 2019).

**B.**

Par arrêté du 23 novembre 2011 complété par arrêté du 10 avril 2013, le Conseil d'Etat de la République et canton de Genève (ci-après : le Conseil d'Etat) a dressé la liste des hôpitaux admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins (ci-après : AOS) dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012 (TAF pce 6 annexes 1 et 3). Dans cette constellation, La Tour et le Conseil d'Etat ont signé des mandats de prestations pour les années 2012, 2013 et 2014 (TAF pce 6 annexes 2, 4 et 10). Chaque mandat fixait le nombre total de cas par pôle d'activités attribué à La Tour ainsi qu'une rémunération globale maximale.

**C.**

Sur mandat du Département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé de la République et canton de Genève (ci-après : DEAS ; devenu au 1<sup>er</sup> juin 2018 le Département de l'emploi et de la santé), Yves Egli – expert indépendant – a rendu en novembre 2014 un rapport final intitulé « Planification hospitalière des soins somatiques aigus dans le canton de Genève » (ci-après : rapport « Egli » ; TAF pce 1 annexe 35 et TAF pce 6 annexe 15). Le but de ce rapport est d'asseoir la planification hospitalière du canton de Genève en soins somatiques aigus en vue de l'échéance de la période transitoire fixée au 31 décembre 2014 (rapport « Egli », chap. 1.2 Buts et objectifs du mandat, p. 4).

**D.**

**D.a** Le Conseiller d'Etat, chef du DEAS, a transmis le rapport précité à l'Association des cliniques privées de Genève ainsi qu'à chaque clinique concernée, notamment à La Tour (TAF pce 1 annexe 36 ; TAF pce 6 annexe 16). Par courrier du 28 novembre 2014, La Tour a contesté que ce rapport puisse constituer une base pour une planification hospitalière conforme à la LAMal et à l'OAMal ; elle a notamment soulevé que des erreurs grossières subsistaient (TAF pce 1 annexe 38 et TAF pce 6 annexe 18). Un

protocole d'accord a été notamment adressé par le Conseil d'Etat à La Tour le 23 décembre 2014 (TAF pce 1 annexe 41). Par courrier du 23 décembre 2014 (TAF pce 1 annexe 42 et TAF pce 6 annexe 20), La Tour a indiqué ne pas pouvoir ratifier la nouvelle planification hospitalière par la signature d'un protocole d'accord. Elle a notamment relevé que ce document ne saurait dispenser le DEAS de suivre la procédure de planification prévue par la législation fédérale.

**D.b** Par courrier électronique du 30 janvier 2015 (TAF pce 1 annexe 46 et TAF pce 6 annexe 24), le DEAS a invité La Tour à prendre position sur le projet de mandat de prestations 2015 ; un projet modifié de ce mandat a été communiqué le 12 février 2015 (TAF pce 1 annexe 47 et TAF pce 6 annexe 25). Il ressort du projet de mandat de prestations 2015 une rémunération globale des prestations ne pouvant excéder CHF 3'462'751.- TTC ainsi qu'une limitation du nombre de cas par pôle d'activités attribué à La Tour.

**D.c** Par courrier du 20 février 2015 (TAF pce 1 annexe 48 et TAF pce 6 annexe 26), La Tour a indiqué accepter de signer dit mandat après certaines modifications. Elle a notamment proposé une répartition différente du nombre de cas attribué à chaque pôle d'activités et une rémunération globale maximale des prestations de CHF 5'367'346.-.

**D.d** Le 16 mars 2015, le DEAS a fait savoir à La Tour que ses propositions de modification n'étaient globalement pas acceptables, lui a transmis un nouveau exemplaire du mandat de prestations 2015 comprenant quelques modifications et l'a invité à retourner ce document signé si elle souhaitait figurer sur la liste hospitalière (TAF pce 1 annexe 49 et TAF pce 6 annexe 27).

## **E.**

Le mandat de prestations 2015 a été finalement signé par La Tour le 27 mars 2015 sous certaines réserves (TAF pce 1 annexe 50 ; TAF pce 6 annexe 28). Il en ressort que la rémunération globale des prestations ne peut pas excéder la somme de CHF 3'462'751.- TTC (art. 6 du Mandat de prestations 2015, p. 4). L'art. 4 fixe le nombre maximum de cas que La Tour pourra réaliser dans chaque « mission », à savoir dans chaque pôle d'activités (p. 3) ; en d'autres termes, il est instauré une limitation annuelle du nombre de cas par pôle d'activités à facturer à charge de l'AOS. Ce nombre correspond au nombre fixé dans le projet du Conseil d'Etat soumis à l'intéressée les 30 janvier 2015 et 12 février 2015 (cf. let. D.b).

Il peut être résumé comme suit les nombres de cas proposés par le rapport « Egli » (cf. let. C ; rapport « Egli » tableau 5 p. 20), ceux fixés dans le mandat de prestations 2015 (cf. let. E) et ceux correspondant à ce que la recourante a requis (cf. let. D.c) :

Missions	Rapport « Egli »	Mandat de prestations 2015	La Tour
– Chirurgie card. universit.	HUG	0	33
– Chirurgie cardio-vasculaire	45	45	71
– Cardiologie interventionn.	non attribué	21	87
– Médecine intensive	34	143	13
– Médecine interne	30	175	13
– Neurochirurgie	6	11	25
– Orthopédie spécialisée	non mentionné	0	0
– Orthopédie	31	57	134
– Urologie spécialisée	6	10	0
– Urologie	13	23	2
– Chirurgie viscérale	non mentionné	0	20
– Gastroentérologie	non mentionné	0	25
– Chirurgie plastique	7	7	33
– Chirurgie générale	33	73	63
– Nouveau-nés sains	22	58	4
– Gynécologie	15	25	18
– Obstétrique	22	55	4
– ORL spécialisé	non mentionné	0	0
– ORL	non attribué	6	6
<b>Total</b>	<b>265</b>	<b>709</b>	<b>572</b>
	<b>recte 264</b>		<b>recte 551</b>

## F.

Par arrêté du 24 juin 2015, le Conseil d'Etat genevois a fixé les établissements cantonaux et hors canton figurant sur la liste hospitalière cantonale, à savoir les établissements admis dans la(es) mission(s) pour la(es)quelle(s) ils sont mandatés à fournir des prestations à charge de l'AOS, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2015 (art. 5). L'arrêté fut publié dans la Feuille des

avis officiels de la République et canton de Genève (FAO) le 26 juin 2015 (TAF pce 1 annexe 2 et TAF pce 6 annexe 29). Cet arrêté annule et remplace les précédents arrêtés rendus en la matière par le Conseil d'Etat, à savoir ceux du 23 novembre 2011 et du 10 avril 2013 (art. 7). Aux termes de cet arrêté, La Tour a été habilitée à traiter dès le 1<sup>er</sup> janvier 2015 des patients pour le compte de l'assurance obligatoire dans les pôles d'activités suivants : chirurgie cardio-vasculaire, cardiologie interventionnelle, médecine intensive, neurochirurgie, urologie spécialisée, urologie, orthopédie, nouveau-nés sains, gynécologie, obstétrique, chirurgie plastique, ORL, chirurgie générale et médecine interne (art. 5). Cet arrêté dispose que le nombre annuel de cas ou de journées d'hospitalisation est fixé par chaque mandat de prestations (art. 5).

## **G.**

**G.a** Le 13 juillet 2015 (timbre postal), La Tour Hôpital Privé SA représentée par Me Zellweger a interjeté recours contre l'arrêté du 24 juin 2015 du Conseil d'Etat auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF pce 1). En substance, elle a invoqué que, d'une part, les limitations quantitatives (budget et nombres de cas) fixées dans le mandat de prestations violaient les art. 39, 41 et 49a LAMal d'une part et que, d'autre part, la planification hospitalière du canton de Genève avait été établie en violation des règles posées par le législateur fédéral. La recourante a ainsi conclu, sous suite de frais et dépens, principalement à ce que le mandat de prestations qui lui était confié par arrêté du Conseil d'Etat du 24 juin 2015 soit annulé et à ce que le Conseil d'Etat soit enjoint – condamné en tant que besoin – de lui confier un mandat de prestations sans limitation quantitative valable dès le 1<sup>er</sup> janvier 2015, subsidiairement, de lui confier un mandat de prestations aux conditions stipulées dans sa lettre du 20 février 2015 (notamment : rémunération globale maximale des prestations de CHF 5'367'346.- et en substance une répartition différente du nombre de cas par pôle d'activités), et enfin, plus subsidiairement, de lui confier un mandat de prestations qui résulte d'une planification hospitalière établie en conformité avec les critères de planification de l'art. 39 LAMal et des art. 58a à 58e OAMal (TAF pce 1 p. 61-63).

**G.b** Invitée à payer une avance sur les frais de procédure présumés de CHF 6'000.- (TAF pce 2), la recourante s'est acquittée dans le délai imparti de cette somme (TAF pce 4).

## **H.**

Dans sa réponse du 9 octobre 2015 (TAF pce 6), le Conseil d'Etat s'est

remis à la justice quant à la recevabilité du recours et quant au fond, a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que le recours soit rejeté et à ce que la recourante soit déboutée de toutes autres ou contraires conclusions.

**I.**

Invitée à prendre position en qualité d'autorité spécialisée (TAF pce 7), l'Office fédéral de la santé publique (ci-après : OFSP) a proposé d'accepter le recours formé par La Tour Hôpital Privé SA et de renvoyer la cause à l'instance inférieure pour nouvelle décision au sens de ses considérants (TAF pce 9). Selon l'OFSP, le canton de Genève n'a pas mis en œuvre la planification hospitalière conformément au droit fédéral.

**J.**

Après avoir été invité par le Tribunal à déposer leurs observations finales par rapport à la prise de position de l'OFSP (TAF pce 10), les parties ont déposé leurs observations respectives.

**J.a** Par mémoire du 29 janvier 2016 (timbre postal), la recourante a persisté dans les conclusions prises dans son mémoire de recours du 13 juillet 2015 et a joint un avis de droit de Bernhard Rüttsche (TAF pce 11).

**J.b** Par mémoire du 4 février 2016, le Conseil d'Etat a confirmé les conclusions énoncées dans sa réponse du 9 octobre 2015 et a relevé que les propositions de l'OFSP sont erronées, de sorte qu'elles devront être intégralement rejetées (TAF pce 12).

**K.**

Par ordonnance du 11 février 2016, le Tribunal a signalé que l'échange d'écritures était clos, d'autres mesures d'instruction demeurant toutefois réservées (TAF pce 13).

**L.**

Par courrier du 17 octobre 2016 et téléphone du 16 mai 2017, la recourante s'est informée sur l'avancée de son dossier auprès du Tribunal (TAF pce 15). Par courrier des 30 août 2017 et 30 avril 2018, elle a prié respectueusement le Tribunal de céans de bien vouloir statuer sur la présente cause, faute de quoi, elle se verra obligée de recourir au Tribunal fédéral pour déni de justice (TAF pces 16 et 18).

**M.**

Les arguments des parties seront développés plus en avant dans la partie en droit en tant que de besoin.

**Droit :****1.**

**1.1** Le Tribunal examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (cf. art. 7 et 52 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021] ; ATF 130 II 65 consid. 1 ; ATAF 2007/6 consid. 1).

**1.2** Sous réserve des exceptions – non réalisées en l'espèce – prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), ce Tribunal, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. Les décisions (ou actes de droit cantonal ayant la nature de décision ; cf. arrêt du TAF C-3705/2013 du 3 décembre 2013) rendues par des autorités cantonales sont susceptibles de recours devant le Tribunal administratif fédéral dans la mesure où d'autres lois fédérales le prévoient (art. 33 let. i LTAF). Aux termes de l'art. 90a al. 2 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal, RS 832.10), le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions des gouvernements cantonaux visées à l'art. 53 LAMal. Conformément à l'art. 53 al. 1 LAMal, sont attaquables les décisions des gouvernements cantonaux qui concernent les listes hospitalières au sens de l'art. 39 LAMal (cf. ATAF 2012/30 consid. 1). Selon la jurisprudence concernant les listes hospitalières, celles-ci contiennent autant des éléments d'une règle de droit que des éléments d'une décision, si bien qu'elles doivent être considérées comme un institut juridique *sui generis* consistant principalement en une série de décisions individuelles (ATAF 2012/9 consid. 3.2.6 ; arrêt du TAF C-1104/2012 et C-3460/2012 du 30 mai 2014 consid. 2.2). Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître du présent recours, dès lors que l'arrêté attaqué fixe la liste hospitalière au sens de l'art. 39 LAMal.

**1.3** La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie par la LTAF et par la PA auxquelles renvoie l'art. 53 al. 2 LAMal, sous réserve des exceptions énoncées à cet alinéa. La loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) n'est pas applicable (art. 1<sup>er</sup> al. 2 let. b LAMal).

**1.4** Conformément à l'art. 48 PA, a qualité pour recourir quiconque a) a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de la faire, b) est spécialement atteint par la décision attaquée, et c) a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La recourante, représentée par Me Zellweger sur la base d'une procuration

valable, a pris part à la procédure devant l'instance inférieure, soit le Conseil d'Etat genevois, et est spécialement atteinte par la décision attaquée dans la mesure où, ayant participé à la procédure de planification hospitalière ayant conduit à l'adoption de la liste hospitalière et le mandat de prestations y relatif, elle se plaint des critères appliqués dans cette planification par le canton de Genève ainsi que des limitations (nombre de cas et budget global) imposées sur son offre de soins. Ce faisant, elle a un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée de telle sorte qu'elle a la qualité pour recourir dans la présente procédure.

**1.5** En l'occurrence, interjeté en temps utile et dans les formes légales (art. 50 et 52 PA), par un hôpital disposant de la qualité pour recourir (art. 48 PA), qui s'est acquitté de l'avance de frais dans les temps (art. 21 al. 3 et 63 al. 4 PA), le recours du 13 juillet 2015 (timbre postal) est recevable quant à la forme.

## **2.**

S'agissant du droit matériel applicable, il convient de préciser que les règles applicables sont celles en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 139 V 297 consid. 2.1, 130 V 329 consid. 2.2 et 2.3, 120 Ib 317). En particulier, les dispositions de la LAMal et de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal, RS 832.102) dans leur teneur suite à la révision partielle relative au financement hospitalier et à la planification hospitalière, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009 s'appliquent (révision de la LAMal du 21 décembre 2007, RO 2008 2049, FF 2004 5207, et révision de l'OAMal du 22 octobre 2008, RO 2008 5097).

## **3.**

**3.1** Conformément à l'art. 49 PA, la recourante peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) ou la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). L'art. 53 al. 2 let. e LAMal restreint la cognition du Tribunal administratif fédéral en ce sens que le grief d'inopportunité contre les décisions des gouvernements cantonaux fondées sur l'art. 39 LAMal est irrecevable. De plus, les preuves et faits nouveaux ne peuvent être présentés que s'ils résultent de l'acte attaqué ; toute conclusion nouvelle est irrecevable (art. 53 al. 2 let. a LAMal).



**3.2** Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués à l'appui du recours (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation développée dans la décision attaquée (BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2<sup>ème</sup> éd., 2015, p. 243 ; JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale, 2013, n° 176).

#### **4.**

Dans le cas d'espèce, il convient de déterminer l'objet de la présente procédure.

**4.1** Le recours est dirigé contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 24 juin 2015 constituant l'objet de la contestation (cf. ATF 133 II 35 consid. 2 et les réf. cit. et 131 V 164 consid. 2.1 et les réf. cit.). En application de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, en principe seule la décision qui régit le rapport juridique de l'hôpital recourant peut constituer l'objet du recours ; les autres décisions de la liste hospitalière – laquelle consiste juridiquement en une série de décisions individuelles – qui n'ont pas été contestées, entrent en vigueur (cf. ATAF 2012/9 consid. 3.2 et 3.3). Seul destinataire d'une telle décision individuelle est l'hôpital qui a reçu un mandat de prestation ou à qui un mandat de prestation a été refusé (arrêt du 22 décembre 1997 de l'ancien Tribunal fédéral des assurances, SVR 1998 KV no. 14 consid. 3.a). En outre, le Tribunal administratif fédéral a jugé que l'objet du litige peut porter sur le contenu du mandat de prestations conclu entre le canton et l'hôpital concerné, lorsque le canton apporte des modifications sur le mandat de prestations conclu avec l'hôpital de manière que cela a également des conséquences sur la liste hospitalière (arrêt du TAF C-2989/2014 du 19 décembre 2017 consid. 7.2) ou lorsque la liste hospitalière renvoie expressément au mandat de prestations sur un aspect qui influence la liste hospitalière, tel que la limitation quantitative du nombre de cas dans les pôles d'activités (consid. 7.3).

**4.2** En l'espèce, la recourante se prévaut (i) du non-respect par le canton de Genève des critères de planification fixés par le droit fédéral dans le cadre de la planification hospitalière, ce grief faisant partie de l'objet du litige. De plus, la recourante a conclu (ii) à ce qu'il lui soit confié un mandat de prestations sans limitation annuelle du nombre de cas dès le 1<sup>er</sup> janvier 2015. L'arrêté du Conseil d'Etat du 24 juin 2015 indique expressément à son art. 5 que le nombre annuel de cas ou de journées d'hospitalisation est fixé par chaque mandat de prestations. Dans le mandat de prestations entre la recourante et le Conseil d'Etat, ont été instaurées des limitations maximales du nombre de cas par pôle d'activités à facturer à charge de

l'AOS (cf. let. E). Conformément à la jurisprudence susmentionnée, dites limitations font partie de l'objet du litige en raison du renvoi prévu dans l'arrêté du Conseil d'Etat. Enfin, la recourante a contesté (iii) le budget global fixé dans le mandat de prestations qui lui était attribué. Dit grief fait également partie de l'objet du litige, dès lors que le budget global est lié aux limitations du nombre de cas. En effet, le montant du budget global résulte de la multiplication du nombre de cas attribué à l'établissement hospitalier par les forfaits par cas prévus pour les prestations concernées.

Le Tribunal de céans présentera d'abord le cadre global de la planification hospitalière (consid. 5-7), puis les trois principaux griefs de la recourante, à savoir les critères de planification du droit fédéral (consid. 8-16), les limitations du nombre de cas par pôle d'activités (consid. 17-22) et le budget global (consid. 23-25).

## 5.

**5.1** En vertu de l'art. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération. En matière d'assurance-maladie, l'art. 117 Cst. confère à la Confédération une compétence concurrente non limitée aux principes, qui admet en outre l'instauration d'un monopole de droit indirect. La Confédération peut donc régler exhaustivement cette matière, ce qui, en cas d'épuisement de la matière, exclurait toute compétence cantonale autonome dans ce domaine. Seules demeuraient des compétences réservées ou déléguées aux cantons ainsi que celles résultant de l'exécution du droit fédéral (art. 46 Cst.). La Confédération a concrétisé cette compétence par l'adoption de la LAMal, de l'OAMal ainsi que de diverses autres ordonnances. Cela étant, la Confédération n'a, en l'état, pas épuisé la matière, si bien que les cantons conservent une compétence résiduelle leur permettant d'adopter des règles autonomes dans certains domaines, qui se déterminent au cas par cas (cf. ATF 140 I 218 consid. 5.6 et les réf. cit.). S'agissant de la planification hospitalière, la Confédération s'est contentée d'adopter une réglementation-cadre en fixant certains objectifs et principes obligatoires, tout en laissant aux cantons le soin et la compétence de les concrétiser. Dans ces limites, la planification hospitalière demeure du ressort des cantons (cf. ATF 140 I 218 consid. 5.6.3 et les réf. cit.). Lors de l'entrée en vigueur de la révision partielle de la LAMal et de l'OAMal dès le 1<sup>er</sup> janvier 2009 (cf. infra consid. 6), la répartition des compétences attribuées aux

cantons et fixées dans la Constitution n'a pas subi de modification (Message du Conseil fédéral du 15 septembre 2004 concernant la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie [financement hospitalier] ; ci-après : Message du Conseil fédéral LAMal 2004 ; FF 2004 5223).

**5.2** En tenant compte de ce qui précède, la planification hospitalière et son application n'ont pas été réglées de manière exhaustive par la LAMal ; dite loi laisse aux cantons une importante marge de manœuvre lors de l'élaboration de la planification et de la liste hospitalière (arrêt du TAF C-401/2012 du 28 janvier 2014 consid. 3.2 et les réf. cit.). Les cantons doivent légiférer sans violer le sens et l'esprit de la législation fédérale, ni ne contredire son but (GEBHARD EUGSTER, *Krankenversicherung*, in : *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Band XIV, Soziale Sicherheit, Ulrich Meyer (édit.), 3<sup>ème</sup> éd., 2016, n° 794). Etant donné que seule la violation du droit fédéral peut être réprimandée sur la base de l'art. 49 let. a PA, la violation du pouvoir d'appréciation ne peut se référer qu'au droit fédéral, mais pas au droit cantonal ou intercantonal, ni même à une recommandation intercantonale (arrêt du TAF C-28/2016 du 24 juillet 2018 consid. 3.2). L'application du droit cantonal n'est pas examinée par le Tribunal administratif fédéral ou uniquement pour déterminer s'il y a violation du droit fédéral, y compris l'application arbitraire du droit cantonal. Il n'y a pas de contrôle libre du droit cantonal (voir arrêt du TF 2C\_399/2012 du 8 juin 2012 consid. 2.7 ; arrêts du TAF C-28/2016 du 24 juillet 2018 consid. 3.1, C-6007/2016 du 7 février 2018 consid. 7.8 et C-623/2009 du 8 septembre 2010 consid. 3.2 et les réf. cit.).

### 5.3

**5.3.1** La liberté d'appréciation qualifie les situations dans lesquelles la norme laisse à l'administration le choix entre plusieurs solutions, qui sont a priori toutes également légales (cf. art. 5 al. 1 Cst ; PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, *Droit administratif*, vol. I, *Les fondements*, 2012, 3<sup>ème</sup> éd., n° 4.3.2.1 p. 739). Le pouvoir d'appréciation doit toujours être exercé conformément à la Constitution et à la loi. Selon la jurisprudence et la doctrine, une autorité abuse de son pouvoir d'appréciation lorsque, tout en opérant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui lui est accordé, elle se laisse guider par des motifs étrangers au but de la norme concernée ou lorsqu'elle viole les principes généraux du droit, en particulier l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité. L'autorité doit donc notamment respecter le but dans lequel un tel pouvoir lui a été conféré, ne pas le détourner de sa finalité (application du principe de la

proportionnalité) ; c'est par rapport à ce but que se détermine la portée de la liberté d'appréciation. Elle commet, par contre, un excès de son pouvoir d'appréciation lorsqu'elle use de son pouvoir d'appréciation alors qu'aucune liberté d'appréciation ne lui est accordée par la loi (excès positif) ou, au contraire, lorsqu'elle n'en fait pas usage alors que la loi lui prescrit de le faire, par exemple, si elle s'estime liée à tort à une seule solution possible (excès négatif). L'autorité qui abuse ou excède son pouvoir d'appréciation viole le droit (ATF 137 V 71 consid. 5.1, 123 V 150 consid. 2, 116 V 307 consid. 2 ; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2013, p. 109-110, n° 2.184 ss ; THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2011, p. 170s, n° 512 ss ; OLIVER ZIBUNG/ELIAS HOFSTETTER, *zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]*, Waldmann/Weissenberger (édit.), *Praxiskommentar*, 2009, n° 28 ss ad art. 49 PA, p. 989s ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *op. cit.*, n° 4.3.2.3, p. 743 ss). L'autorité de recours ne peut toutefois pas substituer sans motifs pertinents sa propre appréciation à celle de l'autorité de première instance (ATF 137 V 71 consid. 5.2).

**5.3.2** Selon sa pratique constante, le Tribunal administratif fédéral s'impose une certaine retenue lors de l'examen de la décision de l'autorité inférieure lorsque l'application de la loi suppose la connaissance de circonstances locales, lorsqu'elle nécessite des connaissances techniques ou lorsque interviennent des considérations ayant trait à l'orientation d'une politique publique (cf. arrêts du TAF A-5047/2011 du 7 février 2013 consid. 2, A-2898/2011 du 6 décembre 2012 consid. 2.1, A-5041/2009 du 22 décembre 2009 consid. 2 et les réf. cit.). La restriction du pouvoir d'examen du Tribunal n'est justifiée que s'il peut admettre que l'autorité administrative a examiné les points essentiels et a procédé soigneusement et complètement aux éclaircissements nécessaires. Le Tribunal veille aussi à s'assurer que l'usage fait par l'autorité inférieure de son pouvoir d'appréciation est conforme au droit fédéral (ATF 133 II 35 consid. 3 ; ATAF 2010/25 consid. 2.4.1 ; arrêt du TAF A-7810/2010 du 14 juillet 2011 consid. 4.4 ; CANDRIAN, *op. cit.*, n° 190).

**5.3.3** Il s'agit encore de distinguer la liberté d'appréciation précitée et l'opportunité. Dans le cadre de l'opportunité – dont l'examen est en l'espèce irrecevable (cf. consid. 3.1) – la décision contestée reste à l'intérieur même des limites légales et des limites du pouvoir d'appréciation (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, *op. cit.*, n° 4.3.2.2 p. 741 ; TANQUEREL, *op. cit.*, n° 513 et ss).

## 6.

**6.1** Le financement hospitalier était versé par établissement jusqu'à l'entrée en vigueur de la révision partielle de la LAMal et de l'OAMal le 1<sup>er</sup> janvier 2009. Avec l'entrée en vigueur de cette révision, le financement versé dépend des prestations fournies par l'hôpital (voir Message du Conseil fédéral LAMal 2004 ; FF 2004 5207, 5221). La précédente pratique admettait ainsi la fixation d'un nombre de lits dans le mandat de prestation dans le but d'éviter une sous-capacité respectivement une surcapacité. Une offre excessive de lits aurait tendance à faire augmenter la consommation de prestations hospitalières (ATF 133 V 579 consid. 3.4 et les réf. cit.). En 1998, constatant que les objectifs concernant les instruments de maîtrise des coûts n'ont pas été atteints, le législateur a voulu changer le système et a prévu une révision partielle de la LAMal (art. 35 ss LAMal) et de l'OAMal (art. 58a ss OAMal). Il a été mis en évidence qu'en raison du système chacun des partenaires financiers était focalisé sur son propre avantage au lieu de se focaliser sur une optimisation du rapport coût-prestations, ce qui aurait un effet modérateur sur les coûts (Message du Conseil fédéral LAMal 2004 ; FF 2004 5212).

**6.2** Le moyen retenu pour obtenir une maîtrise des coûts a été la mise en place d'une concurrence accrue dans le secteur hospitalier devant aboutir à une optimisation progressive des coûts de production et de la qualité sans modifier les grandes orientations, en particulier l'application cohérente des principes inscrits dans la loi (Message du Conseil fédéral LAMal 2004 ; FF 2004 5207, 5208 et 5244, RO 2008 2049). D'une part la concurrence s'effectue entre les hôpitaux inscrits sur une liste hospitalière (intra-cantonaux et extra-cantonaux ; décision incidente du TAF C-6266/2013 du 23 juillet 2014 consid. 4.6.1) et d'autre part entre les hôpitaux inscrits sur une liste hospitalière et les hôpitaux conventionnés au sens de l'art. 49a al. 4 LAMal (arrêt du TAF C-6266/2013 du 29 septembre 2015 consid. 4.4.4)

Comme avant l'entrée en vigueur du nouveau financement hospitalier, la planification hospitalière cantonale doit d'une part assurer la couverture des besoins en soins hospitaliers de la population et d'autre part tendre à une maîtrise des coûts, notamment à éviter les surcapacités (arrêt du TAF C-28/2016 du 24 juillet 2018 consid. 4.2 et les réf. cit.). En outre, comme auparavant, la planification hospitalière doit contribuer à une meilleure coordination des fournisseurs de prestations et une utilisation optimale des ressources. Elle doit permettre également de concentrer l'offre, concentration qui permet à son tour une amélioration de l'efficacité et de la qualité,

but de la révision du système de financement hospitalier (arrêt du TAF C-401/2012 du 28 janvier 2014 consid. 9.2). Dans le message du Conseil fédéral concernant la révision partielle de la LAMal sur le financement hospitalier, il est expliqué que les cantons sont incités à attribuer leurs mandats de prestations aux institutions qui remplissent les exigences de la manière la plus efficiente. Comme les investissements sont rémunérés à parts égales, les cantons n'ont aucun intérêt à maintenir des structures inappropriées ou superflues (Message du Conseil fédéral LAMal 2004 ; FF 2004 5231). Dans une décision du 17 février 1999 relative à la liste hospitalière zurichoise 1998, était conforme aux buts poursuivis par la planification hospitalière le choix d'une variante visant la concentration des mandats de prestations sur un certain nombre d'établissements hospitaliers à l'exclusion d'autres institutions au lieu de limiter le nombre de mandats de prestations attribués à chaque établissement. De plus, l'autorité cantonale a exercé correctement son pouvoir d'appréciation dans le choix de cette variante et n'a pas violé le principe de la proportionnalité (RAMA 3/1999 p. 211 consid. II. 4.4, 5 à 7).

**6.3** Selon le régime transitoire, la mise en place du nouveau financement hospitalier a été organisée en plusieurs étapes. Ainsi, une première étape imposait au 31 décembre 2011 l'introduction des forfaits liés aux prestations au sens de l'art. 49 al. 1 LAMal (sur la base d'une structure tarifaire uniforme au niveau suisse nommé SwissDRG [cf. consid. 13.2.1]) ainsi que l'application des règles de financement au sens de l'art. 49a LAMal. A cette même date, la réglementation prévue à l'art. 41 al. 1<sup>bis</sup> LAMal (libre choix notamment de l'hôpital) devait également être mise en œuvre. Enfin, les cantons devaient respecter dans leurs planifications hospitalières les exigences prévues à l'art. 39 LAMal dans un délai de trois ans à compter de la date d'introduction des forfaits liés aux prestations, soit au plus tard au 31 décembre 2014 (Dispositions transitoires de la modification du 21 décembre 2007 [financement hospitalier] de la LAMal, al. 1, 3 et 6).

## 7.

**7.1** L'art. 39 al. 1 LAMal, en relation avec l'art. 35 al. 1 LAMal, fixe les conditions, cumulatives, que doivent remplir les établissements et celles de leurs divisions qui servent au traitement hospitalier de maladies aiguës ou à l'exécution, en milieu hospitalier, de mesures médicales de réadaptation (hôpitaux) pour être admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins. Ainsi, un hôpital doit garantir une assistance médicale suffisante (let. a), disposer du personnel qualifié nécessaire (let. b), disposer d'équipements médicaux adéquats et garantir la fourniture adéquate de

médicaments (let. c). De plus, un hôpital doit correspondre à la planification établie par un canton ou, conjointement, par plusieurs cantons afin de couvrir les besoins en soins hospitaliers, les organismes privés devant être pris en considération de manière adéquate (let. d). Une fois qu'il remplit les conditions précitées, l'hôpital doit encore figurer sur la liste cantonale fixant les catégories d'hôpitaux en fonction de leurs mandats (let. e).

**7.2** En vertu de l'art. 39 al. 2<sup>ter</sup> LAMal, le Conseil fédéral édicte des critères de planification uniformes en prenant en considération la qualité et le caractère économique de la prestation. Il consulte au préalable les cantons, les fournisseurs de prestations et les assureurs. Conformément à cette délégation de compétence et afin de préciser les conditions précitées, le Conseil fédéral a édicté les art. 58a à 58e de l'OAMal, entrés en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2009, lesquels précisent le processus de planification afin de couvrir les besoins en soins hospitaliers (art. 39 al. 1 LAMal) ainsi que les critères de la planification hospitalière cantonale (art. 39 al. 2<sup>ter</sup> LAMal).

### 7.3

**7.3.1** Alors que le projet initial de révision de la LAMal prévoyait seulement une simple possibilité pour le Conseil fédéral d'édicter des critères de planification (« Le Conseil fédéral peut édicter [...] ; « Der Bundesrat kann allgemeine, einheitliche Grundsätze für die Planung erlassen, [...] » ; « Il Consiglio federale può emanare principi uniformi di carattere generale per la Pianificazione [...] » Projet de la loi fédérale sur l'assurance-maladie [LAMal] [Financement hospitalier] ; FF 2004 5253) ; dans la version finale ce n'est plus une possibilité mais une obligation (« Le Conseil fédéral édicte des critères de planification uniformes [...] » ; « Der Bundesrat erlässt einheitliche Planungskriterien [...] » ; « Il Consiglio federale emana criteri di pianificazione uniformi [...] »). En effet, il a été soulevé lors des débats parlementaires que « le Conseil fédéral doit édicter des critères uniformes pour la planification. Il est très important que dans cette démarche nouvelle, les cantons puissent effectivement disposer de critères fédéraux pour entreprendre leur planification ; c'est d'ailleurs ce qu'ils demandent eux-mêmes » (BO 2006 CE 50 Brunner Christiane). « [...] bezüglich der Planungskriterien eben auch eine gewisse Transparenz geschaffen werden sollte » (BO 2007 CN 434 Gutzwiller Felix ; ATF 138 II 398 consid. 3.3.3.3.3). « Der Bund soll planen und den Kantonen auch einheitliche Kriterien vorgeben, damit sie ihre eigene Planung auf eine solide Basis abstützen können » (BO 2007 CN 432 Teuscher Franziska). Dans ce contexte, le Conseil fédéral a codifié aux art. 58a ss LAMal la jurisprudence et a également introduit de nouveaux critères (arrêt du TAF C-325/2010 du

7 juin 2010 consid. 4.4.3 et 4.4.4 et C-5603/2017 du 14 septembre 2018 consid. 7.6.1). Il a précisé que la prescription de critères de planification doit réduire les différences entre les concepts de planification cantonaux. Le Conseil fédéral a souligné que dans le nouveau système de planification hospitalière il faut déterminer le besoin en soins de la population cantonale et le comparer à l'offre existante, avant de tenir compte des critères de qualité et d'économicité (Rapport du Conseil fédéral « Bases de la planification hospitalière et pistes de développement » du 18 décembre 2013, p. 13-14 [ci-après : rapport CF 2013]). La planification hospitalière et son application n'étant pas réglée exhaustivement, les cantons disposent, lors de l'élaboration de la planification et de la liste hospitalières, d'un large pouvoir d'appréciation, en particulier dans la mise en œuvre concrète des critères posés par la loi et l'ordonnance, quand bien même ces critères sont identiques pour l'ensemble du territoire national (arrêt C-401/2012 du 28 janvier 2014 consid. 10.1 ; cf. supra consid. 5.2). Le Tribunal administratif fédéral a déjà dit à plusieurs reprises que la planification hospitalière appliquant le nouveau financement hospitalier doit respecter les critères des art. 58a ss OAMal (arrêts C-401/2012 précité consid. 5.2, C-325/2010 du 7 juin 2012 consid. 4.4.4, 4.5.5, 4.6 et C-426/2012 du 5 juillet 2013 consid. 3.2.1). Au vu de ce qui précède, il est clair que dans le cadre de leur planification hospitalière tous les cantons doivent appliquer les critères fixés aux art. 58a ss OAMal dans un but d'uniformisation.

**7.3.2** A teneur de l'art. 58a al. 1 OAMal, la planification en vue de couvrir les besoins en soins (art. 39 al. 1 let. d LAMal) garantit aux habitants des cantons qui l'établissent le traitement hospitalier à l'hôpital ou dans une maison de naissance ainsi que le traitement dans un établissement médico-social. En vertu de l'art. 58b al. 1 OAMal, les cantons déterminent les besoins selon une démarche vérifiable (1<sup>ère</sup> phrase) en se fondant notamment sur des données statistiquement justifiées et sur des comparaisons (2<sup>ème</sup> phrase). Les cantons déterminent également l'offre utilisée dans les établissements qui ne figurent pas sur la liste qu'ils ont arrêtée (art. 58b al. 2 OAMal). Puis ils déterminent l'offre qui doit être garantie par l'inscription d'établissements cantonaux et extra-cantonaux sur la liste visée à l'art. 58e afin que la couverture des besoins soit assurée ; il s'agit donc de déduire des besoins déterminés à l'al. 1 l'offre déterminée conformément à l'al. 2 (art. 58b al. 3 OAMal). En d'autres termes, il ressort de l'art. 58b al. 1-3 OAMal que les cantons doivent déterminer les besoins (al. 1), puis il s'agit d'évaluer (al. 2) et de déduire (al. 3) l'offre utilisée dans les établissements qui ne figurent pas sur la liste que le canton a arrêtée. En vertu de l'art. 58b al. 4 OAMal, lors de l'évaluation et du choix de l'offre qui doit être garantie



par la liste, les cantons prennent notamment en compte : le caractère économique et la qualité de la fourniture de prestations (let. a), l'accès des patients au traitement dans un délai utile (let. b) et la disponibilité et la capacité de l'établissement à remplir le mandat de prestations selon l'art. 58e OAMal. L'art. 58b al. 5 OAMal précise que, lors de l'examen du caractère économique et de la qualité, les cantons prennent notamment en considération : l'efficacité de la fourniture de prestations (let. a), la justification de la qualité nécessaire (let. b), dans le domaine hospitalier, le nombre minimum de cas et l'exploitation des synergies (let. c). L'art. 58c OAMal définit le type de planification, à savoir une planification liée aux prestations pour les hôpitaux traitant des maladies somatiques aiguës ainsi que pour les maisons de naissance (let. a), une planification liée aux prestations ou aux capacités pour la réadaptation ou le traitement psychiatrique à l'hôpital (let. b) et une planification liée aux capacités pour les établissements médico-sociaux (let. c).

**7.3.3** La définition des tâches qu'un hôpital doit accomplir dans le cadre de la planification cantonale est définie par le biais du *mandat de prestations*. Le mandat de prestations fixe la palette des prestations attribuée à un hôpital ainsi que des exigences spécifiques (par exemple la mise à disposition de services d'urgences dans des régions isolées), dont le respect est une condition préalable à l'inscription d'un hôpital, qu'il soit public ou privé, sur une liste hospitalière, dans la mesure où ces exigences ont trait à la couverture des besoins en soins de la population (art. 58e al. 3 OAMal ; Message du Conseil fédéral LAMal 2004 ; FF 2004 5207, 5231 et 5232). Du fait que les cantons sont intéressés à un rapport le plus favorable possible entre les coûts et la qualité des prestations, car ils doivent financer à hauteur de 55% les prestations de tous les hôpitaux figurant sur leur liste hospitalière, indépendamment de la forme juridique et de l'organisme responsable (art. 49a al. 2 LAMal), ils sont incités à attribuer leurs mandats de prestations aux hôpitaux qui remplissent les exigences de la manière la plus efficace (Message du Conseil fédéral LAMal 2004, FF 2004 5207, 5231, RO 2008 2049), et donc d'ajuster l'offre de prestations aux besoins en soins de leur population en limitant le nombre d'hôpitaux inscrits sur leur liste hospitalière pour un pôle d'activité donné. Dans cette constellation, les cantons n'ont aucun intérêt à maintenir des structures inappropriées ou superflues (Message du Conseil fédéral LAMal 2004 ; FF 2004 5207, 5231).

**7.3.4** Les cantons inscrivent sur leur *liste hospitalière* visée à l'art. 39 al. 1 let. e LAMal, les établissements cantonaux et extra-cantonaux nécessaires pour garantir l'offre déterminée conformément à l'art. 58b al. 3 OAMal (art.

58e al. 1 OAMal). Les listes mentionnent pour chaque hôpital l'éventail de prestations correspondant au mandat de prestations (art. 58e al. 2 OAMal). Celui-ci peut contenir notamment l'obligation de disposer d'un service d'urgence (art. 58e al. 3 OAMal). La planification hospitalière et les listes doivent constamment être vérifiées et ajustées si nécessaire à l'évolution des besoins (art. 58a al. 2 OAMal ; ATAF 2010/15 consid. 4.2 ; RAMA 4/2002 233 consid. 2.2 ; GEBHARD EUGSTER, Bundesgesetz über die Krankenversicherung, 2010, ad art. 39 LAMal, n<sup>os</sup> 13, 16 et 24). La liste hospitalière doit être conforme aux normes fédérales relatives à la planification hospitalière (art. 39 al. 1 let. d LAMal ; cf. arrêt du TAF C-1966/2014 du 23 novembre 2015 consid. 4.2). L'inscription ou non d'un hôpital sur la liste hospitalière revêt une importance majeure en termes de politique sanitaire et sociale, mais aussi en principe en termes de politique régionale, d'emploi et de politique générale. Il s'agit ainsi d'une décision reposant principalement sur des motifs politiques. Par conséquent, il n'existe aucun droit à figurer sur une liste hospitalière (arrêt du TAF C-6007/2016 du 7 février 2018 consid. 8.9).

**7.3.5** En résumé, pour faire leur planification hospitalière les cantons doivent d'abord déterminer les besoins « die Bedarfsermittlung » (données statistiques, flux des assurés ; art. 58b al. 1 OAMal), les capacités hospitalières qui ne figurent pas sur la liste qu'ils ont arrêtés (art. 58b al. 2 OAMal) et l'offre qui doit être garantie sur la liste hospitalière (art. 58b al. 3 OAMal). L'offre qui doit être garantie par la liste est évaluée et choisie conformément à l'art. 58b al. 4 à 5 OAMal. Les mandats de prestations sont ensuite attribués aux hôpitaux retenus (art. 58e al. 3 OAMal). Enfin, ces hôpitaux sont inscrits sur la nouvelle liste hospitalière pour les pôles d'activité déterminés dans le mandat de prestations (art. 58e al. 1 et 2 OAMal).

**7.4** La Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS) a édité, le 14 mai 2009, des « Recommandations sur la planification hospitalière d'après la révision de la LAMal sur le financement hospitalier du 21 décembre 2007 » (ci-après : Recommandations CDS ; [www.gdk-cds.ch](http://www.gdk-cds.ch)>Thèmes>Planification hospitalière). Ces Recommandations CDS sont régulièrement révisées ; la dernière révision a été approuvée par l'Assemblée plénière de la CDS le 25 mai 2018 et comprend la jurisprudence jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2018. Ces Recommandations ne sont pas contraignantes pour les cantons, mais doivent cependant favoriser une vision commune de la tâche cantonale de la planification hospitalière et s'entendent ainsi également comme une contribution à la coordination intercantonale de la planification hospitalière au sens défini par l'art. 39 al. 3

LAMal (Recommandations CDS du 25 mai 2018 p. 2). Ces Recommandations ne lient également pas les tribunaux (ATF 140 V 277 consid. 4.2 p. 281). Le Tribunal fédéral a précisé que les Recommandations CDS constituent uniquement une opinion, ne peuvent pas être considérées comme des règles de droit et ne sont pas une interprétation contraignante de la LAMal (ATF 138 II 398 consid. 2.3.5).

### *Critères de planification du droit fédéral*

#### **8.**

Il convient maintenant d'examiner si le Conseil d'Etat genevois a tenu compte à satisfaction des critères de planification du droit fédéral menant à l'inscription de la recourante sur la liste hospitalière 2015 pour les pôles d'activités concernés. Pour fonder sa planification hospitalière, le canton de Genève s'est référé au rapport « Eggli » du 3 novembre 2014 (cf. supra let. C). La recourante invoque que la planification hospitalière du canton de Genève a été établie en violation des règles posées par le législateur fédéral (recours TAF pce 1 p. 44-60). Le Conseil d'Etat conteste l'intégralité des griefs soulevés par la recourante (réponse TAF pce 6 p. 10-16). Quant à l'OFSP, il est d'avis que le canton n'a pas procédé à une planification dans le sens de la loi (prise de position TAF pce 9). Le Tribunal examinera le respect des critères de la planification hospitalière établis par le Conseil fédéral, respectivement les griefs soulevés par la recourante selon la chronologie suivante : a) la détermination des besoins (infra consid. 9-10), puis (b) l'évaluation et le choix de l'offre (infra consid. 11-15).

#### *a) Détermination des besoins*

Au stade de la détermination des besoins il sied d'abord d'examiner si la couverture des besoins des assurés a été établie de manière conforme à la législation fédérale, notamment en ce qui concerne aa) les assurés selon leur régime d'assurance et ab) le flux des patients.

#### *aa) Assurés selon leur régime d'assurance*

#### **9.**

**9.1** Le rapport « Eggli » indique dans son chapitre 2.3 Définition des besoins de la population, quel besoin a été pris en considération dans le cadre de la planification hospitalière cantonale (p. 8). Il est mentionné que les besoins de la population ont été définis sur la base des patients hospi-

talisés « pour recevoir des prestations LAMal », de sorte que les hospitalisations relevant d'autres régimes d'assurance (assurance-accident, assurance militaire fédérale, assurance-invalidité, etc) n'ont pas été incluses. Les statistiques utilisées par le rapport « Egli » fixent dans le canton de Genève à 63% les séjours de patients au bénéfice de la seule AOS. Le rapport « Egli » a décidé de rajouter une marge de 5% et de fixer à 68% les besoins à couvrir par les établissements figurant sur la liste. Cette marge a pour but de garantir la couverture des besoins en cas de fluctuation du nombre de cas et couvrir des cas privés pour le surplus. Elle correspond à une augmentation de 7.5% environ de la part des séjours AOS sur l'ensemble des séjours.

**9.2** Les griefs soulevés par les parties sont en substance les suivants :

**9.2.1** La recourante se plaint que dans le cadre de la planification hospitalière du canton de Genève, la couverture des besoins ne porte pas sur *tous* les assurés indépendamment de leur couverture d'assurance. Le rapport « Egli » ne respecte pas l'art. 58a OAMal et le droit cantonal, en particulier l'art. 16A al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 29 mai 1997 (LaLAMal, J 3 05). Selon cette dernière disposition, la planification hospitalière cantonale vise à couvrir les besoins en soins hospitaliers des habitants du canton, indépendamment de leur couverture d'assurance en la matière. En d'autres termes, la planification hospitalière cantonale genevoise contrevient au droit fédéral et cantonal, en ne visant pas à garantir la couverture des besoins de tous les habitants du canton, y compris les habitants au bénéfice d'une assurance complémentaire (recours p. 48-49).

**9.2.2** L'autorité inférieure explique que son choix de planification (« cas AOS purs LAMal » de 63% + marge de 5%) s'impose dès lors que les assurés privés ne relèvent pas de la LAMal mais de la législation concernant le contrat d'assurance. Par ailleurs, la minorité de patients bénéficiant d'une assurance privée sont pour la plupart entièrement couverts par cette dernière en cas d'hospitalisation (réponse p. 11-12). L'offre utilisée dans des établissements qui n'ont pas été mandaté dans le cadre de la planification hospitalière correspond donc à la proportion d'assurés bénéficiant d'une assurance privée (réponse p. 10).

**9.2.3** Selon l'OFSP, les hospitalisations des assurés bénéficiant d'une assurance complémentaire n'ont pas été prises en considération dans la planification genevoise, de sorte que celle-ci n'est pas conforme au droit fédéral (prise de position p. 5 n° 4.2).

### 9.3

**9.3.1** En vertu de l'art. 58b al. 1, 1<sup>ère</sup> phrase, OAMal, les cantons déterminent les *besoins* selon une démarche vérifiable. A la lecture de cette disposition, aucune distinction n'est faite selon le régime d'assurance. Par conséquent, selon une interprétation littérale, tous les besoins des assurés – indépendamment de leur régime d'assurance – doivent être pris en compte. Cette interprétation peut être confirmée par l'art. 58b al. 2 à 3 OAMal aux termes duquel il s'agit de déduire des besoins précités (al. 1) l'offre qui est utilisée justement par les établissements qui ne figurent pas sur la liste arrêtée par le canton. Le résultat de cette déduction permet d'obtenir l'offre qui doit être garantie par l'inscription d'établissements cantonaux et extra-cantonaux sur la liste visée à l'art. 58e OAMal afin que la couverture des besoins soit assurée. Le Tribunal administratif fédéral a déjà précisé que les cantons sont tenus de procéder à la planification hospitalière au sens de l'art. 39 al. 1 let. d LAMal de manière à ce que l'offre et la demande doivent être déterminées pour tous les régimes d'assurance dans leur ensemble (ATAF 2010/15 consid. 4.3). En effet, l'assurance-maladie doit s'acquitter des frais couverts par l'AOS également pour les patients au bénéfice d'une assurance complémentaire, dès lors qu'elle doit payer le montant équivalent s'il était soigné en division commune. Par conséquent, la planification hospitalière doit également s'appliquer aux hôpitaux et aux lits d'hôpitaux dans lesquels sont logés des assurés complémentaires (ATF 132 V 6 consid. 2.4.2). Le Tribunal de céans constate que, dans sa planification hospitalière au niveau de l'évaluation des besoins, le canton de Genève s'est limité aux statistiques des résidents genevois hospitalisés au seul bénéfice de l'AOS et n'a donc intentionnellement pas pris en considération l'ensemble des besoins des résidents. Pour ce premier motif, la planification hospitalière genevoise s'écarte de la jurisprudence selon laquelle la demande notamment doit être déterminée en tenant compte de tous les assurés sans opérer de distinction selon leur régime d'assurance. De surcroît, le canton de Genève en fixant d'emblée quels besoins devaient être évalués, a écarté l'étape décrite à l'art. 58b al. 2 OAMal. Cette étape est en l'occurrence clairement absente du rapport « Egli ». Pour ce second motif, en faisant abstraction de cet al. 2, le canton de Genève ne se conforme pas aux différentes étapes de la planification hospitalière établies par le Conseil fédéral sur mandat du législateur fédéral (art. 39 al. 1 et 2<sup>ter</sup> LAMal). Dès lors que l'art. 58b OAMal fixe des étapes de planification, il n'appartient pas au canton de Genève dans le cadre de sa marge de manœuvre de s'en écarter (cf. consid. 7.3.1). Enfin, l'argument de l'autorité inférieure selon lequel son système de planification s'impose dès lors que les assurés privés ne relèvent pas de la LAMal tombe à faux, étant donné

que cette constellation n'a rien de particulier au canton de Genève. Les cantons sont liés par les différentes étapes fixées par le Conseil fédéral sur la manière de procéder quant à la détermination des besoins. En outre, ne rend également pas conforme à l'évaluation des besoins fixée dans l'OAMal la simple allégation selon laquelle les établissements hospitaliers qui n'ont pas été mandatés dans le cadre de la planification hospitalière correspondent à la proportion d'assurés bénéficiant d'une assurance privée. Au vu de ce qui précède, pour cette première raison, la détermination des besoins dans le cadre de la planification hospitalière du canton de Genève n'est pas conforme à la législation fédérale.

**9.3.2** Enfin l'ajout d'une marge de 5% aux besoins en soins hospitaliers des résidents genevois disposant de la seule AOS ne rend toujours pas la planification hospitalière genevoise compatible aux étapes établies par l'OAMal. Il sied de préciser que l'instauration d'une telle marge quant aux prévisions futures doit notamment reposer sur des données statistiques justifiées et sur des comparaisons (cf. art. 58b al. 1 OAMal). Selon le rapport « Egli », il a été tenu compte de l'augmentation des besoins, selon les prévisions de l'Observatoire suisse de la santé effectuée pour le canton de Genève (basée sur l'évolution démographique prévue pour l'année 2015, scénario « transfrontalier »), estimée par pôle d'activité (chap. 2.3 Définition des besoins de la population, p. 8). La question peut être laissée ouverte si la prise en considération des prévisions futures du canton de Genève respectent l'art. 58b al. 1 OAMal, dès lors que la planification hospitalière genevoise ne répond pas aux exigences du droit fédéral à plusieurs égards, comme le montrent le considérant 9.3.1 et les suivants (arrêt du TAF C-6266/2013 du 29 septembre 2015 consid. 5.2.3 question similaire en matière de psychiatrie). La recourante n'a d'ailleurs pas contesté devant le Tribunal de céans cette question.

**9.4** Enfin, dès lors que la recourante a invoqué – en plus de la violation du droit fédéral – une violation du droit cantonal (art. 16A al. 1 LaLAMal), il convient de rappeler que le Tribunal administratif fédéral est limité à l'examen du droit cantonal dans la mesure où il contrevient au droit fédéral ou s'il entrave ou complique l'application du droit fédéral (arrêt du TAF C-6007/2016 du 7 février 2018 consid. 7.8 ; cf. consid. 3.1). Le Tribunal de céans observe que le sens de l'art. 16A LaLAMal est conforme au droit fédéral en matière d'évaluation des besoins. En effet, selon cette disposition, la planification hospitalière cantonale vise à couvrir les besoins en soins hospitaliers des habitants du canton, indépendamment de leur couverture d'assurance en la matière. Partant, force est de constater que l'art.

16A LaLAMal ne contrevient pas au droit fédéral ni n'entrave ou complique son application.

*ab) Flux de patients*

## 10.

**10.1** L'argumentation des parties est la suivante :

**10.1.1** La recourante se plaint que la couverture des besoins de la planification hospitalière genevoise ne tient pas compte des données relatives « au flux de patients intercantonaux » (art. 58d let. a OAMal). La planification n'analyse nullement le placement d'établissements extra-cantonaux sur la liste hospitalière genevoise ou sur l'éventuelle inclusion d'établissements du canton de Genève sur les listes hospitalières d'autres cantons. Ne sont également pas insérés dans la planification les flux de patients genevois ou extra-cantonaux exerçant leur libre choix de l'hôpital découlant de l'art. 41 al. 1<sup>bis</sup> LAMal pour se faire hospitaliser en dehors du canton de Genève, respectivement à Genève. L'omission d'exploiter les données relatives aux flux de patients dans la planification genevoise constitue une violation de l'art. 58d OAMal (recours p. 49-50).

**10.1.2** Le canton de Genève allègue quant à lui avoir tenu compte des flux de patients en provenance d'autres cantons et parallèlement des hospitalisations de résidents genevois hors de leur canton : il s'agit en effet principalement du canton de Vaud et des hôpitaux universitaires. Ainsi, la division commune des HUG accueille tous les patients en provenance du canton de Vaud sans limitation de volume et dans tous les pôles d'activités. Le Centre Hospitalier Universitaire Vaudois (CHUV) dans le canton de Vaud agit de manière réciproque pour les résidents genevois. De plus, un mandat de prestations a été conclu avec une clinique sise à Nyon pour la prise en charge d'un nombre limité de prestations de ressortissant genevois. Le grief de la recourante est ainsi mal fondé et doit être rejeté (réponse p. 12).

**10.1.3** L'OFSP est d'avis que selon l'art. 58b al. 2 à 3 OAMal, les cantons doivent considérer qu'une partie de la population va recourir à une offre dans des hôpitaux conventionnés au sens de l'art. 49a al. 4 LAMal ainsi que dans des hôpitaux qui se trouvent exclusivement sur les listes d'autres cantons. Ceci en raison du libre choix et des hospitalisations médicalement indiquées. L'offre restante par rapport aux besoins en soins doit être garantie sur la liste du canton de domicile (cf. art. 58e OAMal). En se référant aux documents à disposition, l'OFSP conclut que le canton n'a pas procédé

conformément à ce qui précède, raison pour laquelle la planification n'est pas conforme au droit fédéral (prise de position p. 6 n° 5).

**10.2** Les cantons coordonnent leurs planifications (art. 39 al. 2 LAMal). L'art. 58d OAMal parle de la coordination intercantonale des planifications : les cantons doivent notamment exploiter les informations pertinentes concernant les flux de patients et les échanger avec les cantons concernés (let. a) et coordonner les mesures de planification avec les cantons concernés par celles-ci dans la couverture de leurs besoins (let. b). Le Tribunal administratif fédéral a déjà jugé que cette disposition peut être interprétée en ce sens que les informations nécessaires sur les flux de patients doivent être évaluées et échangées avec les cantons concernés et les mesures de planification doivent être coordonnées avec les cantons concernés par leur situation de soins (arrêt du TAF C-1966/2014 du 23 novembre 2015 consid. 4.1.3). En d'autres termes, non seulement la demande intracantonale – soit les besoins en prestations hospitalières stationnaires de la population résidente cantonale – mais également la demande extra-cantonale doit être prise en considération dans le cadre de la planification des besoins. Les cantons étant désormais tenus par la LAMal de coordonner leur planification, il n'appartient pas à un canton de décider s'il souhaite renoncer à la coordination et limiter l'attribution des capacités à la demande intracantonale. Cela violerait non seulement l'obligation légale de coordination, mais aussi porterait atteinte à la liberté de l'assuré de choisir un hôpital (art. 41 LAMal). Une planification hospitalière qui ne tient pas compte de la demande extra-cantonale peut difficilement être qualifiée de réponse aux besoins au sens de l'art. 39 al. 1 let. d LAMal (arrêt du TAF C-1966/2014 du 23 novembre 2015 consid. 4.1.3). Les Recommandations CDS révisées au 25 mai 2018 mentionnent – en se référant à la jurisprudence précitée – que chaque canton doit planifier les besoins en prestations médicales stationnaires de sa population résidente (= demande intracantonale) en prenant en considération les flux des patients extra-cantonaux (Recommandations CDS ch. 2 let. a p. 8).

**10.3** Selon le rapport « Egli », les besoins de la population sont définis sur la base des patients résidant dans le canton de Genève et hospitalisés en 2012 aux HUG ou dans les cliniques privées genevoises pour recevoir des prestations LAMal. Il est fait expressément mention qu'il a été fait abstraction des patients genevois hospitalisés dans d'autres cantons et des patients ne résidant pas dans le canton de Genève mais s'y faisant soigner (chap. 2.3 Définition des besoins de la population, p. 8).



**10.4** Le Tribunal constate qu'il ressort expressément du rapport « Eggli » que la détermination des besoins en soin a été réalisée sans aucune prise en considération des flux de patients, ce qui est contraire à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral (cf. supra consid. 10.2). Une simple allégation énoncée au stade de l'échange d'écritures que les HUG, respectivement le CHUV peuvent accueillir tous les résidents vaudois, respectivement les résidents genevois ne peut soustraire le canton de Genève à une réelle évaluation des besoins comprenant le flux des patients. Il sied de relever qu'en Suisse l'espace géographique étant relativement restreint, une coordination intercantonale des planifications hospitalières au sens de l'art. 58d OAMal est essentielle afin d'éviter des surcapacités. Partant, le canton de Genève a violé l'art. 58b al. 1 OAMal en lien avec l'art. 39 al. 2 LAMal.

*b) Evaluation et choix de l'offre*

**11.**

Il convient de déterminer si le canton de Genève a respecté les critères établis par le Conseil fédéral lorsqu'il a évalué et choisi l'offre qui devait être garantie par la liste hospitalière. Dans ce cadre, les cantons doivent tenir compte du caractère économique et de la qualité de la fourniture de la prestation. Ces deux critères sont expressément prévus à l'art. 39 al. 2<sup>ter</sup> LAMal et à l'art. 58b al. 4 OAMal (cf. infra consid. 7.2). En l'occurrence, le Tribunal examinera en premier lieu le respect par la planification hospitalière genevoise du caractère économique (consid. 12), puis en deuxième lieu du choix du modèle de classification (consid. 13), en troisième lieu si l'attribution des prestations aux établissements hospitaliers respecte les critères fixés dans l'OAMal, en particulier en ce qui concerne les « missions universitaires » (consid. 14) et en dernier lieu la part minimum de patients exclusivement au bénéfice de l'AOS (consid. 15).

*ba) Caractère économique*

**12.**

**12.1** Les griefs suivants ont été soulevés par les parties :

**12.1.1** La recourante fait valoir que le rapport « Eggli » n'a pas appliqué le critère de l'économicité des prestations faute de données disponibles et comparables. Il aurait appartenu à l'autorité cantonale d'utiliser le délai transitoire expirant fin 2014 pour créer les conditions-cadre lui permettant de respecter pleinement le droit fédéral lors de la planification cantonale et

en particulier de se procurer en temps utile les données nécessaires pour l'examen du critère de l'économicité. Dès lors que la planification hospitalière genevoise ne repose pas sur une comparaison des coûts des prestations conforme au droit fédéral (art. 58b al. 4 let. a et 5 OAMal), elle devrait être annulée pour ce motif également (recours p. 55-58).

**12.1.2** Pour le Conseil d'Etat, la planification hospitalière genevoise a bien été effectuée après un examen de l'économicité (réponse p. 15-16).

L'autorité cantonale soutient, qu'il y a eu une concentration des offres de prestations (critère de la masse critique). En effet, le rapport « Egli » dispose que les pôles médicaux d'activité couvrant moins de 1% du total des cas dans l'ensemble des établissements ne font l'objet d'aucun mandat de prestations. De plus, dit rapport précise que dans un établissement donné, un lit doit être occupé en moyenne au moins la moitié de l'année dans un pôle médical d'activité donné, pour que ledit établissement soit mandaté pour ce pôle.

Le Conseil d'Etat ne voit pas l'utilité de procéder à un examen fouillé des différences de coûts liées aux prestations de chaque établissement concerné par la liste hospitalière, étant donné qu'un tel examen ne peut être appliqué *strictu sensu* en faisant abstraction du type d'hôpital concerné tel qu'en l'espèce un hôpital universitaire. La réalité des coûts d'un hôpital universitaire reflète non seulement la complexité des prises en charge, mais aussi le fait que, souvent, celui-ci agit comme hôpital de dernier recours. Il ne peut donc opérer de choix entre les patients et doit tous les accepter. Dès lors, les HUG se doivent de disposer d'un personnel médical adéquat et conforme à leur mission pluridisciplinaire, visant à assurer la couverture des besoins dans toutes les spécialités médicales de pointe. Ce qui implique des tarifs et des coûts plus élevés que dans les autres établissements privés du canton. On ne peut ainsi comparer l'économicité des HUG avec celle des cliniques privées genevoises.

Enfin, le Conseil d'Etat relève qu'une comparaison de l'économicité des cliniques privées dans le canton de Genève ne servirait pas à faire baisser les coûts de la santé, dans la mesure où l'association des cliniques privées de Genève a pour habitude de conventionner avec les assureurs un seul et même tarif pour les prestations hospitalières à la charge de l'AOS, délivrées par l'ensemble de ses cliniques, dans le cadre de la liste hospitalière cantonale. L'Etat de Genève n'est pas partie prenante à ces négociations tarifaires. Chaque clinique membre de l'association des cliniques privées de Genève applique ainsi le même tarif vis-à-vis d'un assureur. Dans la

mesure où le canton de Genève paie 55% du tarif des prestations figurant sur la liste hospitalière cantonale, peu importe leurs coûts, car il paiera finalement la même somme auprès de la recourante que d'une autre clinique privée.

**12.1.3** L'OFSP critique le fait que le Conseil d'Etat a écarté le critère de l'économicité. Il relève que le droit fédéral exige que la planification cantonale tienne compte du critère de l'économicité. Concernant l'évaluation des institutions sur la base des critères de l'économicité et de la qualité, il s'agit de créer, par le choix des hôpitaux qui devront être répertoriés sur la liste sur la base des critères de planification, une condition importante et déterminante pour le prix et la qualité avec lesquels les prestations à la charge de l'AOS pourront être fournies. Dans le nouveau financement hospitalier, les coûts et la qualité sont les aspects fondamentaux pour l'évaluation des hôpitaux lors de la planification. L'OFSP renvoie à ce propos à l'Ordonnance 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 (OCP, RS 832.104), qui dispose que la distinction et la détermination des coûts et des prestations doivent permettre d'établir des planifications cantonales (prise de position p. 6-7 n° 7).

**12.2** Conformément à la jurisprudence du Tribunal de céans, lors du choix des établissements hospitaliers dans le cadre de l'adoption de la planification hospitalière, les cantons ont l'obligation de comparer le caractère économique des prestations des différents fournisseurs de prestations (arrêt du TAF C-3301/2014 du 11 mai 2017 consid. 6.1, C-255/2015 du 19 avril 2017 consid. 4.2, C-4232/2014 du 26 avril 2016 consid. 5.1, C-4302/2011 du 15 juillet 2015 consid. 5.3 et C-5647/2011 du 16 juillet 2013 consid. 5.3.1, C-325/2010 du 7 juin 2012 consid. 4.4.4). Ainsi, afin d'examiner le critère économique, les différences de coûts liées aux prestations entre les différents hôpitaux doivent être examinées en se basant sur les données financières recueillies. Selon la jurisprudence, les principes de l'examen de l'économicité développés (ou à développer) dans le cadre du (nouveau) financement hospitalier doivent également être pris en compte dans la planification hospitalière (arrêt du TAF C-4232/2014 du 26 avril 2016 consid. 5.1, C-4302/2011 du 15 juillet 2015 consid. 5.2, C-5647/2011 du 16 juillet 2013 consid. 5.3 *in fine*). En tout état de cause, la planification hospitalière ne peut pas imposer des exigences plus élevées en matière de comparaison des coûts que celles prévues dans le cadre de la fixation des tarifs (arrêt du TAF C-4232/2014 du 26 avril 2016 consid. 5.3). La jurisprudence a défini la manière dont l'évaluation et la comparaison des coûts entre établissements hospitaliers devaient s'effectuer (arrêt du TAF C-

3301/2014 du 11 mai 2017 consid. 6.1.1, C-5647/2011 du 16 juillet 2013 consid. 5.3.2). Selon les Recommandations CDS, dans le cadre de l'examen de l'économicité, les cantons doivent procéder via des comparaisons d'établissements ; une comparaison de l'efficience, soit donc en règle générale une comparaison des coûts (par cas) ajustés en fonction du degré de sévérité, constitue la base de cet examen de l'économicité (Recommandations ch. 4 let. a p. 12). Si des comparaisons d'établissements ne sont pas possibles faute de base de comparaison, l'examen approfondi de la présentation des coûts de l'hôpital concerné peut également être entrepris selon les « Recommandations de la CDS relatives à l'examen de l'économicité - domaines de la psychiatrie et de la réadaptation » figurant au chapitre 2.3 (Recommandations ch. 4, explication let. a-b p. 12). Dans la pratique, le Tribunal administratif fédéral a déjà annulé une liste hospitalière litigieuse en ce qui concernait le fournisseur de prestations recourant et a renvoyé l'affaire devant l'autorité inférieure pour nouvelle décision, dès lors que l'examen de l'économicité ne respectait pas les exigences de la législation fédérale. Le résultat sera identique si cet examen est totalement omis (arrêt du TAF C-5647/2011 du 16 juillet 2013 consid. 5.3.1).

**12.3** En l'espèce, il ressort du rapport « Eggli » qu'après avoir évalué les besoins, des « critères d'attribution » ont été développés pour attribuer à chaque établissement hospitalier des « missions » (chap. 2.4 Critères d'attribution, p. 9). Ces critères sont les suivants : caractère économique des prestations, qualité de fourniture des prestations, délai d'accès au traitement, capacité des établissements à remplir le mandat de prestations, nombre minimal de cas et synergies avec d'autres établissements de soins. En matière d'économicité, le rapport « Eggli » indique que le caractère économique des prestations devrait être mesuré non pas par leur prix ou leur tarif, mais par leur coût réel, ajusté en fonction du type de patients pris en charge (chap. 2.4.1 Caractère économique, p. 9). Le rapport « Eggli » conclut que faute de données disponibles et comparables concernant les coûts des cliniques privées, ce critère n'a pas été appliqué pour 2015. Ainsi, les mandats de prestations ont été valorisés selon les tarifs (prix du SwissDRG) négociés entre les hôpitaux et les assureurs, soit : CHF 10'400.- pour les HUG (tarif 2015) et CHF 9'650.- pour les cliniques privées (tarif 2014). Selon le rapport « Eggli », la différence de prix a été reconnue par les assureurs pour tenir compte du fait que les SwissDRGs ne décrivent qu'imparfaitement la lourdeur et la complexité de la cause, raison pour laquelle ces montants ont été retenus (chap. 2.4.1).

## 12.4

**12.4.1** Le Tribunal de céans ne saurait faire la critique des critères de planification choisis par un canton dans la mesure où ils correspondent à des critères d'économicité et de qualité conformément aux art. 39 al. 2<sup>ter</sup> LAMal et 58b al. 4 et 5 OAMal. Le critère de l'économicité fait partie des critères fixés par le législateur fédéral pour procéder à une planification uniforme (cf. supra consid. 7.2). Néanmoins, dans le cas concret, il ressort du rapport « Egli » aucune comparaison des prestations par établissement en se référant à leur coût réel. Le Conseil d'Etat a expliqué n'avoir pas pu le faire dès lors qu'il n'avait pas de données disponibles sur les coûts des cliniques privées. Il s'est ainsi limité aux prix du point SwissDRG (cf. consid. 14.2 sur le SwissDRG). Une telle manière de procéder n'est pas conforme au droit fédéral. Conformément à la jurisprudence du Tribunal de céans, une planification hospitalière mettant en œuvre le nouveau financement hospitalier, obligatoire après le 31 décembre 2014, doit respecter tous les critères des art. 58a ss OAMal, notamment celui de l'économicité (cf. consid. 6.4 et 12.2 ; arrêts du TAF C-4232/2014 du 26 avril 2016 consid. 5.1, C-4302/2011 du 15 juillet 2015 consid. 5.2 et C-5647/2011 du 16 juillet 2013 consid. 5.3, C-325/2010 du 7 juin 2012 consid. 4.4.4, 4.5.5, 4.6 et C-426/2012 du 5 juillet 2013 consid. 3.2.1, C-5647/2011 du 16 juillet 2013 consid. 5.4.2). Le Tribunal administratif fédéral a développé des principes que les cantons doivent respecter en matière d'examen du critère économique (arrêts du TAF C-3301/2014 du 11 mai 2017 et C-4232/2014 du 26 avril 2016 consid. 5). Le canton ne peut pas faire abstraction de ce critère impératif minimum de l'économicité et encore moins en invoquant un manque de données. Le législateur fédéral a introduit le nouveau financement hospitalier par étape (cf. consid. 6.4) laissant un laps de temps suffisant aux cantons pour s'adapter.

**12.4.2** En outre, le Conseil d'Etat se soustrait à une comparaison des hôpitaux sous l'angle de l'économicité au motif d'avoir opéré une concentration des prestations. Selon le rapport « Egli », il paraît nécessaire que les patients relevant d'une certaine mission soient suffisamment nombreux dans l'année pour que les connaissances et les pratiques nécessaires au soin soient maintenues à un niveau suffisant. Ainsi, il a été fixé notamment comme critère : les missions couvrant moins de 1% du total des cas dans l'ensemble des établissements ne font pas l'objet d'un mandat de prestations (rapport « Egli » chap. 2.4.5 Nombre minimal de cas).

Conformément à la jurisprudence, afin de maîtriser les coûts, une utilisation optimale des ressources est particulièrement importante. Cela ne peut être

garanti que si les cantons coordonnent leur planification (cf. art. 39 al. 2 LAMal et arrêt du TAF C-6266/2013 du 29 septembre 2015 consid. 4.4-4.5) et, le cas échéant, concentrent leurs prestations. La planification hospitalière axée sur une utilisation optimale des ressources ne peut se limiter à la seule prise en considération de la rentabilité d'un fournisseur. Les cantons doivent également analyser l'évolution des coûts dans le secteur hospitalier et examiner les possibilités de pilotage licites (arrêt du TAF C-4232/2014 du 26 avril 2016 consid. 5.4.3). Un principe, selon lequel dans les domaines de prestations avec des coûts élevés d'exploitation, d'infrastructure et de personnel le nombre de mandats de prestations doit être réduit au minimum, tend à une concentration de l'offre et n'est donc pas un critère contraire au principe de la LAMal (arrêt du TAF C-4232/2014 du 26 avril 2016 consid. 5.4.4). Un nombre minimum de cas (cf. art. 58b al. 5 let. c LAMal) ne doit pas seulement promouvoir la qualité, mais aussi l'efficacité et la rentabilité (arrêt du TAF C-5603/2017 du 14 septembre 2018 [prévu à la publication], C-6266/2013 du 29 septembre 2015 consid. 4.3.4, C-401/2012 du 28 janvier 2012 consid. 9.2 et 14 ; cf. aussi ATF 138 II 398 consid. 7.2.2). Selon les Recommandations CDS, outre la présentation des coûts des établissements, le canton peut également prendre en compte de manière adéquate le potentiel d'optimisation pouvant être atteint par la concentration de domaines de prestations connexes sur un nombre réduit de prestataires (Recommandations ch. 4 let. d p. 12).

En l'espèce, le canton s'est limité à effectuer une concentration de l'offre tendant à augmenter l'économicité des prestations, à savoir pour faire l'objet d'un mandat de prestations les pôles médicaux d'activités doivent couvrir au moins 1% du total des cas dans l'ensemble des établissements. Une telle mesure relative à la concentration de l'offre ne permet pas au canton de Genève de s'exempter de l'examen du critère économique par une comparaison des établissements hospitaliers, étant cependant précisé que la seule prise en considération de la rentabilité d'un établissement hospitalier n'est pas suffisante. En l'absence de comparaison de l'économicité des établissements hospitaliers, la question peut être laissée ouverte à ce stade de savoir si la méthode de concentration précitée est conforme au droit. Cet aspect n'a par ailleurs pas été contesté par la recourante.

**12.4.3** Le Conseil d'Etat allègue ne pouvoir comparer l'économicité des HUG avec celle des cliniques privées genevoises, eu égard à la réalité des coûts d'un hôpital universitaire. Il sied de rappeler que la disposition selon laquelle les comparaisons ne doivent être effectuées qu'entre hôpitaux comparables (ancien art. 49 al. 7 LAMal) ne figure plus dans la loi révisée.

L'un des objectifs de la révision de la loi était d'assurer la plus grande transparence possible et une large comparabilité des tarifs hospitaliers. Le système de la structure tarifaire uniforme (SwissDRG) repose sur les types de prestations et non sur les catégories ou types d'hôpitaux (ATAF 2014/36 consid. 3.8 ; arrêt du TAF C-4232/2014 du 26 avril 2016 consid. 5.1.3). Partant, l'argumentation du Conseil d'Etat tombe à faux. La nature même d'un établissement hospitalier n'est plus en tant que telle une raison suffisante pour que le canton de Genève s'absolve de toute comparaison de coûts entre fournisseurs de prestations. Le nouveau financement hospitalier prescrit que soit effectuée une telle comparaison. Dans son message, le Conseil fédéral avait déjà précisé qu'afin de renforcer la concurrence en passant d'un financement des établissements à celui des prestations, cela suppose que tous les hôpitaux fournissent leurs prestations en étant soumis aux mêmes conditions. Une différenciation en fonction de l'organisme responsable n'est pas appropriée (Message du Conseil fédéral LAMal 2004, FF 2004 5226).

**12.4.4** Enfin, le Conseil d'Etat genevois met en avant que n'étant pas partenaire aux négociations tarifaires entre fournisseurs de prestations et assureurs, une comparaison de l'économicité des cliniques privées dans le canton de Genève ne servirait pas à faire baisser les coûts de la santé (cf. supra consid. 12.1.2 *in fine*). Certes, les cantons ne sont pas des partenaires tarifaires au sens strict du terme (art. 46 LAMal). Si aucune convention n'est conclue, les tarifs sont cependant fixés par le gouvernement cantonal concerné (art. 47 LAMal). Les cantons continuent toutefois à exercer une influence sur le volume des coûts qu'ils ont à prendre en charge, d'une part, grâce à cette compétence subsidiaire et d'autre part, avec la planification des prestations ainsi que l'attribution de mandats de prestations (Message du Conseil fédéral LAMal 2004, FF 2004 5225). De surcroît, en raison du financement à hauteur de 55%, les cantons sont incités à attribuer les mandats de prestations aux hôpitaux qui remplissent les exigences de la manière la plus efficace et donc d'ajuster l'offre de prestations aux besoins en soin de la population en limitant le nombre d'hôpitaux inscrits sur la liste hospitalière pour un pôle d'activité donné ; dans cette constellation, les cantons n'ont aucun intérêt à maintenir des structures inappropriées ou superflues (cf. supra consid. 7.3.3). Pour ces raisons, un examen de l'économicité prévu par la législation fédérale doit être mené (cf. supra consid. 12.2). Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que la recourante a contesté auprès du Tribunal de céans l'absence d'examen du critère de l'économicité par le Conseil d'Etat dans le cadre de la planifica-

tion hospitalière cantonale genevoise. La planification hospitalière du canton de Genève en n'examinant pas le critère économique viole le droit fédéral, à savoir l'art. 39 al. 2<sup>ter</sup> LAMal en lien avec l'art. 58b al. 4 et 5 OAMal.

*bb) Modèle de classification*

**13.**

**13.1** Les arguments des parties sont les suivants :

**13.1.1** La recourante se réfère aux Recommandations de la CDS (version du 27 avril 2009, ch. 2.2) selon lesquelles l'éventail des prestations dans le domaine des soins aigus hospitaliers doit être classifié, en règle générale, sur la base d'une structure tarifaire unique au niveau suisse. Ainsi le recours aux APDRGs (All Patient Diagnosis Related Groups), modèle de classification des patients, est possible tant que les SwissDRG ne sont pas disponibles, un regroupement des APDRGs étant toutefois conseillé au vu du nombre de positions de ce modèle. La recourante relève que cet aspect des Recommandations de la CDS a été validée par le Tribunal administratif fédéral (cf. arrêt du TAF C-401/2012 du 28 janvier 2014). Selon la recourante, le modèle SQLape appliqué dans la planification genevoise est contraire à une structure tarifaire unique au niveau suisse dès lors qu'une correspondance avec le système SwissDRG est un exercice impossible et qu'à la connaissance de la recourante, ce modèle n'est utilisé par aucun autre canton. Elle fait valoir également que le recours au modèle SQLape la pénalise et cause des problèmes considérables pour la mise en œuvre pratique du mandat de prestations. En d'autres termes, la recourante conteste l'application du modèle SQLape en lieu et place d'une classification SwissDRG, de sorte que l'application du modèle SQLape viole le droit fédéral (recours p. 47-48).

**13.1.2** Le Conseil d'Etat précise que la méthodologie SQLape permet d'examiner les missions couvertes par les hôpitaux et cliniques genevoises en tenant compte de tous les diagnostics et de toutes les interventions concernant chaque patient hospitalisé. En se référant à leur expert, il paraît plus adéquat pour répartir les pôles d'activités, de séparer ce qui relève spécifiquement d'une mission d'hôpital universitaire et d'analyser la qualité et la justification des prestations fournies. En outre, le Conseil d'Etat fait valoir qu'aucune disposition légale fédérale ne l'oblige à adopter un système de classification plutôt qu'un autre. Le système SQLape est à son avis plus fin et plus pointu que les Recommandations CDS, qui sont d'ailleurs non obligatoires. Par ailleurs, le système SQLape est utilisé depuis



quelques années par l'Association Nationale pour le développement de la Qualité dans les hôpitaux et les cliniques (ANQ), qui constitue une référence nationale en matière de détermination de la qualité des prestations hospitalières. Enfin une correspondance entre les systèmes SQLape et SwissDRG est possible moyennant quelques ajustements telle qu'il en ressort de la table de correspondance figurant dans le rapport « Eggli ». Le simple fait que la recourante n'utilise pas le même système n'est pas un argument pertinent (réponse p. 5 et 11).

**13.1.3** L'OFSP rappelle que le choix de la méthode utilisée doit prouver que les critères fixés dans le droit fédéral sont remplis dans la planification cantonale (prise de position p. 5 n° 2).

## **13.2**

**13.2.1** Il sied de préciser que SwissDRG (Swiss Diagnosis Related Groups) est le nouveau système tarifaire de rémunération des prestations hospitalières en soins somatiques aigus. La société d'utilité publique SwissDRG SA a été fondée en application de l'art. 49 al. 2 LAMal (conventions tarifaires avec les hôpitaux) enjoignant les partenaires tarifaires à instituer conjointement avec les cantons une organisation compétente pour l'élaboration, le développement, l'adaptation et la maintenance des structures. Dans le système des forfaits par cas SwissDRG, chaque séjour hospitalier est classé dans un groupe de pathologies et indemnisé de manière forfaitaire sur la base de critères définis, comme le diagnostic principal, les diagnostics supplémentaires, les traitements et d'autres critères. Les tarifs résultent ensuite de la multiplication des coûts relatifs ("cost-weights") attribués dans la structure tarifaire à chaque groupe de cas (DRG) par un montant en francs ("baserate" ; arrêt du TAF C-2574/2012 du 29 août 2012 consid. 4.3.1 et C-1087/2015 du 2 novembre 2017 consid. 6.4.2). La version 1.0 de la structure tarifaire SwissDRG (Diagnosis Related Groups [en français GHM Groupe Homogène de Malades]) applicable à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2012 dans le domaine somatique aigu fut approuvée par le Conseil fédéral le 6 juillet 2011 (cf. le communiqué de presse « Le Conseil fédéral approuve la structure tarifaire SwissDRG » du 6 juillet 2011 ; arrêt du TAF C-1087/2015 du 2 novembre 2017 consid. 6.4.2).

**13.2.2** Selon la jurisprudence du Tribunal de céans, la structure tarifaire SwissDRG n'est pas en mesure de refléter adéquatement toutes les différences de coûts entre les hôpitaux, pendant au moins les premières années suivant son introduction (arrêt du TAF C-4232/2014 du 26 avril 2016

consid. 5.2 ; ATAF 2014/36 consid. 5.3). Dans ce contexte, le Tribunal administratif fédéral – du moins dans la phase d'introduction des forfaits liés aux prestations par affaire – doit accorder aux instances précédentes une importante marge de manœuvre dans la mise en œuvre de la règle de prix selon l'art. 49 al. 1, phrase 5 LAMal ou dans la réalisation de l'analyse comparative. Si l'approche de l'instance précédente apparaît justifiable, la décision doit être protégée même si d'autres approches apparaissent mieux adaptées pour atteindre les objectifs recherchés par le législateur (arrêt du TAF C-3301/2014 du 11 mai 2017 consid. 6.5.2.2 et les réf cit. ; cf. ATAF 2014/36 consid. 5.4, 2014/3 consid. 10.1.4 ; arrêt du TAF C-4232/2014 du 26 avril 2016 consid. 5.1.4).

**13.3** En l'espèce, le Tribunal constate qu'aucun système de classification n'est obligatoire pour les cantons et encore moins dans la phase d'introduction des forfaits aux prestations par cas pendant laquelle est accordée une importante marge de manœuvre, phase dans laquelle se trouve en l'occurrence le canton de Genève. Les forfaits par cas ayant été introduit au 31 décembre 2011 (cf. supra consid. 6.4) et s'agissant en l'espèce de la liste hospitalière dès le 1<sup>er</sup> janvier 2015 (cf. let. F), le Tribunal constate que le canton de Genève bénéficie d'une importante marge de manœuvre et aucun système de classification ne peut lui être imposé. L'argumentation de la recourante selon laquelle aucun autre canton n'applique le système SQLape n'est ainsi pas relevant. En outre, dans la mesure où il s'agit d'un domaine nécessitant des connaissances techniques dans lequel le Tribunal s'impose une certaine retenue (cf. supra consid. 5.3.2), la recourante n'a pas démontré en quoi l'application du système SQLape sur le principe est illicite. Le grief selon lequel le choix d'un modèle de classification la pénalise n'est pas plus pertinent. Partant, sur le principe, l'adoption d'une autre méthode que SwissDRG peut se justifier. Il s'agit encore d'examiner si l'application concrète de la méthode SQLape respecte la législation fédérale. Le considérant suivant se consacrera à cet aspect à la lumière des « missions universitaires ».

*bc) Chirurgie cardiaque universitaire*

**14.**

**14.1** Les griefs des parties sont en substance les suivants :

**14.1.1** La recourante fait valoir que la qualification et l'attribution exclusive de la mission « chirurgie cardiaque universitaire » aux HUG à son détriment ne résultent pas d'un examen concret des critères de l'économicité

et de la qualité (art. 58b al. 4 et 5 OAMal). En effet, la qualification dans le rapport « Eggli » de certaines « missions universitaires » ne résulte pas d'un examen concret des critères précités, mais résulte d'une affirmation péremptoire selon laquelle il s'agirait d'« activités hautement spécialisées » qui ne seraient pas à la portée des établissements hospitaliers privés du canton, ce qui est manifestement faux. Selon cette logique, en vertu de l'art. 39 al. 2<sup>bis</sup> LAMal, cet examen relèverait donc exclusivement de l'Organe de décision MHS institué par la Convention intercantonale relative à la médecine hautement spécialisée (CIMHS), et non des cantons pris individuellement. L'autorité compétente aurait éventuellement pu accorder certains groupes de prestations exclusivement aux HUG seulement en application des critères exposés à l'art. 58b al. 4 et 5 OAMal. Par conséquent, en l'absence d'un examen de l'économicité, l'arrêté querellé doit être annulé (recours p. 58-59). La recourante a conclu à titre subsidiaire à ce que lui soit confié un mandat de prestations aux conditions stipulées dans sa lettre du 20 février 2015 à la Direction générale de la santé du canton de Genève, aux termes de laquelle elle sollicite notamment que le pôle d'activité « chirurgie cardiaque universitaire » lui soit attribué à hauteur de 33 cas par année (TAF pce 1 annexe 48).

**14.1.2** Selon le Conseil d'Etat, seul un hôpital universitaire (en l'espèce les HUG) était à même de garantir la qualité nécessaire pour délivrer des prestations dans un domaine aussi pointu que celui de la « chirurgie cardiaque », nécessitant un plateau technique très développé. En outre, les HUG effectuent annuellement plus de prestations dans ce domaine que la recourante, à l'instar de l'année 2012. Le Conseil d'Etat indique ainsi avoir fait usage de son pouvoir d'appréciation et rappelle que la recourante n'a pas de droit absolu à se voir attribuer les mandats qu'elle souhaite (réponse p. 12-13).

**14.1.3** Selon l'OFSP, la seule affirmation que, dans le canton de Genève, uniquement les HUG sont à même de fournir les compétences et infrastructures nécessaires pour la mission de chirurgie cardiaque universitaire n'est pas conforme aux exigences de la planification. Force est de constater que le Conseil d'Etat ne définit pas de critères de référence permettant d'évaluer et de choisir les fournisseurs de prestations (prise de position p. 7-8 n° 8). Par ailleurs, des critères uniformes d'évaluation et de choix de l'offre sont indispensables, car la sélection des établissements admis à figurer sur la liste détermine de manière importante à quel prix et avec quelle qualité les prestations peuvent être fournies à la charge de l'AOS. L'attribution a priori d'un mandat aux HUG selon ses capacités, donc avant la

planification selon les critères de l'art. 58b OAMal n'est pas conforme à la planification selon la LAMal (p. 6 n° 6).

**14.2** Il ressort du rapport « Egli » que le modèle SQLape a été retenu dès lors qu'il paraît plus adéquat pour répartir les pôles d'activité, séparer ce qui relève spécifiquement d'une mission d'hôpital universitaire et analyser la qualité et la justification des prestations fournies (chap. 1.1 Contexte, p. 3). Selon ce rapport, l'attribution des « missions » hospitalières a été effectuée en suivant la méthodologie SQLape qui distingue trois types de missions (« universitaire », « spécialisée » et « générale ») en différenciant les systèmes concernés en premier lieu (chap. 2.2 Définition des pôles d'activité, p. 6). Le tableau 1 figurant sous le chapitre 2.2 Définition des pôles d'activités du rapport « Egli » répartit tous les pôles d'activité dans la « mission » correspondante (p. 6). Les « missions universitaires » correspondent à des activités hautement spécialisées, qui nécessitent des compétences particulières. Il s'agit par exemple de la chirurgie cardiaque avec circulation extracorporelle (chap. 2.2, p. 7). Les « missions générales » peuvent être assurées par tous les hôpitaux. Entre ces deux extrêmes, le rapport définit encore « les missions spécialisées ». Il s'agit des activités qui peuvent bénéficier d'une certaine concentration ou au contraire rester décentralisées selon les modèles d'organisation, la densité de la population ou d'autres paramètres, à titre d'exemple la chirurgie cardiaque sans circulation extracorporelle (chap. 2.2 p. 7).

Le rapport « Egli » fait état que les « missions universitaires » sont réservées aux HUG. En effet, il s'agit de spécialités qui requièrent des compétences particulières ou des équipements spécialisés. Le personnel et l'infrastructure dédiés à ces missions ne sont pas sollicités en permanence mais doivent être disponibles 24 heures sur 24 au cas où des patients se présenteraient. Il s'agit donc souvent de surcapacités. La dispersion de ces ressources sur plusieurs sites dans le canton ne paraît donc a priori pas économique (chap. 2.4.4 Capacité des établissements à remplir le mandat de prestations, p. 12). Lors de la détermination des mandats de prestations, le rapport « Egli » dicte que pour chacune des « missions » – non réservées aux HUG –, le canton fait une demande aux établissements pour les quantités qui manquent pour couvrir les besoins, après déduction des cas AOS des HUG (chap. 2.5 Détermination des mandats de prestations p. 13). Enfin, aux termes du rapport « Egli », il est fait état que les missions universitaires sont maintenant exclusivement réservées aux HUG ; « ceci n'a cependant pas d'impact important sur les montants octroyés, car ces spécialités regroupent généralement moins de 1% des cas » (chap. 4 Conclusion p. 21).

**14.3** En l'occurrence, dans le cadre du mandat de prestations de la recourante, la « mission » chirurgie cardiaque universitaire ne lui a pas été attribuée. Le Tribunal de céans constate que le Conseil d'Etat a d'office statué avant de procéder à une quelconque planification : certaines prestations hospitalières à savoir les « missions universitaires » devaient être « réservées » aux HUG en raison notamment de leur nature (activités hautement spécialisées), des ressources nécessaires (personnel et infrastructure 24 heures sur 24) ou encore de la problématique de la surcapacité. Chronologiquement, le rapport « Eggli » affirme déjà au chapitre de l'énoncé des critères d'attribution (chap. 4) que ces missions doivent être attribuées aux HUG (chap. 2.4.2) avant même d'être parvenu au chapitre 3 intitulé « Résultats et discussions ». Il est ainsi flagrant qu'aucune planification hospitalière n'a été opérée concernant les « missions » qualifiées d'universitaires telles que la chirurgie cardiaque universitaire. Partant, les « missions universitaires » ont été écartées sans raison de la planification hospitalière et ont été attribuées d'office aux HUG sans examen des critères fixés à l'art. 58b al. 4 et 5 OAMal. La manière de procéder du canton de Genève n'est pas conforme au droit fédéral, qui impose une planification hospitalière fondée sur l'examen des critères uniformes de l'économicité et de la qualité pour tous les fournisseurs de prestations (cf. consid. 7.3. et 12.2). Le fait – allégué par le Conseil d'Etat au stade de la réponse –, que les HUG effectuent annuellement plus de prestations dans le domaine de la chirurgie cardiaque universitaire que la recourante, ne démontre toujours pas le respect d'une planification hospitalière prenant en considération des critères uniformes d'économicité et de qualité. Le Conseil d'Etat doit planifier et non se borner à alléguer. De plus, la conclusion du rapport « Eggli » – selon laquelle l'attribution exclusivement réservée aux HUG des « missions universitaires » n'a pas d'impact sur les montants octroyés, car ces spécialités regroupent généralement moins de 1% des cas – n'exemptent pas le canton de Genève de soumettre tous les pôles d'activité aux critères prescrits dans la législation fédérale. Enfin, comme l'a relevé à juste titre l'OFSP, il n'est pas conforme à la planification selon la LAMal que le canton se limite à faire une demande aux établissements pour les quantités qui manquent pour couvrir les besoins, après déduction des cas AOS des HUG. La législation fédérale prescrit l'application de critères uniformes quant à la sélection des établissements admis à figurer sur la liste hospitalière. Le pouvoir d'appréciation dont bénéficient les cantons ne leur permet pas d'outrepasser les critères minimaux fixés par le législateur fédéral. Au vu de ce qui précède, l'application concrète du système SQLape s'écarte d'une planification hospitalière cantonale conforme à la législation fédérale et viole en particulier l'art. 39 al. 2<sup>ter</sup> LAMal en lien avec l'art. 58d al. 4 et 5 OAMal.

*bd) Part minimum de patients exclusivement au bénéfice de l'AOS*

**15.**

**15.1** Les arguments des parties sont les suivants :

**15.1.1** La recourante invoque en outre une violation de l'égalité de traitement entre les HUG et les établissements hospitaliers privés (art. 8 Cst ; recours p. 53-54). Elle conteste les termes du protocole d'accord du 23 décembre 2014 – auquel elle n'a pas adhéré – stipulant que la part des patients exclusivement au bénéfice d'une assurance-maladie de base doit être au minimum de 75% pour chaque groupe de spécialité déterminé par les parties (art. 4.1), à l'exception du mandat concernant la clinique privée des HUG (art. 4.2). La recourante fait notamment valoir que le même processus et les mêmes critères de planification n'ont pas été appliqués de manière égale à tous les établissements du canton de Genève. Elle précise enfin pouvoir se prévaloir de l'inégalité de traitement étant donné qu'il ressort de son mandat de prestations 2015 l'exigence d'un taux minimum de patients AOS (art. 14).

**15.1.2** Le Conseil d'Etat fait état que, dans le cadre de la liste hospitalière 2015, la division commune des HUG a été mandatée pour effectuer un nombre illimité de prestations dans tous les pôles médicaux d'activité, tandis que la division privée a été mandatée pour effectuer 329 cas dans certains pôles. Les HUG, pris dans leur globalité, ont effectué en moyenne annuelle plus de 90% des cas AOS purs du canton de Genève, tous pôles confondus, de 2012 à 2014, ce qui représente 30'000 prestations hospitalières annuelles. Par conséquent, le Conseil d'Etat explique que la division privée des HUG prend en charge 1% de l'ensemble des cas globaux correspondant à des patients au bénéfice d'une assurance privée ; a contrario, pour 2015, les HUG – division privée incluse – effectuent globalement près de 99% des cas AOS purs du canton, tous pôles médicaux confondus. Partant, « la différence de traitement en matière de prise en charge des cas AOS purs, établis entre les HUG, division privée confondue et les cliniques privées mandatées dans le cadre de la liste hospitalière 2015 est largement en faveur de ces dernières, puisque chacune d'entre elle est habilitée à prendre en charge 25% de patients bénéficiant d'une assurance privée dans les pôles d'activité médicaux pour lesquels elles ont été mandaté ». En 2015, s'agissant de la recourante, elle peut effectuer 177 prestations hospitalières (25% de 709) pour des patients disposant d'une assurance

privée et quant aux HUG division privée confondue, ils sont habilités à effectuer 329 cas privés dans divers pôles médicaux pour une enveloppe budgétaire inférieure à celle de la recourante (réponse, p. 13-15).

**15.1.3** L'OFSP n'a pas développé ce grief invoqué par la recourante. (cf. prise de position).

**15.2** En l'espèce, le Tribunal de céans constate à nouveau que dans le cadre de la planification hospitalière genevoise, des critères non uniformes ont été appliqués lors du choix de l'offre, à savoir lors de l'attribution des mandats de prestations aux fournisseurs de prestations (cf. supra consid. 7.3.1 et 14.3). Alors que la recourante s'est vue imposer des exigences sur la part des patients au bénéfice de la seule AOS qui reçoivent les prestations fixées par le mandat de prestations (au moins 75% par pôle d'activité ; art. 14 du mandat de prestations 2015), les HUG ne connaissent pas de pareilles exigences. Cette distinction ne repose pas sur un critère de qualité ou d'économicité (cf. rapport « Egli »). Partant, pour ce motif également, la planification hospitalière du canton de Genève viole la LAMal. La question peut être laissée ouverte s'il s'agit également d'une violation de l'égalité de traitement au sens de l'art. 8 Cst.

## **16.**

**16.1** Il ressort des considérants qui précèdent que le canton de Genève a violé l'art. 58b al. 1 OAMal fixant la première étape de la planification hospitalière, à savoir l'évaluation des besoins. En effet, il a été démontré que le Conseil d'Etat n'a à tort pas tenu compte de l'ensemble des besoins des assurés ni les données relatives au flux de patients intercantonaux. De plus, le Conseil d'Etat ne s'est pas conformé à l'art. 58b al. 2 OAMal qui exige une détermination de l'offre utilisée dans des établissements qui ne figurent pas sur la liste arrêtée par le canton. Enfin, le Conseil d'Etat s'est écarté de l'art. 58b al. 4-5 OAMal, à savoir des critères pour évaluer et choisir l'offre qui devait être garantie par la liste hospitalière (notamment économicité, modèle de classification). Par conséquent, la planification hospitalière du canton de Genève est basée sur des éléments contraires à la législation fédérale. Partant, pour ces motifs, l'arrêté du Conseil d'Etat du 24 juin 2015 en ce qu'il concerne la recourante doit être annulé et la cause renvoyée à l'autorité inférieure pour une planification hospitalière conforme aux règles prescrites puis nouvelle décision. Eu égard à la marge d'appréciation laissée aux cantons dans l'exécution de la planification hospitalière et des motifs d'ordre politique dans la fixation de la liste hospitalière, le Tribunal de céans ne peut se substituer à l'autorité cantonale et

doit se limiter à lui renvoyer la cause. La nouvelle planification devra en particulier déterminer l'attribution des pôles « chirurgie cardiaque universitaire avec circulation extracorporelle » « chirurgie viscérale » et « gastroentérologie » – qui jusqu'à présent ont été refusés à la recourante – en se référant aux critères de l'économicité et de la qualité. Concernant l'« urologie spécialisée », il ressort de la lettre du 20 février 2015 (TAF pce 1 annexe 48) que la recourante n'a pas conclu à l'attribution de ce pôle, alors que la liste hospitalière du canton de Genève lui octroie cette « mission », à hauteur de 10 cas selon le mandat de prestations 2015. Il s'agira de déterminer si la recourante souhaite participer à la procédure d'octroi pour ce pôle d'activité.

**16.2** Par ailleurs, dès lors que la planification hospitalière genevoise a pour résultat de limiter quantitativement le nombre de cas pour tous les pôles d'activité alloués à la recourante, il s'agit encore d'examiner si dites limitations sont licites. Il ressort du rapport « Egli » que les quantités pour chaque « mission » sont réparties entre les établissements au prorata de leurs offres de qualité (chap. 3.3 Mandats de prestations et discussion, p. 19). La recourante conclut dans cette constellation à des mandats de prestations sans limitations quantitatives (nombre de cas et budget), subsidiairement à plus d'attributions de nombre de cas dans les pôles d'activités suivants : « chirurgie cardio-vasculaire », « cardiologie interventionnelle », « neurochirurgie », « orthopédie » et « chirurgie plastique ». Le Tribunal examinera également le budget alloué à la recourante par pôle d'activité, étant donné que les montants des subventions de chaque établissement équivalent à la multiplication entre notamment la quantité donnée de prestations, le nombre de points SwissDRG et le prix conventionnel (chap. 3.3, p. 19).

#### *Limitations quantitatives des prestations*

#### **17.**

Il sera d'abord présenté à titre liminaire l'argumentation des parties (consid. 18). Il appartiendra au Tribunal de céans d'examiner si l'autorité inférieure a procédé dans le cas d'espèce à une limitation quantitative des prestations conformément au principe de la légalité sur la base des art. 39 LAMal et 58a à 58e OAMal (consid. 19). Puis il s'agira de déterminer si cette limitation a été mise en place par le canton de Genève de manière conforme au droit – y compris dans l'exercice approprié de son pouvoir d'appréciation – à la lumière de la jurisprudence, de la doctrine et de la CDS (consid. 20-21). Enfin, il sera examiné le respect du principe de l'égalité de traitement entre concurrents (consid. 22).



**18.**

**18.1** La recourante fait valoir une violation du droit fédéral dans la mesure où le Conseil d'Etat genevois a limité le nombre de cas pouvant être facturés à charge de l'AOS dans le mandat de prestations 2015. Une telle limitation empêche qu'une concurrence s'établisse entre hôpitaux selon les critères de la qualité et de l'économicité des prestations hospitalières, conformément à la réforme législative partielle entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009 (cf. critères de planification : art. 58a ss OAMal). En d'autres termes, la concurrence entre les établissements hospitaliers est rendue impossible car les quotas empêchent d'attirer de nouveaux patients AOS et donc de déployer les effets de la concurrence pour conduire à une amélioration de la qualité et de l'efficacité des prestations (observations TAF pce 11 p. 1-2). La recourante soulève que toute concurrence entre établissements répertoriés est étouffée *ab initio* dès lors que les patients doivent être systématiquement refusés en raison de l'épuisement de quotas et que l'entrave est d'autant plus conséquente que les quotas arrêtés s'écartent de façon importante de la demande en soins AOS à laquelle l'établissement répertorié est confronté (observations pce 11 p. 2). Les mandats de prestations doivent uniquement attribuer des pôles d'activité aux établissements hospitaliers répertoriés en fonction des besoins en soins déterminés lors de la planification hospitalière (recours TAF pce 1 p. 43). La recourante conclut à l'annulation du mandat de prestations confié pour 2015 et que le Conseil d'Etat soit enjoint, en tant que besoin condamné, de lui confier un mandat de prestations sans limitation quantitative de cas, valable dès le 1<sup>er</sup> janvier 2015 (recours p. 39-43 et 61). Subsidiairement, elle conclut à ce que lui soit attribué un nombre de cas total de 572 (recte : 551) conformément à son courrier du 20 février 2015 proposant une nouvelle répartition du nombre de cas entre les pôles d'activités (cf. TAF pce 1 annexe 48 p. 3 ; cf. let. B.b).

**18.2** Selon l'autorité inférieure, les établissements hospitaliers n'ont pas de droit à figurer sur la liste hospitalière, ni à obtenir des mandats dans des pôles de prestations précis et encore moins à ce que leurs mandats soient illimités (réponse TAF pce 6 p. 9). En outre, elle argumente que, dès lors que le canton de Genève a défini les besoins en soins de ses ressortissants, il était forcé à restreindre les prestations octroyées à la recourante dans le cadre du mandat de prestations (réponse p. 9). L'autorité inférieure conclut à ce que le recours soit rejeté dès lors que le grief invoqué par la recourante est mal fondé (réponse p. 9).

**18.3** L'OFSP se réfère en substance à la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a considéré qu'il n'est pas possible d'exclure que le législateur ait voulu mettre à disposition des cantons un instrument pour limiter les quantités de prestations fournies (prise de position TAF pce 9 p. 5 ; arrêt du TF 2C-796/2011 du 10 juillet 2012 = ATF 138 II 398).

## **19.**

**19.1** Le principe de la légalité exige que l'administration n'agisse que dans le cadre fixé par la loi (art. 5 al. 1 Cst). Fournit une base légale suffisante toute norme générale et abstraite, obligatoire, suffisamment précisée et édictée par l'organe compétent conformément à la constitution (ATF 141 II 169 consid. 3.1, 131 I 291, p. 653) Toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale (cf. art. 164 al. 1 Cst.), à moins d'une délégation de compétence ancrée dans la loi (cf. art. 164 al. 2 Cst.).

**19.2** En l'espèce, la LAMal – en particulier son art. 39 al. 1 et 2<sup>ter</sup> – est muette au sujet de la fixation de limites quantitatives de cas par hôpital. Le Tribunal fédéral a jugé qu'une limite quantitative de prestations peut être considérée comme une composante du principe d'économicité au sens de l'art. 39 al. 2<sup>ter</sup> LAMal. En effet, le Tribunal fédéral a certes retenu que les travaux préparatoires du nouvel art. 39 LAMal ne permettaient pas de répondre clairement à la question de l'admissibilité d'une limite quantitative, néanmoins il n'est pas exclu que le législateur ait voulu donner aux cantons – compétent en matière de planification hospitalière – la possibilité de fixer une limite quantitative de cas, dans la mesure où la charge financière supportée par les cantons dépend de façon linéaire du volume de prestations en question (cf. art. 49 et 49a LAMal ; ATF 138 II 398 consid. 3.3.3.5 : arrêt du 10 juillet 2012 sur le contrôle abstrait de la loi tessinoise d'application de la LAMal). Par la suite, le Tribunal fédéral s'est référé à sa jurisprudence selon laquelle l'introduction dans la planifications hospitalière cantonale d'une limitation du volume de prestations par l'octroi de mandats de prestations fixant un nombre maximal de cas par an à des établissements hospitaliers figurant sur la liste cantonale au sens de l'art. 39 al. 1 let. c LAMal ne contrevient pas au droit fédéral (arrêts du TF 9C\_151/2016 du 27 janvier 2017 consid. 6.2 et 9C\_617/2017 du 28 mai 2018 consid. 5.1). Une telle interprétation correspond à la volonté du législateur qui a laissé aux cantons une importante marge de manœuvre dans l'élaboration de la planification hospitalière (cf. supra consid. 5.2 et les réf. cit. à l'ATF 138 II 398 consid. 3.3).

**19.3** Sur la base de l'art. 39 al. 2<sup>ter</sup> LAMal, le Conseil fédéral a édicté les art. 58a à 58e OAMal, qui règlent les critères de planification. Le Tribunal fédéral a déduit de l'OAMal, et en particulier des art. 58b et c OAMal, un droit des cantons – et non une obligation – d'introduire un contrôle des quantités (cf. ATF 138 II 398 consid. 3.4).

**19.3.1** L'art. 58b OAMal fixe que les cantons doivent tenir compte lors de l'évaluation et du choix de l'offre, du caractère économique et de la qualité de la fourniture de prestation (al. 4). Ces éléments sont précisés à l'alinéa 5 qui constitue une liste non exhaustive (« notamment »). Le texte correspond ainsi à la volonté du législateur qui a voulu laissé aux cantons leur autonomie en matière de planification hospitalière. La limitation quantitative des cas composante du caractère économique d'une planification peut ainsi être comprise en tant que critère de planification dans la liste non exhaustive de l'art. 58b al. 5 OAMal, même si elle n'est pas expressément mentionnée.

La lettre c de l'art. 58b al. 5 OAMal prévoit que lors de l'évaluation du caractère économique et de la qualité de l'offre dans le domaine hospitalier, le nombre minimum de cas doit notamment être pris en considération. Il sied de préciser que ce texte ne fournit pas une base légale pour l'inscription d'une limitation du nombre maximal de cas dans la liste hospitalière par pôle d'activité et par hôpital car son but est autre. En effet, le nombre minimum de cas est un indicateur par exemple pour déterminer si un investissement dans du matériel technique ou dans des ressources humaines se rentabilise ou pas. Cette disposition vise donc à inciter les hôpitaux à fournir leurs prestations avec le meilleur rapport qualité-prix possible. Le Tribunal administratif fédéral a dans un arrêt récent jugé qu'un canton peut soumettre les mandats de prestations qu'il attribue à des exigences de qualité, tel que la réalisation d'un nombre minimum d'interventions par chirurgien ; l'art. 39 al. 1 let. a-b LAMal ainsi que l'art. 39 al. 2<sup>ter</sup> LAMal en lien avec l'art. 58b al. 5 let. c OAMal constituent une base légale suffisante en ce qui a trait aux critères de planification (arrêt du TAF C-5603/2017 du 14 septembre 2018 [prévu à la publication]).

**19.3.2** L'art. 58c OAMal ne concerne que la détermination (statistique et comparative) de la couverture globale nécessaire des besoins en soins qui sera prise en considération pour évaluer et choisir les offres. En effet, le texte de cet article ne fait référence ni à la liste hospitalière, ni au mandat de prestations. Ces deux éléments se retrouvent quant à eux à l'art. 58<sup>e</sup> OAMal lequel, selon la systématique de la loi, prévoit les étapes suivantes de la planification, à savoir l'attribution de mandats de prestations

et l'inscription sur la liste hospitalière. Il est donc évident que le canton doit disposer de données chiffrées relatives au nombre de cas (prestations ou capacités) utilisés qu'il combinera avec des considérations qualitatives et économiques pour établir sa planification hospitalière (cf. art. 58b OAMal).

**19.3.3** L'art. 58e al. 2 OAMal ne prévoit pas l'inscription d'un nombre maximum de cas dans la liste hospitalière, pas plus que l'art. 58e al. 3 OAMal ne fait état de l'inscription de telles limitations dans les mandats de prestations. Bien au contraire, la liste hospitalière mentionne pour chaque hôpital l'éventail de prestations correspondant au mandat de prestations et le mandat de prestation peut notamment contenir, des exigences minimales telles que l'obligation de disposer d'un service d'urgence. En résumé, la lettre de l'art. 58e OAMal est claire sur un point. L'instrument proposé par cette disposition pour maîtriser les coûts est la limitation du nombre d'hôpitaux inscrits sur la liste hospitalière pour un pôle d'activité donné en ce sens que seuls les hôpitaux les plus efficaces (rapport qualité-prix) pour garantir les besoins en soins déterminés selon l'art. 58b al. 3 OAMal y sont inscrits.

**19.3.4** Au vu de ce qui précède, eu égard à la large marge de manœuvre laissée au canton dans l'élaboration de la planification hospitalière, seul l'art. 39 al. 2<sup>ter</sup> LAMal en lien avec l'art. 58b al. 4 et 5 OAMal constituent une base légale suffisante pour introduire une limitation quantitative de cas en ce qui a trait aux critères de planification. En effet, une telle limitation constitue une composante du caractère économique de la planification, qui est mentionné aux art. 39 al. 2<sup>ter</sup> LAMal et 58b al. 4 et 5 OAMal. La limitation quantitative de cas peut être comprise comme l'une des possibilités non expressément énumérées à l'art. 58b al. 5 OAMal (« notamment »). Au contraire, les autres dispositions de l'OAMal, en particulier les art. 58b al. 5 let. c, et 58e OAMal, ne constituent pas une base légale en matière de limitation quantitative de cas, dès lors que leur but est autre. De plus, il ne ressort ni de la LAMal ni de l'OAMal une base légale pour fonder un type de planification axé sur les limitations quantitatives de cas au lieu d'une planification liée aux prestations (moyen de pilotage).

**19.4** La conseillère nationale, Humbel Ruth, a déposé l'interpellation 12.3865 (incohérences dans la mise en œuvre du financement des hôpitaux) en septembre 2012 priant le Conseil fédéral de prendre position en substance sur l'introduction par les cantons de volume maximal de prestations. Le Conseil fédéral a répondu que les critères de planification définis aux art. 58a à 58e OAMal ne prévoyaient pas un pilotage quantitatif. Il a soulevé qu'« en cas de restriction quantitative, éventuellement définie dans le cadre d'un budget global selon l'art. 51 LAMal, la question se pose

de la relation avec la concurrence basée sur la qualité voulue expressément par le législateur fédéral et de la limitation du choix de l'hôpital ». Enfin, il s'est référé à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 138 II 398). Force est de constater que le Conseil fédéral et le législateur fédéral ne se sont pas écartés de l'avis rendu par le Tribunal fédéral (cf. consid. 19.2). La présente interpellation a été classée en septembre 2014 (interpellation 12.3865 du 27 septembre 2012 d'Humbel Ruth, incohérence dans la mise en œuvre du financement des hôpitaux). Partant, l'art. 39 al. 2<sup>er</sup> en lien avec l'art. 58b al. 4 et 5 OAMal continue à constituer une base légale en ce qui a trait aux critères de planification.

Il s'agit encore d'examiner si l'instrument de la limitation quantitative des cas de patients hospitalisés fixé dans le mandat de prestations de la recourante a été utilisé de manière conforme au droit fédéral, y compris dans l'exercice approprié du pouvoir d'appréciation de l'autorité.

## **20.**

### **20.1**

**20.1.1** Dans son arrêt C-4302/2011 du 15 juillet 2015, le Tribunal administratif fédéral a considéré que la fixation d'un nombre maximal de lits relevait d'une planification selon les capacités et non d'une planification selon les prestations voulue par le législateur pour les hôpitaux (consid. 6.2.1). Il a ainsi rejeté une telle limitation quantitative au motif que celle-ci contrevenait à l'esprit d'une libre concurrence entre hôpitaux et entravait le développement de la qualité des prestations (consid. 6.2.2). Dans l'arrêt C-1966/2014 du 23 novembre 2015, le Tribunal administratif fédéral a admis la fixation d'un nombre maximal de lits lorsque la planification hospitalière s'oriente selon les capacités, ce qui peut être le cas dans le domaine de la psychiatrie (consid. 4.1.4). Dans son arrêt C-6266/2013 du 29 septembre 2015, le Tribunal administratif fédéral a assoupli sa jurisprudence, en affirmant de manière générale que les limitations quantitatives dans le cadre des planifications hospitalières établies en fonction des prestations ne sont pas exclues, la limitation des coûts et la réduction des surcapacités hospitalières faisant partie des objectifs de la planification hospitalière (consid. 4.3.5 et 5.2). Dans ses arrêts C-4232/2014 du 26 avril 2016, C-3301/2014 et C-3413/2014 du 11 mai 2017, le Tribunal administratif fédéral a repris cet assouplissement de sa jurisprudence (consid. 5.4.3, respectivement 7.4.1, respectivement 11.4.1). En d'autres termes, le contrôle des quantités – même dans le cas d'une planification hospitalière liée aux prestations –

n'est pas en principe inadmissible (cf. C-4232/2014 du 26 avril 2016 consid. 5.4.3, C-6266/2013 consid. 4.3.5, C-4302/2011 du 15 juillet 2015 consid. 6.2-6.3).

## **20.2**

**20.2.1** L'une des Recommandations CDS (cf. consid. 7.2) est liée à la gestion des quantités, en particulier à la fixation d'un nombre maximal de cas dans un mandat de prestations (Recommandations CDS, ch. 8 p. 16-19). Il y est admis que le canton peut limiter dans le cadre du mandat de prestations le nombre de cas pour des catégories de prestations déterminées. Néanmoins, il est reconnu que les instruments de gestion des quantités peuvent impliquer une (trop forte) réduction de l'offre, un rationnement des soins, une restriction de la concurrence et mènent directement ou indirectement à des directives sur les capacités en lits. Par conséquent, il faut recourir à la gestion des quantités avec modération. En outre, le dépassement d'une quantité limitée ne signifie pas automatiquement que l'augmentation du volume est injustifiée (la qualité de l'hôpital, les flux de patients dans le cadre du libre choix ou l'évolution épidémiologique peuvent expliquer le dépassement). Une gestion (trop rigide) des quantités peut donc figer les structures et entraver la concurrence. Si l'on recourt à la gestion des quantités, ces facteurs non influençables devraient également être intégrés dans la réflexion. Il faudrait également intégrer dans la réflexion les reports possibles entre les secteurs ambulatoire et stationnaire ainsi que les incitations, provenant des forfaits liés aux prestations, à une sortie plus rapide des patients de l'hôpital, avec des répercussions sur les réhospitalisations et le nombre de cas.

**20.2.2** Par ailleurs, la CDS a émis en juillet 2005 un "Guide pour une planification hospitalière liée aux prestations, Rapport du comité « Planification hospitalière liée aux prestations » à l'intention du Comité directeur de la CDS" (ci-après : Guide CDS; [www.gdk-cds.ch/Themes/Planification hospitalière/Archives](http://www.gdk-cds.ch/Themes/Planification%20hospitaliere/Archives)) ; ce Guide CDS développe notamment une méthodologie pour une planification hospitalière liées aux prestations et propose des procédures différentes dans le cadre de scénarii déterminés. Mais en ce qui concerne la concrétisation des mandats de prestations, les auteurs du guide exposent qu'il n'existe pas encore d'exemples suffisamment éprouvés pour permettre la fixation de modalités d'action (Guide CDS ch. 2, principe 23, p. 11). Cette constatation est aujourd'hui encore valable.

## 21.

**21.1** En l'espèce, par arrêté du 24 juin 2015, le Conseil d'Etat genevois a fixé les établissements cantonaux et hors canton figurant sur la liste hospitalière cantonale. La recourante a été habilitée à traiter dès le 1<sup>er</sup> janvier 2015 des patients pour le compte de l'assurance obligatoire dans différents pôles d'activités (cf. let. F). Cet arrêté dispose que le nombre annuel de cas ou de journées d'hospitalisation est fixé par chaque mandat de prestations (art. 5, 2<sup>ème</sup> phrase). Le mandat de prestations de la recourante pour l'année 2015 a fixé pour chaque domaine d'activité un nombre limité de cas (cf. supra let. E).

**21.2** Selon le rapport final « Egli » intitulé « Planification hospitalière des soins somatiques aigus dans le canton de Genève » (cf. let. C), le canton fait une demande aux établissements pour les quantités qui manquent pour couvrir les besoins, après déductions des AOS des HUG (chap. 2.5 Détermination des mandats de prestations, p. 13). Lorsque l'offre permet de satisfaire la demande, un mandat de prestations est ainsi octroyé aux établissements ayant fait « une offre de qualité, au prorata du nombre de séjours de cette offre » (chap. 2.5, p. 13). En outre, il est précisé que la répartition des prestations telle qu'appliquée présente l'avantage de fournir un large choix aux patients ayant une assurance obligatoire des soins (sans assurance complémentaire). Selon le rapport, elle pourrait être retouchée à la demande des cliniques par exemple, si ces dernières estiment ne pas pouvoir assumer certaines « missions » ou pour d'autres raisons (chap. 3.3 Mandats de prestations et discussion, p. 19). Enfin, ce rapport contient un tableau répartissant le nombre de cas attribués à chaque établissement hospitalier par « mission » (tableau 5, p. 20 ; cf. let. E) et fait état que la répartition proposée est fournie à titre indicatif (chap. 3.3 Mandats de prestations et discussion, p. 19).

## 21.3

**21.3.1** A titre liminaire, une répartition résiduelle du nombre de cas AOS aux cliniques privées après déduction des cas AOS attribués aux HUG n'est pas conforme à la LAMal. Comme développé précédemment, la planification hospitalière doit contenir des critères uniformes pour l'ensemble des établissements hospitaliers (cf. consid. 7.2, 7.3.1, 14.3). Pour ce premier motif, une limitation quantitative du nombre de cas appliquée aux seules cliniques privées (y compris la recourante), en tant que couverture résiduelle des cas après les HUG, ne respecte pas la législation fédérale, en particulier les art. 39 al. 2<sup>ter</sup> LAMal et 58b al. 4-5 OAMal. Le choix de

l'offre, qui doit être garantie par la liste, doit reposer sur des critères d'économicité et/ou de qualité.

**21.3.2** Par ailleurs, il est plus que douteux qu'une limitation quantitative dans le cadre plus large d'une répartition dudit nombre total de cas nécessaire sur tous les hôpitaux implantés (excepté l'hôpital universitaire) sur le territoire d'un canton, ayant demandé leur inscription à la liste hospitalière pour certains pôles et remplissant les exigences minimales soit conforme au sens et à l'esprit de la LAMal (nouveau financement hospitalier). Le pilotage de la planification hospitalière, à savoir les orientations politiques cantonales relatives à la gestion de l'offre, doit désormais se faire à la lumière du financement des prestations et non des établissements. Le législateur fédéral s'est distancé de l'ancien système et n'a pas explicitement introduit dans la révision 2009 la pratique développée jusqu'alors qui permettait une limite artificielle de la capacité des hôpitaux implantés sur le territoire d'un canton selon les règles de répartition du marché établies par ce même canton (voir consid. 6.1). En l'espèce, la planification hospitalière de l'autorité inférieure a une finalité tournée vers les capacités – telle que voulue dans l'ancien financement hospitalier – en répartissant systématiquement le marché et en imposant de façon rigide un nombre de prestations par pôle d'activités autorisées dans chaque hôpital. En se laissant guider par des motifs relevant de l'ancien financement hospitalier, l'autorité inférieure a abusé de son pouvoir d'appréciation (cf. consid. 5.2-5.3). En outre, il sied de préciser que l'art. 39 al. 2<sup>er</sup> LAMal en lien avec l'art. 58b al. 4 et 5 OAMal constitue une base légale pour introduire une limitation quantitative de cas dans le cadre des critères de planification (cf. consid. 19), et non pour imposer un pilotage politique axé sur les capacités, respectivement les limitations quantitatives de cas.

De plus, une limitation quantitative systématique des cas inscrite dans le mandat de prestations empêche toute concurrence – principe voulu dans le cadre du nouveau financement hospitalier – de s'exercer dans le cadre défini par la loi et le mandat de prestations, et rend ainsi la planification hospitalière statique, ôtant aux hôpitaux l'incitation de revoir et d'optimiser leur efficacité (la meilleure qualité au meilleur prix). Pour éviter une structure figée empêchant la concurrence, le canton de Genève n'a pas intégré dans la réflexion des mesures incitant à plus de flexibilité (exemples cités dans les Recommandations CDS, cf. consid. 20.2.1). Il est insuffisant de prévoir que ces limitations quantitatives peuvent être retouchées dans la seule mesure où les cliniques privées estiment ne pas pouvoir assumer certaines « missions » (rapport « Egli », chap. 3.3 p. 19). En outre, le rapport « Egli » fait état que la planification choisie (répartir au maximum



les mandats de prestations entre les établissements) a l'avantage de fournir un large choix aux patients. Or le libre choix de l'hôpital au sens de l'art. 41 al. 1<sup>bis</sup> LAMal est notamment un outil pour renforcer la concurrence et non un principe en tant que tel de la LAMal. En l'espèce, la concurrence est entravée par l'utilisation systématique de quotas et par la répartition préliminaire des cas aux HUG. Par conséquent, l'argumentation du rapport « Egli » de fournir un large choix aux patients peut être écarté. Partant une limitation quantitative de cas telle qu'appliquée dans le cas concret dans la planification hospitalière genevoise est contraire à la volonté du législateur, et par voie de conséquence à la loi (voir supra).

**21.3.3** En outre, le législateur a voulu limiter le nombre d'hôpitaux devant être inscrits sur la liste hospitalière (concentration de l'offre). En effet les cantons sont incités à attribuer leurs mandats de prestations aux hôpitaux qui remplissent les exigences de la manière la plus efficiente et n'ont aucun intérêt à maintenir des structures inappropriées ou superflues (cf. supra consid. 7.2.2). Certes, le canton de Genève a mis en place un système exigeant un nombre minimum de cas pour figurer sur la liste hospitalière et se voir attribuer des mandats de prestations. Néanmoins, une réelle volonté de concentrer les prestations, respectivement d'améliorer l'efficacité et la qualité – un des buts de la planification hospitalière – n'est nullement pris en compte dans le cadre d'une introduction systématique de limitations quantitatives de cas aux hôpitaux.

**21.3.4** Enfin, le législateur fédéral ayant, par le biais de la révision de la LAMal de 2007, mis les cliniques privées et les hôpitaux publics sur pied d'égalité dans le domaine de la planification hospitalière, le Tribunal fédéral a estimé que les cliniques privées auxquelles étaient confiés des mandats de prestations étaient en droit d'invoquer la neutralité concurrentielle et l'égalité de traitement des concurrents vis-à-vis du canton (ATF 138 II 398 cons. 3.9.3 et 3.9.4, p. 425 et s.). La neutralité concurrentielle de l'Etat et le droit des concurrents à l'égalité de traitement supposent l'existence d'un rapport de concurrence direct. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, sont réputés concurrents directs les membres d'une même branche adressant la même offre au même public afin de satisfaire aux mêmes besoins, ou en bref : des entreprises proposant des produits ou des services de même nature (ATF 125 I 431 cons. 4b/aa, p. 435, 132 I 97 cons. 2.1, 134 III 11 cons. 2.2, 139 III 165 cons. 4.3.3.2). Les hôpitaux publics et les cliniques privées répertoriés sont en concurrence directe – comme en l'espèce – les uns avec les autres lorsqu'ils se sont vus octroyer des mandats de prestations pour la même gamme de prestations et que leur offre s'adresse aux mêmes patients. En l'espèce, la division commune des HUG

a été mandatée pour effectuer un nombre illimité de prestations dans tous les pôles médicaux d'activité (TAF pce 6 p. 14). Au contraire, le canton de Genève a appliqué à tous les autres établissements hospitaliers des limitations quantitatives de prestations par pôle d'activité (rapport « Egli » et protocole d'accord du 23 décembre 2014). Une application systématique de limitations quantitatives de cas aux cliniques privées et non aux HUG est contraire à l'égalité de traitement, dès lors que les mêmes critères objectifs doivent s'appliquer à tous les hôpitaux publics et privés. En d'autres termes, la répartition de limitations quantitatives entre les différents hôpitaux répertoriés doit reposer sur des motifs objectifs (Rütsche, op. cit., n° 67). Partant, il découle du principe de neutralité concurrentielle et du droit d'égalité de traitement que le canton est tenu de traiter de la même manière hôpitaux publics et cliniques privées lors de l'attribution de volumes de prestations. Une pratique qui consisterait à n'imposer des limitations quantitatives de cas qu'à une partie des hôpitaux répertoriés est inconstitutionnelle.

**21.3.5** Au vu des considérants qui précède, le Tribunal de céans relève que la large marge d'appréciation accordée aux cantons (cf. consid. 5.2) ne les exempte pas de se conformer au sens et à l'esprit de la loi ni leur permet de contrecarrer l'objectif visé par la planification hospitalière et le financement hospitalier. Certes, chaque canton dispose d'une large marge d'appréciation en matière de planification hospitalière, néanmoins, dite planification ne doit pas reposer sur des motifs étrangers au but de la planification hospitalière, tel qu'avantager un certain hôpital. Même si une planification hospitalière cantonale comprend des considérations ayant trait à l'orientation d'une politique publique, cela n'exempte pas le Conseil d'Etat de respecter la Constitution et la LAMal ainsi que les buts et principes fixés par le législateur fédéral dans le cadre de la LAMal.

## **22.**

Dans le cas d'espèce, force est de constater que la limitation quantitative systématique des cas fixée dans les mandats de prestations, ne respecte pas le sens et l'esprit de la LAMal ainsi que les buts poursuivis par la planification hospitalière (libre concurrence, concentration), est contraire à l'égalité de traitement entre concurrents et s'écarte de la marge d'appréciation accordée aux cantons. Sur le vu de ce qui précède, l'arrêté du 24 juin 2015 du Conseil d'Etat viole le droit fédéral. Partant pour ce second motif l'arrêté du Conseil d'Etat du 24 juin 2015 en ce qu'il concerne la recourante est annulé et la cause est renvoyée au Conseil d'Etat pour nouvelle décision.

*Budget global***23.**

**23.1** Conformément à l'art. 51 al. 1 LAMal, les cantons peuvent fixer, en tant qu'instrument de gestion des finances, un montant global pour le financement des hôpitaux ou des établissements médico-sociaux, sous réserve de la répartition des coûts selon l'art. 49a LAMal.

**23.2** Cette disposition est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1996 soit avec l'introduction de la LAMal (Loi fédérale sur l'assurance-maladie [LAMal] du 18 mars 1994, FF 1994 II 239, p. 255). Le premier projet du Conseil fédéral ne contenait pas une telle disposition sur le budget global (Message concernant la révision de l'assurance-maladie du 6 novembre 1991 (ci-après : Message révision LAMal 1991 ; FF 1992 I 77), mais uniquement une budgétisation globale par le Conseil fédéral pour une période déterminée si la maîtrise des coûts l'exigeait concernant le volume de rémunération de certaines ou de toutes les catégories de fournisseurs de prestations dans certains cantons ou pour toute la Suisse (art. 46 provisoire ; Message révision LAMal 1991, FF 1992 77, p. 259). Lors des discussions parlementaires au Conseil des Etats, la compétence fédérale a été supprimée et remplacée par le canton. Il a été précisé que le canton de Vaud utilisait depuis longtemps une budgétisation globale (BO 1992 E 1299, p. 1319) et que les cantons avaient déjà la possibilité de l'utiliser (BO 1992 E 1299, p. 1321). De plus, le budget global a été limité aux hôpitaux et aux établissements médico-sociaux en excluant le système ambulatoire. En outre, il a été ajouté dans l'article concernant les mesures extraordinaires et temporaires (budgétisation globale pour le financement des hôpitaux ou des établissements) pour limiter l'augmentation des coûts, une budgétisation globale en tant qu'instrument permanent (art. 46 provisoire, BO 1992 E 1299, 1319 ss). Il s'agit en d'autres termes des prémisses de l'actuel art. 51 al. 1 LAMal. Le conseiller aux Etats, Schüle, a relevé que la commission avait à juste titre étendu le budget global, jusqu'alors présenté uniquement comme des mesures extraordinaires, à un instrument permanent (BO 1992 E 1299, p. 1319). Enfin, dans les discussions au Conseil des Etats, il a été précisé que par l'existence de cette norme, les cantons n'avaient pas besoin de légiférer dans leur propre législation cantonale (BO 1992 E 1299, p. 1320). C'est au Conseil national qu'a été introduite dans une disposition indépendante (art. 43a provisoire) la fixation par le canton d'un montant global pour le financement des hôpitaux ou des établissements médico-sociaux en tant qu'instrument permanent de gestion des finances (BO 1993 N 1852, 1861ss).

Au vu de ce qui précède, l'art. 51 al. 1 LAMal existait donc déjà avant l'entrée en vigueur du nouveau financement hospitalier de 2007. Une seule différence est intervenue ; il s'agit du renvoi prévu à l'art. 51 al. 1 *in fine* LAMal qui renvoyait initialement à l'art. 49 al. 1 LAMal (c'est-à-dire la prise en charge des coûts par l'assurance-maladie, limitée à 50 % au plus des coûts par patient ou groupe d'assurés) et avec le nouveau financement à l'art. 49a LAMal. En d'autres termes, suite à l'entrée en vigueur du nouveau financement hospitalier, le législateur fédéral s'est limité à adapter le renvoi en raison de la nouvelle numérotation de la loi (Message du Conseil fédéral LAMal 2004 ; FF 2004 5237).

**23.3** Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de se déterminer sur le maintien de cet art. 51 al. 1 LAMal au moment du passage au nouveau financement hospitalier par prestations. Dans son ATF 138 II 398 du 10 juillet 2012 (contrôle abstrait de la loi tessinoise d'application de la LAMal), le Tribunal fédéral a considéré que l'allocation d'un budget global par établissement hospitalier ayant son siège dans le canton n'était pas contraire à la loi fédérale (consid. 4). La Haute Cour a retenu que le budget global est le simple résultat du calcul du nombre de traitements accordés multiplié par le prix (consid. 4.3). Le Tribunal fédéral a également constaté que la possibilité d'établir un tel budget ne permettait pas une application cohérente du concept de financement des prestations. Il a néanmoins soulevé que le législateur fédéral avait expressément conservé l'art. 51 LAMal en l'adaptant à la nouvelle législation (nouvelle référence faite à l'art. 49a LAMal et plus à l'art. 49 ancienne LAMal), de sorte qu'il n'avait pas voulu exclure la possibilité d'un calcul global et s'est accommodé de la nature hybride du concept (consid. 4.5 et 4.6).

**23.4** Le conseiller national, Toni Bortoluzzi, a déposé en décembre 2012 une initiative portant sur l'abrogation de l'art. 51 LAMal, dès lors que selon les nouvelles dispositions de la LAMal les cantons remboursent au moins 55% (art. 49a LAMal) des prestations aux hôpitaux pour autant que les assurés y aient droit et que de plus le recours à des budgets globaux est incompatible avec le nouveau financement hospitalier, dont le but est de renforcer la concurrence entre les hôpitaux. La majorité des membres de la commission parlementaire a conclu qu'il n'existait aucune raison valable de priver les cantons de la possibilité de fixer un montant global pour le financement des hôpitaux ou des établissements médico-sociaux. La commission a constaté que les cantons de Genève, Vaud et Tessin recouraient à l'instrument du budget global et le principe appliqué, malgré des différences conceptuelles, consistait à fixer le budget sur la base du volume de prestations prévisionnel puis, si l'hôpital dépassait ce volume, il ne se

voyait rembourser que les coûts marginaux des prestations supplémentaires fournies. En juin 2014, le Conseil national a décidé de ne pas donner suite à cette initiative (initiative 12.500 du 13 décembre 2012 de Toni Bortoluzzi, abrogation de l'art. 51 LAMal).

**23.5** Du côté de la doctrine, Bernhard Rüttsche a rendu un avis de droit à la demande des cliniques privées suisses produit dans le cadre de la présente procédure puis publié dans la revue du droit de la santé. Celui-ci considère que le budget global demeure un instrument licite pour gérer les prestations hospitalières, à condition d'observer la répartition des coûts prévue à l'art. 49a LAMal. D'une part, cela suppose soit que les budgets globaux des différents hôpitaux répertoriés soient fixés en fonction des volumes de prestations prévus dans les mandats de prestations, soit qu'ils servent de base à la gestion des tarifs. D'autre part, le canton doit procéder à un versement supplémentaire en cas d'augmentations de volume justifiées sur le plan médical et non prises en compte dans la limitation des prestations (BERNHARD RÜTSCHÉ, Planification hospitalière et cliniques privées / questions juridiques actuelles relatives à l'application de la LAMal aux cliniques privées, in : Droit de la santé, 2016, p. 121, n° 81).

**23.6** Les Recommandations CDS ne contiennent aucune indication relative au budget global au sens de l'art. 51 LAMal. Néanmoins, les représentants de la Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS) ont été auditionnés par la commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national suite au dépôt de l'initiative de Toni Bortoluzzi, conseiller national, sur l'abrogation de l'art. 51 LAMal. Ceux-ci étaient unanimes que « pour des questions de politiques budgétaires, les cantons doivent pouvoir se réserver la possibilité d'adopter un régime fondé sur l'art. 51 LAMal » et qu'un « budget global doit toujours être conçu de façon à ne pas restreindre la liberté de choix de l'hôpital » (initiative 12.500 du 13 décembre 2012 de Toni Bortoluzzi, abrogation de l'art. 51 LAMal).

## **24.**

Les griefs soulevés par les parties sur le sujet du budget global sont les suivants :

**24.1** Dans son mémoire de recours du 13 juillet 2015 (TAF pce 1), la recourante a conclu à ce que lui soit attribuée une rémunération globale maximale des prestations à hauteur de CHF 5'367'346.-, dès lors que le

budget global de CHF 3'462'751.- fixé par le canton de Genève est insuffisant pour financer les 709 cas qui lui sont attribués (cf. tableau avec explications TAF pce 1 annexe 48 ; observations TAF pce 11 p. 4). Pour arriver à cette conclusion, elle revendique une répartition différente du nombre de cas par pôle d'activités pour un total de 572 ; le budget revendiqué se fonde notamment sur les admissions de patients AOS sans assurance complémentaire en 2014 et du case-mix-index moyen par mission (TAF pce 1 annexe 48). Elle a également opéré d'autres simulations, à savoir en se référant au (i) case-mix-index moyen par mission de tous les cas 2014 (CHF 4'144'992.-), (ii) case-mix-index moyen par groupe de tous les cas de 2014 (CHF 4'268'057.-) et (iii) case-mix-index moyen par groupe des cas AOS (CHF 6'354'465.-). La recourante fait valoir que le budget global prévu à l'art. 51 LAMal concerne le financement de l'ensemble des hôpitaux d'un canton et non pas des hôpitaux individuels (recours p. 41 n° 110). En outre, en se référant à l'avis de droit de Bernhard Rütscbe, la recourante fait valoir que le budget global doit se baser sur le volume de prestations que le canton a arrêté dans le mandat de prestations confié à l'établissement hospitalier répertorié ; ce volume est multiplié par les forfaits de cas prévus pour les prestations concernées (p. 3). Par ailleurs, la recourante qualifie de contraire au droit fédéral le mandat de prestations qui lui a été confié dès lors que, selon la conception du canton de Genève et du canton de Vaud, le budget global fixé dans son mandat est opposable aux patients intra- et extra-cantonaux. Ceci empêche selon elle la concurrence entre les établissements répertoriés, la promotion de la qualité des prestations et le libre choix de l'hôpital par le patient (TAF pce 11 p. 4-5).

**24.2** Le Conseil d'Etat s'est déterminé de manière générale sur le budget global dans le cadre de la limitation quantitative des prestations. Il a retenu que la planification hospitalière relevait de la compétence cantonale, de sorte qu'il avait une importante marge de manœuvre (TAF pce 6 p. 9).

**24.3** L'OFSP renvoie de manière générale à la loi et à la jurisprudence en ne se déterminant pas en particulier sur le grief lié au budget global (TAF pce 9).

## **25.**

**25.1** En l'espèce, en plus des limitations quantitatives de cas, le Conseil d'Etat a fixé dans le mandat de prestations 2015 de la recourante un budget global maximal. Le canton rémunère les prestations hospitalières à hauteur de 55% et sa rémunération globale des prestations ne peut pas excéder la somme de CHF 3'462'751.- (art. 6). Pour aboutir à ce montant,

le canton de Genève a défini – en dehors du mandat de prestations 2015 – pour chaque « mission » allouée à la recourante un certain budget (cf. annexe 41 TAF pce 1).

**25.2** Le rapport final « Eggli » indique que le montant des subventions pour chaque établissement est estimé de la manière suivante : le nombre de cas attribué a été multiplié par le nombre de points SwissDRG (Diagnosis Related Groups [en français GHM Groupe Homogène de Malades]) puis par le prix conventionnel (CHF 10'400.- pour les HUG et CHF 9'650.- pour les cliniques privées), de ce total est pris en charge seulement 55% qui correspond à la part cantonale (chap. 3.3 Mandat de prestations 2015, p. 19). L'annexe C du rapport « Eggli » est une table de concordance quant au nombre de points SwissDRG par mission SQLape. Selon le canton de Genève, les enveloppes budgétaires dans lesquelles s'inscrit la participation du canton ont été arrêtées en tenant compte des besoins de la population et des compétences de chaque clinique signataire, pour les pôles de spécialités qui lui sont attribués (protocole d'accord TAF pce 1 annexe 41 p. 2).

**25.3** Le Tribunal de céans constate qu'il ressort de la volonté claire du législateur fédéral et du Tribunal fédéral qu'ils n'ont pas voulu exclure la possibilité d'un calcul global dans le cadre du nouveau financement hospitalier (cf. consid. 23.3 et 23.4). La LAMal contient à son article 51 une base légale relative à la possibilité pour les cantons d'introduire un budget global pour le financement des hôpitaux ou des établissements médico-sociaux. Partant, l'introduction d'un budget global comme instrument de gestion dans le cadre de la planification hospitalière est sur le principe licite tant que l'art. 49a LAMal est respecté. Le Conseil d'Etat genevois peut fonder son budget global sur l'art. 51 LAMal sans devoir légiférer dans sa propre législation (cf. consid. 23.2).

Le législateur fédéral et le Tribunal fédéral ont déterminé que les budgets globaux pour les hôpitaux résultent de la multiplication des volumes de prestations par les forfaits par cas prévus pour les prestations concernées (diagnostics et procédures). Il a été démontré précédemment que les limitations quantitatives de prestations fixées par le canton de Genève à la recourante dans son mandat de prestations constituent une violation du droit (cf. supra consid. 17-22). En raison de la connexité étroite entre les limitations quantitatives de cas et le calcul du budget global, la fixation de celui-ci dans le cas d'espèce viole également le sens et l'esprit de la loi pour les mêmes raisons que les limitations quantitatives de cas. De plus, l'octroi statique d'un budget global à un établissement hospitalier tend à

s'assimiler à un financement par établissement et non à une rémunération selon des forfaits liés aux prestations. Le nouveau financement hospitalier vise en particulier l'abandon du système de subventionnement des établissements (Message du Conseil fédéral LAMal 2004, FF 2004 5225). En outre, le Tribunal de céans constate – sans qu'il soit nécessaire de l'examiner en l'espèce – que l'introduction simultanée d'un budget global et de limitations quantitatives du cas peut créer une contradiction, par exemple si le budget global fixé ne peut pas couvrir le nombre de prestations attribuées.

**25.4** Au vu de ce qui précède, l'arrêté du 24 juin 2015 du Conseil d'Etat par rapport à la fixation de budget global viole également le droit en n'étant pas conforme au sens et à l'esprit de la LAMal (nouveau financement hospitalier). Partant, pour ce troisième motif l'arrêt du Conseil d'Etat du 24 juin 2015 en ce qu'il concerne la recourante est annulé.

### *Résumé*

#### **26.**

La planification hospitalière du canton de Genève ne respecte pas les critères de planification fixés dans le droit fédéral (cf. consid. 8-15), tant concernant la détermination des besoins (art. 58b al. 1-3 OAMal) que l'évaluation et le choix de l'offre qui doit être garantie par la liste (art. 58b al. 4-5 OAMal). Pour ce premier motif, l'arrêté du 24 juin 2015 doit être annulé et la cause renvoyée au Conseil d'Etat pour nouvelle décision en menant préalablement une planification hospitalière conforme à la LAMal et l'OAMal. Cette planification permettra de définir quels pôles d'activités (« missions ») doivent être attribués à la recourante, puis aboutira à son inscription sur la liste hospitalière pour ces pôles d'activités (cf. consid. 16). En outre, les limitations quantitatives de cas fixées par le Conseil d'Etat dans le mandat de prestations de la recourante sont notamment contraires au sens et à l'esprit de la loi (nouveau financement hospitalier par prestations), le canton s'étant écarté de sa marge d'appréciation, et violent de plus le principe de l'égalité de traitement entre concurrents (cf. consid. 17-22). Par conséquent, après avoir mené une planification hospitalière dans les règles prescrites, le canton de Genève ne pourra pas reprendre les limitations quantitatives telles qu'appliquées dans le cas d'espèce. Enfin, il a été examiné que le budget global est le simple résultat du calcul du nombre de traitements accordés multiplié par le prix. Une des composantes de cette multiplication est illicite (à savoir les limitations du nombre de traitements), de sorte que le résultat (le budget global) est également illicite (cf. consid. 23-25). Il en découle que le Conseil d'Etat ne pourra également pas



reproduire le budget global tel qu'il a été planifié par le biais du rapport « Eggli » 2014.

## **27.**

**27.1** En règle générale, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA). D'après la jurisprudence, la partie qui a formé recours est réputée avoir obtenu gain de cause lorsque l'affaire est renvoyée à l'autorité inférieure (cf. arrêt du TAF C-255/2015 du 19 avril 2017 consid. 5.1). En l'occurrence, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de procédure, dès lors que la recourante a obtenu gain de cause par le renvoi de l'affaire au Conseil d'Etat. En outre, aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures (art. 63 al. 2, 1<sup>ère</sup> phrase, PA). Partant, l'avance de frais versée par la recourante à hauteur de CHF 6'000.- (cf. TAF pce 4) lui sera restituée dès l'entrée en force du présent arrêt.

**27.2** Conformément aux art. 64 al. 1 PA et 7 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), le Tribunal alloue à la partie ayant obtenu gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés par le litige. Selon l'art. 14 FITAF les parties qui ont droit au dépens et les avocats commis d'office doivent faire parvenir avant le prononcé un décompte de leurs prestations au tribunal (al. 1). A défaut de décompte, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (al. 2, 2<sup>ème</sup> phrase). Il se justifie en l'espèce, compte tenu de la particularité du cas et au regard du travail accompli, d'allouer à la recourante une indemnité à titre de dépens de CHF 10'000.- (TVA comprise) à charge de l'autorité inférieure.

## **28.**

Le présent arrêt est définitif. Conformément à l'art. 83 let. r de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110 avec rectificatif de la disposition précitée), les décisions en matière d'assurance-maladie rendues par le Tribunal de céans en application de l'art. 33 let. i LTAF et des art. 53 al. 1 et 90a LAMal ne peuvent pas être attaquées devant le Tribunal fédéral.

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est admis et l'arrêté du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève déterminant la liste des hôpitaux admis par le canton de Genève du 24 juin 2015 est annulé. La cause est renvoyée à l'autorité inférieure qui rendra une nouvelle décision dans le sens des considérants.

**2.**

Il n'est pas perçu de frais judiciaires. L'avance sur les frais présumés de procédure de CHF 6'000.- sera remboursée à la recourante avec l'entrée en force du présent arrêt.

**3.**

Un montant de CHF 10'000.-, à titre de dépens, est versé à la recourante à charge de l'autorité inférieure.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire) ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. FAO n°50 ; acte judiciaire) ;
- à l'Office fédéral de la santé publique (recommandé).

La présidente du collège :

La greffière :

Caroline Bissegger

Daphné Roulin

Expédition :